

Revista del Ministerio Fiscal

n° 15, 2025

Fiscalía General del Estado

Trabajo, Sociedad, Justicia y Ciencia, universos en constante sinergia

Revista del Ministerio Fiscal, año 2025, número 15

Director de este número:

Ángel Javier Muñoz Marín

Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad y Salud en el Trabajo
de la Fiscalía General del Estado

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

Álvaro García Ortiz, Fiscal General del Estado

Ana Isabel García León, Fiscal de Sala Jefa de la Secretaría Técnica

Esmeralda Rasillo López, Fiscal de Sala Jefa de la Unidad de Apoyo

María Isabel Gómez López, Vocal del Consejo Fiscal

Yolanda Ortiz Mallol, Vocal del Consejo Fiscal

Jesús Alonso Cristóbal, Fiscal de Sala de la Audiencia Nacional

D^a María de los Ángeles Sánchez Conde, Teniente Fiscal de la Fiscalía
del Tribunal Supremo

Carlos Mas González, Jefe del Área de Gestión de la Información

NIPO papel: 149240063

NIPO digital: 149240079

ISSN: 2530-0113

Edita

Fiscalía General del Estado

C/Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Ibersaf Editores

C/Huertas 47bis, 28014 Madrid

www.iversaf.es

Trabajo, Sociedad, Justicia y Ciencia, universos en constante sinergia



Número 15
2025





Índice

- 9** **Presentación**
Ángel Javier Muñoz Marín
- 13** **El Derecho penal del trabajo: pasado, presente y futuro**
Ángel Javier Muñoz Marín
1. Primeras normas laborales
 2. Etapa de la dictadura
 3. Periodo constitucional
 4. Un futuro novedoso e incierto
 5. Conclusiones
- 59** **La perspectiva de género en el mundo de la seguridad y salud en el trabajo**
Marina Ortiz López
1. Líneas estratégicas en materia de seguridad y salud en el trabajo y género
 2. Género como categoría analítica en el análisis de la prevención de riesgos laborales
 3. Exposición diferente y desigual a riesgos laborales en mujeres y hombres y efectos en la salud
 4. Criterios de buenas prácticas
 5. Conclusiones y reflexiones finales
- 93** **Riesgos psicosociales y salud mental: más vale prevenir**
Joaquín López Gallego
1. La salud mental de las personas trabajadoras
 2. Los riesgos psicosociales. Marco conceptual

3. Contexto normativo de los riesgos psicosociales
4. Efectos sobre la salud mental de las personas trabajadoras.
Tutela reparadora. Apuntes recientes de praxis judicial
5. Y la tutela penal...
6. A modo de cierre
7. Bibliografía

133 La inspección de trabajo y seguridad social en la vigilancia del cumplimiento del derecho digital del trabajo

Juan Pablo Parra Gutiérrez

1. Introducción
2. La nueva realidad en proceso
3. Situaciones de riesgo de la nueva realidad en el mundo del trabajo
4. El “Derecho Digital del Trabajo”
5. El control conjunto del cumplimiento del Derecho Digital del Trabajo
6. Conclusiones
7. Bibliografía

171 Ya no se llora más sobre los libros: la evolución del concepto de acoso en el trabajo

Olga Suárez Herranz

1. Introducción
 2. Los riesgos psicosociales y su impacto en la salud mental de las personas trabajadoras
 3. La evolución del concepto de acoso en Europa, desde la discriminación hasta la protección de la seguridad y la salud en el trabajo
 4. El impacto del Convenio 190 de la OIT en la prevención del acoso y la violencia en el trabajo
 5. La evolución en España desde la discriminación hasta la protección integral de la seguridad y la salud en el trabajo
 6. Oportunidades para el Protocolo de acoso del Ministerio Fiscal
- Anexo: notas bibliográficas

205 Del Rana Plaza y la diligencia debida. ¿Hacia un nuevo derecho transnacional del trabajo y medioambiental? ¿Un nuevo instrumento para la eliminación del no-lugar del ser humano en la economía?

Oscar Barrios García

1. Introducción
2. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (CS3D)
3. La Directiva y el medio ambiente. El medio ambiente como derecho humano
4. Intervención de las partes interesadas
5. Ámbito temporal de aplicación
6. Instrumentos de control por parte de los Estados establecidos en la Directiva
7. Responsabilidad civil de las empresas y derecho a una indemnización íntegra
8. Conclusiones y reflexiones
9. Obra consultada

251 Discapacidad y empleabilidad

María José Segarra Crespo

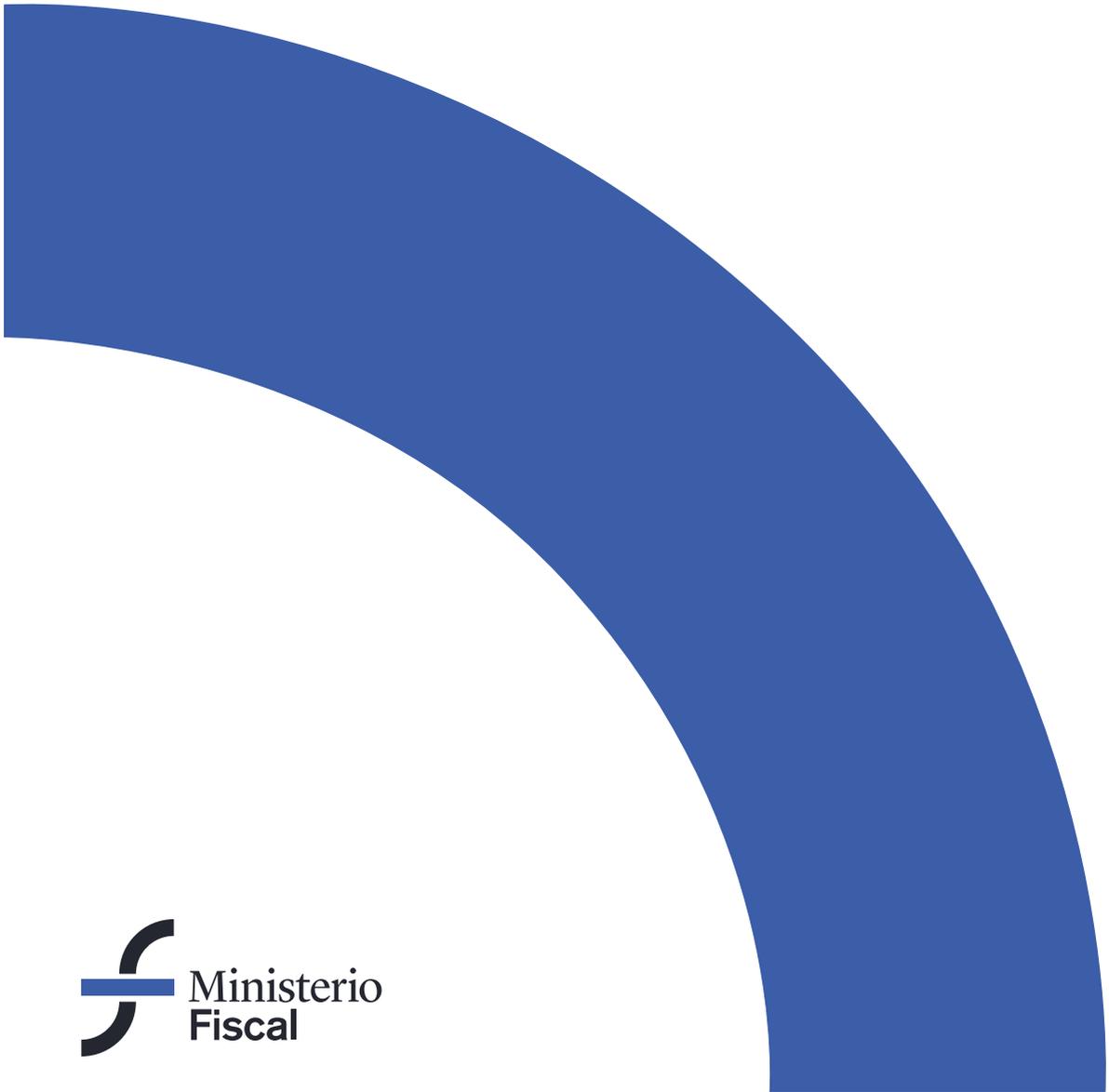
David Mayor Fernández

1. Introducción. Una aproximación estadística del derecho al trabajo de las personas con discapacidad
 2. La evolución normativa nacional hacia la accesibilidad universal
 3. Los ajustes razonables y el derecho al trabajo
- Epílogo: la expansión de los derechos de las personas con discapacidad en un ordenamiento constitucional multinivel

285 La IA y sus efectos en el Derecho del trabajo

Adrián Todolí Signes

1. La tecnología y su uso “ofensivo”
2. ¿Qué es la dirección algorítmica?
3. Retos de la IA para el Derecho del Trabajo
4. Conclusión



Ministerio
Fiscal



Presentación

Ángel Javier Muñoz Marín

Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad y Salud en el
Trabajo de la Fiscalía General del Estado

Han pasado diez años desde que viera la luz el primer número de la Revista del Ministerio Fiscal y, hoy por fin, se hace realidad un sueño personal que ha estado latente durante toda una década, y no es otro que la posibilidad de que la Unidad de Seguridad y Salud en el Trabajo asumiera la dirección de alguna de sus publicaciones.

Es una triste, pero asumida realidad que la importante labor que el Ministerio Fiscal desarrolla en el mundo de las relaciones laborales no es lo suficientemente conocida ni, seguramente, por los integrantes de la Carrera Fiscal y, menos aún por las personas ajenas a la misma. El mundo de las relaciones laborales, el mundo del trabajo es complejo y complicado, pero a la vez apasionante, ya que, entre otras peculiaridades, avanza a una velocidad vertiginosa, presentando nuevas situaciones y desafíos a los que el legislador y, por ende, aquellos/as que tienen entre sus funciones aplicar las normas, deben dar soluciones; y es en esas situaciones donde la labor del Ministerio Fiscal adquiere una indudable relevancia.

El reto de elaborar un conjunto de artículos/estudios que evitaran el tedio, el aburrimiento o la indiferencia no ha sido una tarea fácil, sino fruto de una elaborada reflexión. Por ello, se antojaba indispensable la participación, junto a fiscales, de profesionales ajenos al Ministerio Fiscal que aportaran una visión multidisciplinar a los diversos temas que se abordaran. Una vez solventada esta primera incertidumbre, la siguiente y, no menos importante era la búsqueda de cuestiones sugerentes, de interés y de actualidad, que despertaran la curiosidad de aquellos que afronten el desafío de interesarse por su lectura. En esta segunda cuestión no sé el éxito que la elección tendrá.

El derecho laboral y el derecho penal son ramas del ordenamiento jurídico que habitualmente circulan por distintas sendas, sin embargo, ello no es óbice para que en determinadas situaciones se conviertan en círculos secantes, por ello resulta de interés evaluar y conocer qué relación guardan entre sí. Es aquí donde aparece el denominado Derecho penal del trabajo; y uno de los ejemplos más paradigmáticos lo podemos encontrar en el denominado acoso laboral, que puede tener en algunos casos una vertiente estrictamente laboral y, en otros, penal. El abordaje que del mismo se realiza en este trabajo se centra únicamente en su aspecto laboral, ahondando en el turbulento océano de los emergentes riesgos psicosociales. Tampoco podemos orillar las últimas reformas que el legislador ha efectuado en el Título XV del Código Penal, alguna de ellas no exenta de polémica doctrinal.

La aplicación de la perspectiva de género en el mundo del trabajo es una necesidad real a la que no se puede dar la espalda. Hay que hacer visible lo invisible. Los sesgos de género siguen estando presentes en las relaciones laborales y,

por ende, en el ámbito de la siniestralidad laboral. La batalla contra la carencia de unas evaluaciones de riesgo que acojan la perspectiva de género como una de sus líneas directrices es un objetivo ineludible en materia preventivo laboral. Todas las estrategias en materia de seguridad y salud en el trabajo, tanto la europea, la nacional o las autonómicas, plantean como uno de sus objetivos la introducción de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.

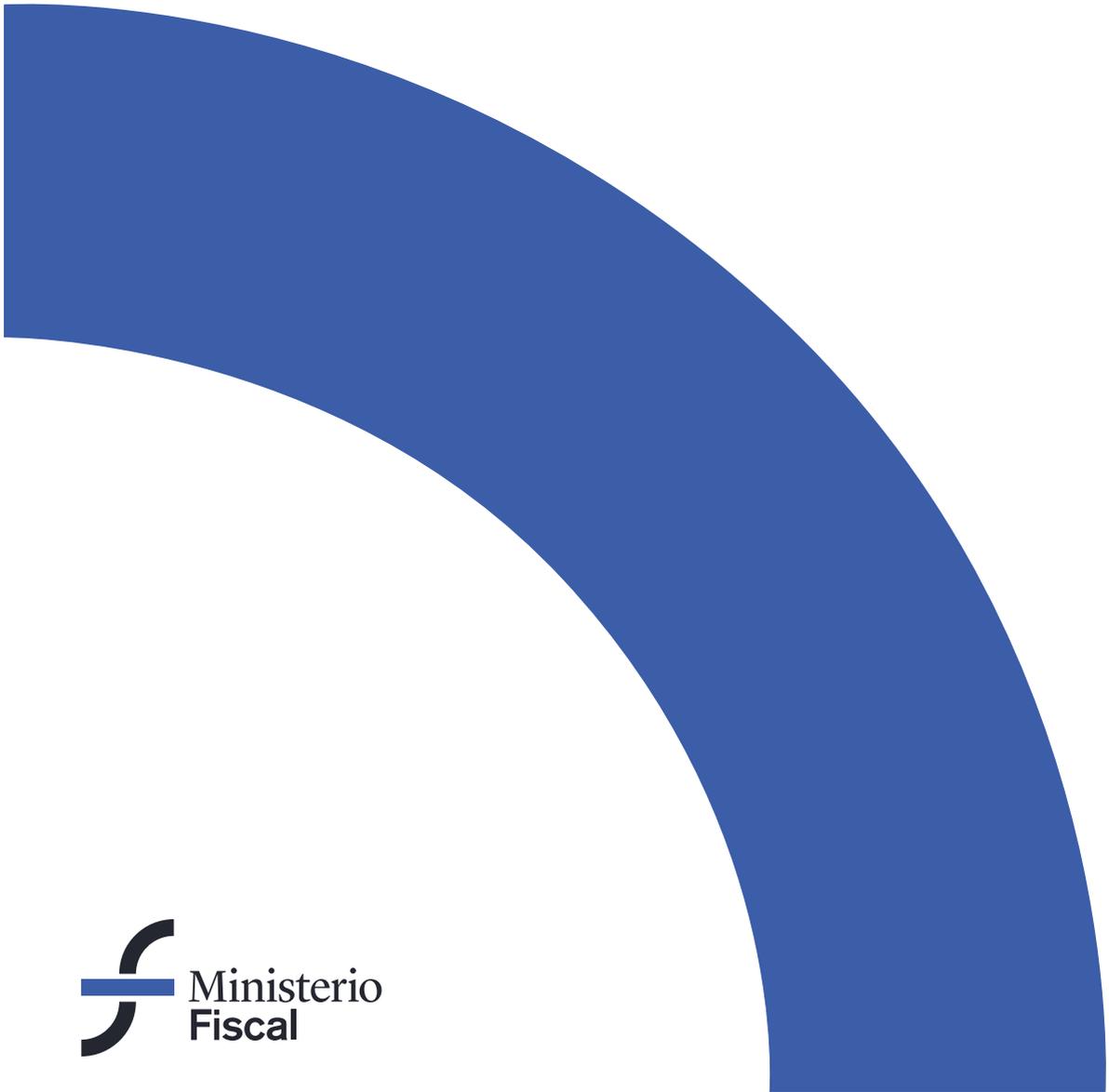
Las nuevas tecnologías, el denominado Derecho digital del trabajo, el uso de algoritmos y de la inteligencia artificial en las relaciones laborales abren las puertas de par en par a nuevas situaciones que el legislador tiene que abordar sin pérdida de tiempo. Y qué decir de la industria 5.0 y su impacto en el futuro. Precisamente esta utilización de la inteligencia artificial está generando un incremento de determinados riesgos en la clase trabajadora, riesgos que es indispensable evaluar para prevenir los daños que pudieran causar a los/as trabajadores/as y que atentan contra sus derechos fundamentales. Los riesgos psicosociales son, sin duda, un problema de presente y de futuro de una dimensión inimaginable.

Tampoco se podía omitir una reflexión sobre la situación de las personas trabajadoras con discapacidad y su segregación en el mercado laboral. La evolución normativa y la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional, son hitos que conviene conocer. ¿Se conoce realmente el alcance de la obligación empresarial de realizar ajustes razonables en los puestos de trabajo de aquellas personas que sufran algún tipo de discapacidad?

Finalmente, se ha querido abordar la cuestión relativa a la defensa de los derechos humanos en unos mercados cada vez más competitivos, en los que parece olvidarse la esencia del ser humano y de los derechos intrínsecos a su propia naturaleza, El estudio y análisis de la Directiva UE 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, se antoja indispensable, ya que será de futuro un punto de referencia para la legislación española. La diligencia debida debe integrarse en la actividad de las empresas, deben de establecerse códigos de conducta, deben, en definitiva, identificarse aquellos efectos adversos que puedan afectar a los derechos humanos.

Esperemos que este coctel de cuestiones, de indiscutible relevancia social, tenga una buena acogida entre todas aquellas personas que decidan, a través de la lectura de estas reflexiones, acercarse un poco más al mundo del trabajo.

Ángel Javier Muñoz Marín



Ministerio
Fiscal



El Derecho penal del trabajo: pasado, presente y futuro



Ángel Javier Muñoz Marín

Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad y Salud en el
Trabajo de la Fiscalía General del Estado

Resumen

El Derecho penal del trabajo, como rama propia y autónoma del derecho penal, es una realidad no exenta de polémica y discusión. Desde los inicios del derecho laboral hasta nuestros días, la sociedad ha evolucionado de manera progresiva e incontenible y, con ello, la realidad del mundo de las relaciones del trabajo. Desde los inicios de la revolución industrial hasta la actualidad, en un mundo globalizado y con economías interdependientes (globalización económica), el legislador ha elaborado respuestas a los diversos problemas suscitados o demandas que la clase trabajadora impetraba en defensa de sus derechos. Tampoco se puede obviar que la Unión Europea viene marcando las líneas maestras de la actividad legislativa de los diferentes países integrantes, en muchos aspectos.

La finalidad de las páginas elaboradas no va más allá de trazar cuál ha sido el mapa legislativo que, desde los inicios del siglo XIX hasta la actualidad, se ha ido dibujando, desde unos inicios balbucesantes y dubitativos hasta una, a veces, actividad envuelta en un halo de exacerbado dinamismo no siempre bien entendido o compartido. Mostrar una imagen dinámica que nos clarifique de dónde venimos y hacia dónde nos dirigimos; ser conscientes de los logros obtenidos, los errores cometidos y las mejoras que en el futuro necesitan realizarse son los únicos objetivos marcados.

Sin más pretensión de que una vez dada lectura a las siguientes líneas, visualizáramos una imagen de esas primeras fábricas, de aquellas jornadas interminables y extenuantes, de las condiciones insalubres y peligrosas en que hombres, mujeres y menores desarrollaban su trabajo y la superpongamos a una foto actual de las condiciones en que la clase trabajadora realiza la prestación de sus servicios. Todo ello nos ayudaría a calibrar los avances y logros realizados todos estos años, sin olvidar las carencias aún existentes y los futuros desafíos con la llegada de las nuevas tecnologías y su incidencia en el universo de las relaciones laborales.

También es necesario formular diversos interrogantes: ¿Hasta qué punto el Derecho penal del trabajo ha contribuido a dotar a las relaciones laborales de unas garantías antaño impensables? ¿Es el Derecho penal del trabajo un instrumento adecuado para otorgar a las personas trabajadoras de una protección necesaria y suficiente contra los ataques que puedan sufrir sus derechos e intereses? ¿Se está expandiendo el Derecho penal del trabajo en exceso? ¿Está invadiendo el campo de actuación del Derecho del Trabajo?

En definitiva, es un trabajo que fundamentalmente tiende a la reflexión, sin ninguna pretensión de carácter doctrinal o académico.

*Detrás de cada espejo
Hay una estrella muerta
Y un arco iris niño
Que duerme
Detrás de cada espejo
Hay una calma eterna
Y un nido de silencios
Que no han volado*

Antología poética, Suites, F. García Lorca

1. Primeras normas laborales

Sitúa De Vicente Martínez¹ en los años cuarenta la primera aproximación de la doctrina española a la expresión Derecho penal del trabajo, si bien no es hasta la década de los ochenta —inmerso el país en una situación de cambio social y político— cuando (Arroyo Zapatero, Baylos y Terradillos) se comienza a teorizar y a elaborar las bases sobre el mismo. A pesar de esta mayoritaria aceptación de la existencia del Derecho penal del trabajo, Dolz Lago² se cuestiona si verdaderamente alguna vez ha existido un auténtico Derecho penal del trabajo o, más bien, se está ante un Derecho penal que es un reflejo de la criminalización de los derechos colectivos de los trabajadores en lugar de su protección integral tanto en la relación individual como en la colectiva y de la seguridad social. Entiendo que esta reflexión venía referida a una primera etapa y no a la situación existente tras la promulgación del Código Penal de 1995.

Hortal Ibarra³ parte de la afirmación de que el Derecho penal del trabajo tiene por finalidad reforzar la labor tuitiva dispensada por el derecho laboral, garantizando un plus de protección a los trabajadores por cuenta ajena. Por tanto, para valorar en su justa medida la dimensión del Derecho penal del trabajo y su intrínseca relación con el Derecho laboral, se antoja obligado realizar un breve y conciso recorrido sobre los inicios del Derecho del trabajo y su paulatina incursión en el Derecho penal. Una tranquila lectura sobre lo acaecido históricamente nos arrojará, sin duda alguna, una visión real sobre ello.

1 *Derecho Penal del Trabajo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág.28.

2 *Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^o Terradillos Basoco*, ¿existió alguna vez un verdadero Derecho penal del trabajo?, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág.977.

3 *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023, 4/2023*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1149.

En los albores del siglo XIX en el Reino Unido, durante el proceso de industrialización, podemos situar las denominadas “leyes de fábricas” o *Factory Acts*, normas emanadas del Parlamento británico que, básicamente, regulaban, en un primer momento, los horarios de trabajo, así como las condiciones laborales de los niños en las fábricas, especialmente en la industria textil (fábricas de algodón y lanas), aunque posteriormente —a partir de 1860— fue aplicándose al resto de industrias. De entre todas ellas, podemos destacar la Ley para la Mejor Conservación de la Salud y la Moral de los Aprendices de 1802; la Ley Reguladora de las Fábricas y Molinos de Algodón de 1819 (prohibía el trabajo a menores de 9 años), la Ley de Fábricas de 1833 (se prohibía a los niños trabajar de noche) y la Ley de Fábricas de 1847 o Ley de las Diez Horas, que, como su nombre indica, establecía en diez horas al día el máximo de horas que podían trabajar mujeres y niños en las fábricas textiles.

En España, el desarrollo industrial fue más tardío, debido a la preeminencia de la actividad agrícola, con lo cual el desarrollo normativo se hizo esperar, y no fue sino a partir de mediados del siglo XIX cuando se produce el definitivo impulso. Esta situación llevó a los historiadores económicos a concluir que el siglo XIX fue el siglo del fracaso de la industrialización en España, siendo, junto a Rusia e Italia, los países que con mayor lentitud abordaron el desarrollo industrial⁴.

Las primeras normas laborales se caracterizan por una absoluta carencia de sistematización, tratándose de normas aisladas y, tal y como recogen Baylos y Terradillos⁵, con un carácter aluvional, sin una unidad de criterio y sin seguir un *iter* legislativo homogéneo. Su ámbito de aplicación se limitaba en un principio a las mujeres y los menores —grupos considerados más vulnerables—, ocupándose fundamentalmente del descanso y horarios de jornadas, así como la protección de la clase trabajadora ante los accidentes laborales.

Otras notas destacadas por la doctrina que singularizan a estas primeras normas son tanto su índole eminentemente paternalista, ya que iban dirigidas a proteger a los/as trabajadores/as como sujetos débiles, así como su generalizado incumplimiento, circunstancia esta última achacable a la falta de medios de control por parte del Estado para impeler el cumplimiento de estas.

Entre la abundante normativa laboral que vio la luz, podemos destacar cronológicamente y sin ánimo exhaustivo las siguientes:

4 *Historia de España*, volumen 8, dirigida por Manuel Tuñón de Lara, editorial Labor, 2ª edición, Barcelona (1981) pág. 67

5 *Derecho penal del trabajo*, editorial Trotta 1997, 2ª edición, Madrid, pág. 20

- Ley de 24/7/1873, Ley Benot.
- Ley de 26/7/1878, *sobre protección del trabajo de menores.*
- Ley 31/1/1900, *sobre accidentes de trabajo.*
- Ley 13/3/1900, *sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores.*
- Ley 27/2/1908, *sobre la organización por parte del Estado de un Instituto Nacional de Previsión.*
- Ley 27/3/1909, *sobre huelgas y coligaciones.*
- Ley 27/12/1910, *sobre jornada máxima de trabajo en las minas.*
- Ley 27/2/1912, *sobre obligación de disponer de un asiento para mujeres.*
- Ley 11/7/1912, *sobre prohibición de trabajo industrial nocturno a las mujeres.*
- Código de Trabajo de 23/8/1926.
- Ley de Contrato de Trabajo 21/11/1931.
- Ley de 27/11/1931, *sobre Jurados Mixtos.*
- Ley de Contrato de Trabajo 26/1/1944.

Aunque pueda resultar un tanto sorprendente, la primera norma a la que hay que referirse y en la que aparece concernido el mundo del trabajo es al Código Penal de 1848, que en el Capítulo V del Título XIV, bajo la rúbrica “De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”, dedicaba su artículo 450 a sancionar a “los que se coaligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones serán castigados, siempre que la coligación hubiera comenzado a ejecutarse, con la pena de arresto mayor y multa de 20 a 400 duros”. Posteriormente, el Código Penal de 1870, en su Capítulo V del Título XIII, también bajo la rúbrica “De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”, daba a su artículo 556 idéntica redacción a la del código de 1848. Como se observa, estos preceptos no tenían como objetivo la protección jurídica de los/as trabajadores/as como fuerza de trabajo, sino precisamente sancionar las posibles coligaciones que derivaran en huelgas. Resulta, por tanto, llamativo que la primera incursión de cuestiones relacionadas con el mundo del trabajo en el derecho penal sea para considerar delictivo el ejercicio del derecho de huelga, situación que será una constante hasta bien adentrado el siglo XX.

Como primera norma de carácter laboral hay que referirse a la Ley Benot de 24 de julio de 1873 (denominada así con base en su propulsor, Eduardo Benot, Ministro

de Fomento durante la Primera República), *Ley sobre regularización del trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos*, cuyo objetivo era dar protección a los/as menores frente a las abusivas condiciones que se les imponían en los establecimientos industriales y mineros, quedando sin embargo excluidas, las actividades agrícolas.

La ley abordaba varios ámbitos de actuación:

- La protección de la infancia (límite de la jornada laboral, exclusión del mercado laboral de los/as menores de 10 años) —arts. 1 a 4—.
- La educación y, en especial, la de los/as menores (existencia de escuelas en las fábricas) —art. 5—.
- La mejora de las condiciones sanitarias de las fábricas, para lo cual preveía la existencia de un botiquín y la contratación de un cirujano si la fábrica alcanzaba determinado tamaño —art. 6—.
- Creación de Jurados Mixtos (estaban integrados por industriales y obreros y era un órgano con funciones inspectoras) —art. 8—.

En relación con la prevención de riesgos laborales, el art. 9 vedaba la posibilidad de iniciar la actividad de ninguna fábrica, taller o mina que no reuniera las condiciones mínimas, no sólo de sanidad o salubridad, sino también de seguridad a la hora de que los obreros y operarios desarrollaran su trabajo.

Fue, sin duda, a juicio de la doctrina, una de las leyes con mayor índice de incumplimiento de la historia, barajándose diversos motivos; bien porque no se hubiera tenido conocimiento de su existencia, bien porque las empresas se opusieran a su aplicación con el pretexto de que el Estado no podía intervenir en ellas (de conformidad con el pensamiento liberal de la época), bien porque no fue desarrollada reglamentariamente o tal vez por la ausencia de órganos de inspección. A mayor abundamiento, el Real decreto de 5 de diciembre de 1883, en su Exposición de Motivos, indicaba gráficamente al referirse a la misma, que “ha quedado ignorada de todo el mundo”.

Sin embargo, no puede considerarse como una ley invisible o preterida, ya que parte de su contenido fue recogido o ampliado en otras leyes posteriores: Ley de 26/7/1878, *sobre trabajo peligroso de los niños y jóvenes menores de dieciséis años en espectáculos públicos y profesiones de riesgo* (la cual en su art. 1 establecía penas de prisión correccional y multa para los infractores) y la Reglamenta-

ción del trabajo de mujeres y niños —Ley de 13/3/1900, que prohíbe el trabajo a menores de 10 años, así como restricciones para determinados tipos de trabajo.

De indudable significación fue la Ley de 30/01/1900, *sobre accidentes de trabajo* —Ley Dato—, que tiene el privilegio de ser considerada como la primera norma que aborda la regulación de los accidentes de trabajo.

De su articulado cabe destacar que en su art. 1 define lo que se considera como accidente laboral: “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena...”, estableciendo en su art. 2, en relación con la posible responsabilidad derivada de un accidente de trabajo, que “El patrono es el responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente”. Por su parte, en el art. 4 se reconoce que los obreros tendrán derecho a una indemnización por los accidentes de trabajo que produzcan una incapacidad de trabajo absoluta o parcial, temporal o perpetua. Finalmente, el art.12 hace referencia a la creación de un seguro de accidentes de trabajo.

Básicamente, la Ley Dato, de influencia francesa, viene a ser una norma vinculada a los accidentes de trabajo y su prevención.

De novedosa y singular puede catalogarse la Ley de 27 de febrero de 1912, aprobada durante la reforma laboral del gobierno liberal de Canalejas en 1912, que tenía como objetivo otorgar la protección a las mujeres trabajadoras, ya que diferentes estudios médicos habían advertido sobre la alta frecuencia de abortos en las mujeres que trabajaban sin disponer de un asiento. La Ley establecía la obligación por parte de los empresarios de proporcionar una silla a las mujeres trabajadoras en los establecimientos no fabriles (tiendas, talleres y comercios).

Esta norma fue duramente criticada porque se la consideró marcadamente paternalista y discriminatoria por aplicarse únicamente a las mujeres. Ello dio lugar a la Ley de 5 de julio de 1918 que extendió el beneficio a los dependientes varones. Así, el art. 18 dispone: “Se aplicará a los dependientes varones comprendidos en esta Ley, la de 27 de febrero de 1912, llamada vulgarmente Ley de la Silla, en la parte que a los mismos pueda ser aplicable”. Fue calificada por algunos como una ley hija de su tiempo.

En la actualidad, parte de la doctrina sostiene que la Ley de la Silla sigue en vigor, ya que no ha sido derogada formalmente; sin embargo, Espuny Tomás y García

González⁶ afirman que la misma estuvo vigente hasta el Código de Trabajo de 1944, ya que el artículo 169 recogía sus contenidos.

Años antes vio la luz la Ley de 11 de julio de 1912, *de prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas*, que establecía, además, que el descanso nocturno tendría una duración mínima de once horas consecutivas.

Visualizamos seguidamente el Código del Trabajo de 1926, considerado como el primer Código de Trabajo, y aunque no llegue a abarcar todas las normas laborales existentes en la época, sí consigue una cobertura parcial, lo que la convierte en la punta de lanza de una corriente de compilación de todas las normas que guardan relación con las relaciones laborales.

Volviendo a la normativa penal, el Código Penal de 1928, nacido en la dictadura de Primo de Rivera, aproximaba el mundo de las relaciones laborales al derecho penal desde una triple perspectiva.

Así, dentro del Título III “Delitos contra el orden público”, Capítulo II “Sedición”, en su art. 290, castigaba “las coligaciones de patronos que tengan por objeto paralizar el trabajo y las huelgas de obreros cuando unas y otras, por su extensión y finalidad, no puedan ser calificadas de paros encaminados a obtener ventajas puramente económicas en la industria o en el trabajo respectivos, sino que tiendan a combatir los Poderes públicos o a realizar cualesquiera clase de actos comprendidos en los delitos de rebelión o en el artículo anterior”. En este aspecto se continuaba con la dinámica ya señalada de los códigos penales de 1848 y 1870.

Por su parte, el art. 578, ubicado en el Título IX “Delitos contra la seguridad colectiva”, Capítulo I “Estragos y delitos afines”, sección 2, “Delitos afines a los estragos, imputables a imprevisión, imprudencia o impericia”, establecía que “Los que dirigieren la instalación o instalaren aparatos de seguridad utilizados para proteger la vida o salud de los empleados de minas, trabajos subterráneos o en cualquier género de industrias peligrosas, dando lugar por su imprevisión, imprudencia o impericia a un peligro para la salud o la vida de aquellos, serán castigados con las penas señaladas en el artículo anterior”. Este precepto, si bien referido a la seguridad colectiva y no específicamente a la seguridad de los/as trabajadores/as, puede catalogarse como protector de la vida o salud de determinados tra-

6 *¿Protección de la discriminación? A propósito de la Ley de la Silla*, Universitas, Revistas de Filosofía, Derecho y Política nº 11, 2010.

bajadores, sancionando situaciones de peligro. Puede ser considerado como un antecedente del art. 499 bis CP nacido de la reforma de 1983.

Finalmente, dentro del Título XIV “Delitos contra la propiedad”, Capítulo V “De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”, el art. 737 disponía: “Los que con violencia o amenaza atentaren contra la libertad del comercio, de la industria o del trabajo impidiendo el aprovisionamiento de fábricas, establecimientos o de naves o el abastecimiento de poblaciones u ocasionando la suspensión o interrupción de una obra o servicio, con el fin de ejercer algún acto de odio o de venganza, de imponer determinadas condiciones o de conseguir rebaja o aumento de salarios, serán castigados con las penas de destierro de tres meses a dos años y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Los promovedores y directores serán castigados con las penas de tres meses a dos años de prisión y multa de 1.000 a 10.000 pesetas”. Nuevamente, se penaliza el ejercicio del derecho de huelga.

Durante la II República, época muy activa legislativamente en materia social, cabe incidir en la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, que la doctrina cataloga como de alta calidad. De esta norma podemos destacar tanto su art. 6, en el que se recoge la enumeración de quienes tienen la consideración de trabajadores/as, como su art. 12, en el que se reconocen los pactos colectivos celebrados entre las asociaciones patronales y las asociaciones obreras y, finalmente, el art. 56, que reconoce el derecho al descanso vacacional.

2. Etapa de la dictadura

La siguiente parada hay que realizarla en la etapa franquista, que, dada su extensión temporal, disfrutó de significativos cambios sociales y económicos, lo que tuvo su reflejo en el mundo de las relaciones laborales. Obligatoriamente, hay que referirse al Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, considerado como una de las principales normas del régimen franquista. De su análisis se desprende que la actividad laboral y económica del país se supeditaba al interés nacional, a través del establecimiento de una serie de principios de índole económico y político. Del mismo cabe destacar:

- Regulación de la jornada laboral y de descanso, declaración II.
- Regulación de la retribución, declaración III.
- Derecho a la seguridad y continuidad en el trabajo, declaración III.6.

- Creación de una Magistratura de Trabajo, declaración VII.
- Derecho a la seguridad en el infortunio a los seguros sociales, declaración X.
- Prohibición de la huelga, declaración XI.
- Sanción de la disminución dolosa en el rendimiento del trabajo, declaración XI.3.

Las especiales y estrechas relaciones que se crearon entre Estado, empresa y trabajador daban lugar, a juicio de Baylos y Terradillos⁷ (pág. 22), a un sistema sancionatorio que aunaba todos los ilícitos derivados del trabajo, esto es, las infracciones administrativas, disciplinarias y penales.

Finalmente, apuntar a la supresión de la libertad sindical y a la creación de un sindicalismo vertical, que desnaturalizaba claramente las libertades sindicales, convirtiendo al sindicato en un instrumento al servicio de la política económica del Estado, estableciendo un control sobre la clase trabajadora.

Siguiendo con la legislación emanada de la etapa de la dictadura, apuntamos al Código Penal de 1944, en cuyo preámbulo se afirma que es la adaptación de la Ley Penal al Nuevo Estado. Así, en el Título II “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, Capítulo IV “Sedición” su art. 222 castiga, en su ordinal segundo “las coligaciones de patronos dirigidas a paralizar el trabajo” y en el ordinal tercero “Las huelgas de obreros”.

En su Título VIII “Delitos contra las personas”, Capítulo IV “Las lesiones”, artículo 423 CP, relativo a las lesiones, indica que las penas señaladas en los tres artículos anteriores serán aplicables a los que por infracciones reiteradas y probadamente dolosas de las leyes de trabajo ocasionen quebranto grave a la salud de los obreros y en la producción en general. Este precepto, tanto en su redacción de 1944 como en la posterior —art. 427 CP— apenas si fue aplicado.

La siguiente norma a resaltar la encontramos en el Decreto ley de 15 de febrero de 1952, *por el que se establecen responsabilidades de carácter civil y penal por incumplimiento de las leyes laborales y de previsión social*, y que tenía un claro objetivo, frenar la contratación ilegal de mano de obra/cesión ilegal de trabajadores.

Resaltar el contenido de su art. 2 que postulaba: “Sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria a que se refiere el artículo precedente y de las sanciones que

⁷ *Derecho penal del trabajo*, editorial Trotta 1997, 2ª edición, Madrid, pág.22

establezcan las normas de carácter social, si de los hechos cometidos se desprendiera la existencia de maquinaciones o confabulaciones dolosas, la Delegación de Trabajo correspondiente pasará el oportuno tanto de culpa a la jurisdicción penal ordinaria, que podrá imponer, tanto a la empresa cedente como a la cesionaria las penas señaladas en el artículo 534 del CP vigente”. Este último precepto sancionaba las estafas y otros engaños.

Esta norma, desafortunadamente, como todas aquellas que, extramuros del código penal, establecían sanciones, incluso penales, para determinados comportamientos, tuvo una paupérrima aplicación. Incidir en que el legislador de aquella época conjugaba la imposición de sanciones laborales como penales.

Seguidamente, hay que visualizar el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecen las normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores. Este Decreto, vista la experiencia del Decreto Ley de 15 de febrero de 1952, al que se refiere, postula acomodar las prescripciones de aquél a las nuevas circunstancias, buscando una salvaguardia de los derechos de los trabajadores. Por el mismo y, sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales que puedan ser exigibles, se establecen una serie de sanciones y responsabilidades de índole administrativa.

A juicio de Vicente Martínez⁸, fue precisamente el incumplimiento de esta norma lo que abrió las puertas a la tipificación penal de estas conductas.

Relevante es, sin duda, la Ley 44, de 15 de noviembre de 1971, *sobre reforma del Código Penal*, que añade un Capítulo VIII, “Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo” al Título XII del CP “De los delitos contra la libertad y seguridad” art. 499 bis. Delito que la jurisprudencia vino a denominar “delito social” (STS nº 247/2017, de 5 de abril).

En su exposición de motivos justificaba la incorporación de este tipo de conductas al código penal con la siguiente argumentación: *“Por lo que se refiere a la protección penal que, en las condiciones de trabajo, seguridad social, estabilidad en el empleo, etcétera, se otorga a los trabajadores frente a las defraudaciones de que, con frecuencia, son objeto, la experiencia aportada por la vigencia del Decreto Ley de quince de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, aconseja la incorporación al Código Penal del artículo cuatrocientos noventa y nueve bis, elevando de rango la naturaleza de la infracción y, con ello, la energía del castigo”*.

8 *Derecho penal del trabajo*, editorial Tirant lo Blanch 2020, Valencia, pág. 41

El precepto castigaba las siguientes conductas:

“1.º El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales.

2.º El que por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales.

3.º El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador.

El que en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores incurrirá en las penas previstas en el artículo 519 de este Código.

Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa”.

La formulación del tipo legal dio lugar a una dispar valoración por parte de la doctrina y así, fundamentaba Navarro Cardoso⁹ la introducción del tipo legal en las siguientes razones: los reiterados incumplimientos de la normativa laboral, la ideología imperante en el momento de su surgimiento y la ausencia de control sobre los empresarios. Como ya hemos anunciado, la propia exposición de motivos hacía alusión a “la experiencia aportada por la vigencia del Decreto ley de quince de febrero de mil novecientos cincuenta y dos”.

Para Arrollo Zapatero, tal y como recoge Vicente Martínez¹⁰, la génesis de la reforma legal fue en esencia de carácter político y ligada a los incidentes ocurridos en Granada en 1970.

9 *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, editorial Tirant lo Blanch, 1998, Valencia, pág. 17

10 *Derecho penal del trabajo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 42

A juicio de Benítez Ortúzar¹¹, la escasa aplicación del tipo penal derivó, tanto de la excesiva carga subjetiva en la descripción típica, como en la indefinición de las modalidades comisivas que se describían.

Especialmente afilada es la crítica que del precepto realizan Baylos y Terradillos¹², al afirmar que la reforma supone una “huida al Derecho penal”, que pretendía suplantar “en la línea mantenida por el espíritu social del régimen, una labor de autotutela que el sindicalismo vertical no estaba en condiciones de asumir eficazmente”.

Por su parte, la jurisprudencia da una visión, a mi juicio, bastante coherente con la realidad vivida, así la STS nº 1671/1989, de 29 de mayo señala “por su parte, la doctrina científica, coetánea a la reforma, después de vaticinar la ineficacia de la novedad legislativa gracias a la ambigüedad e indecisión de los términos legales, y de asegurar que sería más eficaz, para la tutela de los intereses de los trabajadores, la libertad sindical y la existencia de unos poderosos sindicatos no verticales dedicados a la promoción y protección de los dichos intereses; logros, por cierto, ya conseguidos después de la implantación de la democracia, sin que, la libertad sindical y la acción loable de los sindicatos, hayan logrado desterrar esa antijurídica pauta de antisocial comportamiento”.

A pesar de todas las críticas que recibiera la ley, no cabe duda de que el legislador dio un paso al frente tratando de establecer, con mayor o menor fortuna, una más intensa defensa de los derechos de los trabajadores, transformando el ilícito administrativo en ilícito penal. Distinto es la mayor o menor aplicación que del tipo legal se hiciera por la jurisdicción penal.

Distinto enfoque hay que atribuir a la Ley 23/1976, de 19 de julio, *sobre modificación del código penal en determinados artículos*, que incidía en la persecución de determinadas actuaciones en el caso de huelgas o cierres empresariales, de tal manera que modificaba el art. 496 CP, incorporando un párrafo segundo con la siguiente dicción “Incurrirán en la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de diez mil a cien mil pesetas los que actuando con violencia e intimidación, en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga o cierre empresarial”; en el párrafo tercero se reco-

11 *Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^º. Terradillos Basoco, “A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP ¿delitos contra los derechos de los trabajadores?* editorial Tirant lo Blanch 2018, Valencia, pág. 1035

12 *Derecho penal del trabajo*, editorial Trotta, 2^a edición, Valencia 1997 pág. 23 y 24

gía un tipo agravado para aquellos que fueran ajenos al conflicto o portaren armas o instrumentos peligrosos.

La justificación a tal reforma se recogía en la exposición de motivos, que amparaba la modificación en atención a “La presente y creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan *piquetes de extensión de huelga*, y que maltratan o intimidan a los trabajadores, significan no sólo una ofensa a la libertad del trabajo, sino el mismo derecho a la huelga, que descansa en la libertad personal del trabajador, constituye, sin duda, un ataque a la seguridad de los trabajadores...”. Para De Vicente Martínez¹³, la finalidad de la reforma no fue otra que establecer un mayor control sobre el movimiento sindical, aún clandestino.

3. Periodo constitucional

3.1. Primeras normas de la democracia

En 1978 se promulga la Constitución, punto de partida del nuevo régimen político y, con ello, del denominado derecho penal democrático; el cual, según apuntan Baylos y Terradillos¹⁴, tenía como objetivo la protección penal de los derechos de los trabajadores, a diferencia de la normativa anterior que lo que buscaba era “la normalización del orden social y laboral totalitario”.

La primera consecuencia de ello fue la LO 8/1983, de 25 de junio, *de reforma urgente y parcial del código penal*, que incorporó al elenco de delitos que trataban de proteger a los trabajadores dos nuevos preceptos, el art. 177 bis, “Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga” y el art. 348 bis CP, “Delitos contra la seguridad en el trabajo”.

En relación con el primero de los preceptos, la exposición de motivos indicaba que “En otro orden de consideraciones se apoya la incorporación del artículo 177 bis orientado a proteger, por vía de amenaza, contra los ataques que les dirigen, la libertad de sindicación y el derecho de huelga, a fin de garantizar su libre ejercicio”. Cambio normativo aplaudido por la doctrina, ya que suponía un giro de orientación respecto al tratamiento a la libertad sindical y el derecho a la huelga (cuyo ejercicio se encontraba tipificado en el art. 222 del CP de 1944). Sin duda,

13 *Derecho penal del trabajo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág., 45.

14 *Derecho penal del trabajo*, editorial Trotta, 2ª edición, Madrid 1997, pág. 27.

el reconocimiento que en los artículos 7 CE y 28 CE se hace de los sindicatos, así como del derecho fundamental a la libertad sindical y al derecho a la huelga, fueron los motores del tal cambio sustancial.

En cuanto al segundo, la exposición de motivos afirmaba que “Sin perjuicio de la subsistencia del actual artículo 499 bis, la protección penal del trabajo venía planteando la necesidad de introducir un delito de peligro que, de una parte, no exija el grado de intencionalidad en la conducta que se deriva del aquel precepto y, de otra, acentúe la obligación de prevenir el daño. A tal fin se introduce un tipo de estructura claramente omisiva, el nuevo artículo 348 bis a), en el que puede subsumirse la conducta del responsable de una actividad laboral que permita el incumplimiento de las medidas de seguridad, dando lugar a actuaciones de concreto peligro”. Nuevamente, resulta ser un precepto escasamente aplicado, pero que supone un paso decisivo por parte del legislador para establecer unas barreras normativas que mitiguen en lo posible la producción de futuros accidentes laborales.

Llegados a este punto y, antes de entrar a describir el panorama que se esboza con el Código Penal de 1995, señalar que el Texto Refundido de 1973 contenía de un modo disperso y fragmentado por todo su articulado los siguientes preceptos referidos al universo del mundo del trabajo:

- El art. 177 bis, Título II “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, Capítulo II “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos en las leyes”, Sección I “Delitos cometidos por los particulares con ocasión de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”.
- El art. 348 bis a), Título V “De la infracción de las Leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general”, Capítulo II “De los delitos de riesgo en general”, Sección III “Delitos contra la seguridad en el trabajo”.
- Art. 427, Título VIII “Delitos contra las personas”, Capítulo IV “De las lesiones”.
- Art. 496, Título XII “Delitos contra la libertad y seguridad”, Capítulo VI “De las amenazas y coacciones”.
- Art. 499 bis, Título XII “Delitos contra la libertad y seguridad”, Capítulo VIII “De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo”.

Esta dispersión normativa e inconexa complicaba la percepción de que existiera un Derecho penal del trabajo cuya finalidad última fuera la defensa de los derechos

de los trabajadores, ya que los bienes jurídicos que con los mismos se trataban de salvaguardar eran dispares y prueba de ello era su dispersión en el articulado del Código Penal.

3.2. El Código Penal de 1995

Hay que esperar hasta la promulgación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, para asistir a la creación del Título XV “Delitos contra los derechos de los trabajadores” —arts. 311 a 318—, con un bien jurídico específico de defensa de los intereses y derechos de los trabajadores. El art. 311 CP, con el referente del art. 35 de la Constitución, trataba de perseguir la imposición o mantenimiento de condiciones laborales o de seguridad social perjudiciales para los/as trabajadores/as. El art. 312 CP, sancionaba el tráfico ilegal de mano de obra, así como la contratación de súbditos/as extranjeros/as en condiciones que perjudiquen sus derechos mínimos laborales. El art. 313 CP castigaba la inmigración clandestina de trabajadores/as a España, así como la determinación o favorecimiento de la emigración a otro país. El art. 314, con punto de anclaje en el art. 14 de la Constitución, perseguía la discriminación laboral. El art. 315 CP, con sustento en el art. 28 de la Constitución, penaba aquellas conductas que atentaran contra la libertad sindical o el derecho de huelga. Los arts. 316 y 317 CP, con referente en el art. 40.2 de la Constitución, trataban de dar cobertura a la seguridad y salud de la clase trabajadora. Finalmente, el art. 318 CP plasmaba una norma de carácter general referida a la responsabilidad en caso de que dichos delitos se atribuyeran a personas jurídicas.

Como se puede colegir de la anterior enumeración, la mayor parte de los preceptos ya tenían su antecedente en el código penal derogado. En este sentido se pronuncia la STS nº 247/2017, de 5 de abril: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores suponen una de las modificaciones fundamentales en la regulación que introdujo el CP de 1995 en el Título XV, título de nueva creación, que carecía de precedentes en la regulación anterior, si bien existían algunas figuras aisladas destinadas a tutelar los derechos de los trabajadores”. El único tipo creado *ex novo* fue el art. 314 CP.

La existencia del Título XV del Código Penal, fue inicialmente aplaudida por la doctrina mayoritaria, si bien, en algunas ocasiones se argüía, de forma aislada, sobre la oportunidad de haber integrado también en el mismo los delitos de defraudación contra la Seguridad Social. Para Baylos /Terradillos¹⁵, esta opción elegida por

15 *Derecho penal del trabajo*, editorial Trotta, 2ª edición, Madrid 1997, pág. 49.

el legislador era más acertada que la de introducir preceptos penales en normas laborales, ya que la experiencia demostraba que la opción de recurrir a leyes especiales conllevaba su catalogación como un “derecho penal menor”. También se aplaude el incremento de las penas, acorde con el desvalor jurídico de las conductas tipificadas. Esta última consideración es interesante, ya que como veremos posteriormente, una de las reiteradas críticas que la doctrina ha venido formulando respecto de las recientes reformas legislativas ha sido el exacerbado incremento de las penas, que han llegado a catalogar de desproporcionado.

A pesar de todo, la concreción del bien jurídico protegido dentro del Título XV no ha sido pacífica en la doctrina, cuestionando si se está en presencia de bienes jurídicos de carácter individual o colectivo. Original es la consideración que efectúa Martínez-Buján Péré¹⁶, quien considera que estamos en presencia de verdaderos intereses supraindividuales, mayormente pertenecientes a la categoría de intereses difusos del orden socioeconómico, similares a los que se protegen a través de los delitos socioeconómicos de consumidores.

Igualmente, resulta de interés la tesis que mantiene Hortal Ibarra¹⁷, que incide sobre la dimensión estrictamente económica inherente al Derecho penal del trabajo, la cual se alimentaría principalmente de tres fuentes: “la fuerza del trabajo como elemento determinante en la producción de bienes y en la prestación de servicios; la contratación laboral al margen del sistema de Seguridad Social o incumpliendo el haz indisponible de derechos laborales como fuente de competencia desleal; y el mantenimiento de un —cierto— equilibrio en las relaciones laborales como *conditio sine qua non* de la propia estabilidad del sistema capitalista”. A su juicio, todo ello tiene repercusión a la hora de delimitar el bien jurídico protegido del Título XV del Código Penal. Destacamos esta línea doctrinal de significar la naturaleza y esencia del Derecho penal del trabajo, ya que las reformas de estos últimos años han sido criticadas por “desnaturalizar” su contenido al dar cabida, por ejemplo, a la lucha contra la competencia desleal en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

El Tribunal Supremo, en relación con el delito tipificado en el art. 311.1 CP, en su STS nº 3075/2023, de 5 de julio, hace referencia tanto a la vertiente individual y colectiva del bien jurídico protegido, aseverando que “Se busca, así, la protección de la parte económica y socialmente más débil del contrato de trabajo, pero tam-

16 *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 704

17 *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023, 4/2023*, editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2024, pág. 1420.

bién al trabajador como miembro perteneciente al mercado de trabajo, como operario que labora, que trabaja y que actúa profesionalmente en el amplio círculo de las empresas, las industrias y los negocios en general”. A mayor abundamiento, la citada sentencia se hace eco de lo manifestado en la STS de 30 de junio de 2000, que afirma respecto del derecho penal laboral “...de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores”.

A mi entender, los preceptos contenidos en el Título XV rezuman una indudable naturaleza colectiva, por lo que la existencia de un bien jurídico de carácter colectivo es indiscutible, si bien el mismo se concreta en el perjuicio particular que sufre un/a o varios/varias trabajadores/as en los diferentes tipos legales. Esta interpretación parece ser la que sustenta la STS nº 247/2017, de 5 de abril, al manifestar “Por lo tanto los titulares de los derechos protegidos con los tipos delictivos que se integran en el Título XV son el conjunto de los ciudadanos trabajadores. Se está ante un objeto de tutela unitario, sin perjuicio de que determinados tipos delictivos concedan una específica protección inmediata a alguno de esos derechos”.

El planteamiento de esta cuestión tiene su fundamento en el hecho de que al analizar las reformas que el Título XV ha sufrido en estos últimos años, cabe cuestionarse si todas estas consideraciones respecto al bien jurídico protegido siguen teniendo validez y vigencia, o si el Derecho penal del trabajo se está desnaturalizando, alterando o incluso difuminándose en aras de otros intereses diferentes de los que guiaron al legislador en 1995.

Sin duda, la aparición del Título XV del Código Penal, en el cual, como hemos apuntado, se produce un agrupamiento de todas aquellas conductas susceptibles de reproche penal que trataban de salvaguardar los derechos de los trabajadores en cuanto colectivo, vino a consolidar la convicción sobre la existencia de un verdadero derecho penal del trabajo.

Sin embargo, la ubicación del Derecho penal del trabajo bajo el paraguas de los preceptos agrupados dentro del Título XV del Código Penal, también alertó a la doctrina sobre las consecuencias perjudiciales que podrían suscitarse. Así, para Benítez Ortuzar¹⁸ “la aparición de estos delitos conformaron lo que la doctrina llegó

18 Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^º. Terradillos Basoco, A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 1036

a denominar Derecho Penal del Trabajo, en el que coexisten tipos penales con la abundante normativa de orden social (de carácter administrativo sancionador), de modo que —aun siendo conscientes de la necesidad de la utilización de la norma punitiva en la materia en cuestión— el CP debe mantenerse en todo caso en los límites del principio de intervención mínima, sin vaciar de contenido la ingente normativa laboral en la materia”.

En línea similar se manifiesta Pomares Cinta¹⁹, que aboga, ante el posible conflicto entre ambas esferas normativas (laboral/penal), por establecer unas nítidas líneas que clarifiquen, en aras a la salvaguarda del principio de intervención mínima del derecho penal, cuando debe intervenir este último. Diversos han sido los pronunciamientos de los tribunales en ello y, en tal sentido, la STS nº 247/2017 —referida al art. 311.1 CP— indica que “para deslindar el ilícito penal del administrativo, ha de exigirse una entidad o importancia en la privación de las condiciones de trabajo y Seguridad Social; debiéndose, en general, tratarse de violaciones de orden público social que se proyectan sobre la protección de las condiciones de trabajo o Seguridad Social”.

El Título XV del Código Penal ha sufrido diferentes reformas con distinto calado, siendo las siguientes:

- La LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, modificó el art. 312.1 CP incrementando la pena de prisión que pasa de prisión de seis meses a tres años a prisión de dos a cinco años.
- La LO 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que da una nueva redacción al art. 318 CP, facultando en el caso de que los delitos del Título XV fueran cometidos en el seno de una persona jurídica, la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 CP. La exposición de motivos aduce que la modificación de los arts. 318 y 318 bis tiene como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino.
- LO 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, modifica el art. 314 CP, en el sentido de elevar la pena de multa, que pasa de seis a doce meses a otra de

19 El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, tirant monografías 822, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 33

doce a veinticuatro meses, justificándose dicha modificación en la exposición de motivos con base a los principios de proporcionalidad, coherencia y respecto a la sistemática que persigue la reforma.

- La LO 13/2007, de 19 de noviembre, *para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*, modifica el art. 313.1 CP extendiendo la inmigración clandestina de trabajadores a España, a todo el territorio de la Unión Europea en virtud del principio de libre circulación de personas y trabajadores.
- La LO 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, que reforma el art. 313 CP en el sentido de eliminar de este precepto los casos de “inmigración clandestina”, creando el Título VII bis, denominado “De trata de seres humanos”. La exposición de motivos argumenta este cambio normativo en el hecho de que el delito de inmigración clandestina siempre tendrá un carácter transaccional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.
- La LO 7/2012, de 27 de diciembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, que introduce un nuevo ordinal segundo al mismo y aumenta la pena de prisión que pasa de seis a tres años a seis meses a seis años. El incremento de las penas se sustenta en la exposición de motivos en la propia gravedad de las conductas, lo que, a su vez, permite incrementar el plazo de prescripción hasta diez años. Esta reforma será objeto de un posterior de análisis.
- La LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, crea el art. 311 bis CP que tipifica el empleo reiterado de ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo o de menores sin permiso de trabajo; así como el art. 315 CP que modifica la penalidad de los tipos, pasando de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses. Es importante destacar que, además de la reducción de la pena de prisión, las penas de prisión y multa que antes eran cumulativas ahora son alternativas, lo cual supone una voluntad del legislador clara de atenuar el rigor punitivo de este delito. Se sustituye, dentro del art. 314 CP el término “minusvalía” por el de “discapacidad”.
- LO 5/2021, de 22 de abril, *de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal*. La exposición de motivos justifica la desaparición de dicho ordi-

nal por la aplicación de esta figura agravada en detrimento de la genérica de las coacciones. También hay que destacar de la exposición de motivos de la ley, lo que parece una velada crítica al poder judicial a la hora de aplicar dicho tipo legal, ya que se afirma: “Finalmente han sido las razones antes expuestas y una forma de interpretación del delito, que amplió su aplicación en sentido contrario a cómo debería interpretarse teniendo en cuenta la doctrina constitucional existente sobre el mismo y el deber de todo intérprete de evitar que la interpretación de la norma disuada del ejercicio del derecho fundamental que limita, las que nos llevan a la necesidad de proponer la supresión de este precepto”.

- LO 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*, modifica la redacción del art. 314 CP. La reforma introduce, entre las causas de discriminación laboral, la edad, la aporofobia y la exclusión social. La circunstancia de la edad en relación con las personas de edad avanzada como colectivo sensible (así se recoge en la exposición de motivos) y la aporofobia y la exclusión social ante el fenómeno social de rechazo, aversión o desprecio hacia las personas pobres.
- La LO 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*. Esta reforma, que comentaremos con detenimiento posteriormente, introdujo un nuevo ordinal segundo al tipo, pasando los ordinales 2, 3 y 4 a ser el 3, 4 y 5.

De todas estas reformas, las que realmente han agitado la plácida existencia del Título XV del Código Penal, creando incertidumbre y zozobra sobre si se está desdibujando el alma del denominado “Derecho penal del trabajo”, son las derivadas de las Leyes Orgánicas, 7/2012, 1/2015 y 14/2022. En este sentido, Hortal Ibarra²⁰ afirma que, hasta el advenimiento de estas reformas, los delitos contra los derechos de los trabajadores evitaron la “hiperactividad” de la que hace gala el legislador; sin embargo, y fruto, tanto de la expansión penal, como del populismo legislativo, la situación cambió radicalmente. El citado autor entiende que las citadas reformas se fundamentan en los siguientes postulados: “a) la ampliación del catálogo de delitos; b) la agravación de las penas; c) la indeterminación de las conductas típicas; d) la ausencia de antijuridicidad material suficiente; y e) la

20 Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023, 4/2023, editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, - Valencia 2024, pág. 1422-1423

consiguiente difuminación de las fronteras con respecto a los homólogos ilícitos administrativos-laborales”. Los dos primeros, no admiten duda y, en cuanto a los tres últimos, haremos un breve recorrido por las tres leyes para decidir sobre la bondad de tales aseveraciones.

3.3. La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre

La exacerbada crisis económica que asolaba a España en la segunda mitad de la primera década del siglo XXI facilitó el impulso de una serie de reformas legislativas que afectaban al mundo del trabajo y fruto de ello es la nueva redacción que se formula del ordinal segundo del art. 311 CP, a través de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

El germen de la reforma hay que residenciarlo en la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones de terceros países en situación irregular. De esta Directiva conviene destacar, a los efectos que nos interesan, tres artículos. El art.1-relativo al objeto y ámbito de aplicación de la Directiva—, que, en su primer inciso, insta a los Estados miembros a prohibir el empleo de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular con el fin de combatir la inmigración clandestina. Por su parte, el art. 3.1 —prohibición del empleo ilegal—, apremia a los Estados miembros a prohibir el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular; para seguidamente en su art. 9 —delito— señalar que “Los Estados miembros velarán por que la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, si es intencionada, constituya un delito en cada una de las circunstancias siguientes, definidas en el Derecho nacional: a) la infracción continúa o es reiterada de modo persistente; b) la infracción se refiere al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular; c) la infracción se acompaña de unas condiciones laborales particularmente abusivas...”.

De estos preceptos cabría colegir que la finalidad principal de la Directiva no es tutelar los derechos de los trabajadores (que sí se obtendría de una forma indirecta o colateral), sino, como bien explicita, combatir la inmigración clandestina.

Por su parte, el preámbulo de la LO 7/2012 afirma que la reforma se produce “para sancionar a quienes incumplen de forma grave la normativa laboral con conductas que además suponen una injusta competencia desleal con respecto a las empre-

sas, emprendedores y trabajadores autónomos, que sí sean cumplidores de sus obligaciones legales”. A mayor abundamiento, el legislador incide en este aspecto al señalar que, “Los perjuicios ocasionados por estas conductas son evidentes. Por un lado, la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores por el periodo en el que presten sus servicios de forma irregular. Por otro, los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial”.

De lo expuesto en el preámbulo se puede, sin margen de duda, aseverar que dos son las finalidades que se persiguen con la reforma: por una parte, proteger los derechos de los trabajadores irregulares y, de otro, salvaguardar la competitividad de las empresas. Benítez Ortúzar²¹ afirma que, difícilmente situados en el marco de crisis económica existente en la época, puede considerarse que el art. 311.2 CP (hoy día art. 311.3 CP) esté tutelando los derechos sociales de los trabajadores. Lo cierto es que el preámbulo hace referencia a “conductas que suponen una injusta competencia desleal”, lo que nos dirige a considerar que principalmente la norma trata de salvaguardar una equitativa competencia entre las empresas.

Todo lo dicho nos lleva a cuestionarnos si realmente la LO 7/2012 y la Directiva 2009/52/CE siguen caminos paralelos, ya que, si en esta segunda parece desprenderse de forma clara su finalidad de combatir la inmigración ilegal, la LO 7/2012, con la reforma llevada a cabo en el artículo 311.2 CP (hoy día art. 311.3 CP), el bien jurídico protegido de forma preeminente es la competencia leal de los mercados, aunque también se antoja que de forma quizás más difusa, se salvaguardan los derechos de los trabajadores irregulares en materia de Seguridad Social. Sin embargo, obsérvese que el art. 311.2 CP (hoy día ordinal 3) reza: “Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo...”. No se circunscribe únicamente a la protección de trabajadores en situación irregular —sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo—, sino que también a trabajadores nacionales o regulares no dados de alta en el régimen de la Seguridad Social.

21 Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^º. Terradillos Basoco, A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2018 páginas 1042/1043

La doctrina ha sido muy crítica con la reforma a la hora de valorar cuál es realmente el bien jurídico protegido. Así, defiende Trapero Barreales²², que si acudimos al preámbulo de la LO 7/2012, cuando afirma que “Si la conducta es grave en todo caso, y por ello ya se condena como tal en el ámbito administrativo, la sanción penal se hace depender de un determinado número de trabajadores afectados, en consonancia con la limitación del reproche punitivo a los comportamientos más graves”, la conclusión sería considerar que el legislador no busca proteger los derechos de los trabajadores, porque en tal caso, sería indiferente el número de trabajadores afectados. Este argumento que es consistente no implica negar, como ya hemos adelantado, que, si bien no parece que el fin primario de la norma sea proteger los derechos de los trabajadores, ello no impide que la redacción del tipo también consiga, en concreto para los trabajadores afectados, la protección de sus derechos que derivan del alta en la Seguridad Social.

Para De Vicente Martínez²³, la finalidad perseguida con la nueva redacción del precepto no es la tutela de los trabajadores, aunque el mismo se ubique dentro del Título XV del Código Penal.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, así, en la STS 478/2015, de 17 de julio, y, en consonancia con la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal, considera que los perjuicios ocasionados por este tipo de conductas son, por un lado, los derechos de los trabajadores (fundamentalmente en sus derechos de seguridad social) y, por otro, las relaciones económicas y empresariales (viciadas por unos costes laborales reducidos fraudulentamente). Podemos, por tanto, entender que estamos ante un bien jurídico bicéfalo. ¿Es esta dualidad de bienes jurídicos protegidos motivo para criticar su inclusión dentro del Derecho penal del trabajo? A mi juicio, la respuesta ha de ser necesariamente negativa.

Para tratar de encontrar una explicación plausible a esta reforma y a las dudas que respecto a la misma se plantean, conviene retrotraerse un poco en el tiempo y hacer mención a la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, *de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la seguridad social*, en cuyo preámbulo se afirma, y ello tiene una indudable trascendencia, que, complementaria a esta Ley, es la aprobación de una Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, *para reforzar la lucha frente a los delitos contra la Seguridad Social y contra los derechos de los trabajadores* (se está refiriendo, obviamente a la LO 7/2012). Con lo cual ambas nor-

22 La transformación del derecho penal laboral, Cuadernos de Política Criminal, nº 114 III, Época II, diciembre 2014, pág. 15

23 Derecho penal del trabajo, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág. 193

mas están orientadas a una misma finalidad. Específicamente, el preámbulo indica que, “En un contexto de obligada estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, resulta evidente que deben intensificarse las actuaciones tendentes a afrontar determinadas conductas, profundamente injustas e insolidarias, que generan la reducción de ingresos en los recursos económicos del sistema de la Seguridad Social, el deterioro de los derechos de los trabajadores y una indeseable competencia desleal con respecto a las empresas”.

Con ello, la Ley 13/2012 explicita que el objetivo del legislador es triple: por una parte, combatir el fraude a la seguridad social, proteger los derechos de los trabajadores y, finalmente, atajar la competencia desleal que sufren algunas empresas. El legislador alude a que la realidad social actual exige nuevas actuaciones y delimitar los marcos de las responsabilidades penales, administrativas y laborales. No olvidemos que el Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social de 27 de abril de 2012, punto de partida de la reforma legislativa, en su actuación nº 4 alude a la modificación del Código Penal delimitando nuevos supuestos de fraude en los que se ha constatado que la sanción administrativa no ha sido lo suficientemente efectiva, optando por la sanción penal.

El legislador da un salto cualitativo a la hora de atajar este tipo de conductas, en contra de lo que algunas voces de la doctrina cuestionaban, al considerar la no necesidad del precepto, puesto que el art. 22.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS), ya sancionaba dicha conducta. Sin embargo, esta tesis no es del todo correcta pues basta una mera lectura de ambos preceptos para percibir la diferencia entre ambas conductas. Así, el art. 22.2 LISOS postula que se considera una infracción grave en materia de Seguridad Social, “No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados”, mientras que el art. 311.2 CP exige que la ocupación sea “simultánea”, en consonancia con lo marcado con la Directiva 2009/52/UE, que en su artículo 9.1 a) instaba a la consideración de delito en caso de infracción continua o reiterada de modo persistente. Cuestión diferente es el acierto o no de los porcentajes establecidos por el legislador. Hortal Ibarra²⁴ la bautiza como “cláusula cuántica”, sin parangón dentro del Título XV del Código Penal, pero sí dentro de los delitos contra la propiedad y el patrimonio.

24 Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023, 4/2023, editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2024, pág. 1435

Sin embargo, el objeto de este trabajo no es analizar la bondad o no del precepto con los principios de taxatividad, legalidad, fragmentariedad o de intervención mínima, sino únicamente su encaje dentro del denominado derecho penal del trabajo, y en este caso si lo consideramos plausible.

3.4. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En cuanto a la LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que alumbra la llegada del art. 311 bis CP, apuntar, de inicio, que el legislador no explicita el porqué de tal modificación del Título XV del Código Penal. En su preámbulo, el numeral XXV se limita a aludir a la actualización de los arts. 177 bis CP —Título VII bis—, “De la Trata de Seres Humanos” y 318 bis CP —Título XV bis—, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” (preceptos extramuros del Título XV del CP, aunque sí relacionados con él), justificándola en dar cumplida transposición a la Directiva 2011/36/UE. A pesar de ello, se podría concluir que el último párrafo de este numeral, que reza: “La reforma culmina también la transposición efectiva de la Directiva 2009/52/UE, por la que se establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular” es el que justifica la inclusión del art. 311 bis CP dentro del Título XV CP.

Por ello, y respecto del bien jurídico protegido, las afirmaciones que se hicieron en cuanto a la LO 7/2012 tienen validez. Las alusiones hechas a los arts. 1, 3 y 9 de la Directiva 2009/52/UE son plenamente aplicables, destacando lo establecido en el considerando 21: “La experiencia ha puesto de manifiesto que los regímenes o sanciones vigentes resultan insuficientes para garantizar el pleno respeto de las prohibiciones relativas al empleo de nacionales de terceros países en situación irregular, entre otros motivos porque probablemente las sanciones administrativas no bastan para disuadir a determinados empleadores poco escrupulosos. El respeto de las normas puede y debe favorecerse gracias a la aplicación de sanciones penales”. Y, a mayor abundamiento, lo recogido en el art. 10: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las personas físicas que cometan el delito contemplado en el artículo 9 sean objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Obsérvese que la propia Directiva marca el camino de acudir al derecho penal ante determinados comportamientos para los cuales el derecho administrativo se presenta insuficiente.

Precisamente, la lectura e interpretación de la Directiva 2009/52/UE nos dirige a considerar que, tanto la reforma operada por la LO 7/2012, como por la LO 1/2015 por el legislador obedece a un mandato de la Unión Europea que, con mejor o peor fortuna, se ha llevado a cabo y, tanto el considerando 21, como el art. 10 marcan el actuar de los Estados miembros. Sin embargo, y a pesar de ello, un importante sector doctrinal ha criticado la aparición del art. 311 bis CP bajo el paraguas de que, primero, ya existía una normativa administrativa que sancionaba tales conductas y, segundo, que el art. 311.2 CP (hoy día art. 311.3 CP) ya sancionaba penalmente tal conducta.

En este sentido, De Vicente Martínez²⁵ señala que la conducta de dar trabajo a un “sin papeles” ya venía contemplada, tanto en el art. 54.1.d de la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, como en el art. 37.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*. A esta tesis se suma Pérez Campos²⁶ cuando afirma que la reforma es “principalmente simbólica y con efectos paradójicos”, ya que ambos preceptos ya penalizan la contratación de trabajadores extranjeros sin autorización de trabajo. Veamos seguidamente la redacción de ambos preceptos y realicemos una comparativa con el art. 311 bis CP.

El art. 54.1.d) LO 4/2000 dispone que tiene la consideración de infracción muy grave en materia de extranjería: “La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito”. Por su parte, el art. 37.1 RD Legislativo 5/2000 considera como infracción muy grave en materia de permisos de trabajo a extranjeros: “Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado”. Finalmente, el art. 311 bis CP dispone que “Serán castigados con penas de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otros preceptos de este Código, quien: a) de forma reiterada emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo o b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo”.

25 Derecho penal del trabajo, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág. 225

26 <https://cpage.mpr.gob.es>, Los delitos laborales, Contratación irregular de extranjeros y menores (CP art. 311 bis), editorial Boletín Oficial del Estado 2024, pág. 177

De la interpretación gramatical (o simple lectura) de los preceptos administrativos y del tipo penal se observa claramente la diferencia, que no es otra que la reiteración en la conducta. Es precisamente el reiterar la acción de dar empleo u ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, lo que transmuta la infracción administrativa en infracción penal. Se podrá compartir o no el criterio utilizado por el legislador, pero lo cierto es que éste utiliza como elemento valorativo la contumacia en la conducta. Parece que el legislador, mediante la conjugación de lo dispuesto en la Directiva 2009/52/UE, en el art. 3 “Los Estados miembros prohibirán el empleo de nacionales de terceros países en situación irregular”; en el art. 9 “Los Estados miembros velarán porque la infracción de la prohibición establecida en el artículo 3, si es intencionada, constituya un delito en cada una de las circunstancias siguientes, definidas en el Derecho nacional: a) la infracción continua o reiterada de modo persistente” y en el art. 10: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las personas físicas que cometan el delito contemplado en el artículo 9 sean objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias”, establece las líneas maestras del tipo penal.

En definitiva, la reiteración hay que interpretarla en el sentido de que se trate de contrataciones sucesivas en el tiempo y no de forma simultánea.

Otra de las críticas que se han vertido es la innecesariedad del art. 311 bis CP, en tanto que el art. 312.2 CP ya contenía dicho injusto. Sin embargo, el art. 312.2 CP, cuya penalidad es significativamente más elevada (prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses), contiene un plus de gravedad respecto a la conducta del art. 311 bis CP, el cual se refiere a quienes empleen súbditos extranjeros sin permiso de trabajo y lo hagan en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuvieren reconocidos, por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual. Además, el art. 311 bis CP contiene un criterio de subsidiariedad, ya que no se aplicará cuando exista otro precepto que contenga pena más grave.

Por último, también algún sector doctrinal y, como crítica a la reforma legal, ha apuntado que la aplicación de la infracción penal beneficiaría al infractor, ya que frente a la multa administrativa que oscila entre los 10.001 y 100.000 por cada trabajador afectado, la sanción penal se limita a una pena alternativa de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses. Este argumento de entrada podría tener una favorable acogida, ya que la pena privativa de libertad, al no superar los dos años, podría dar lugar a su suspensión (art. 80 CP) y, la multa —la experiencia así lo atestigua— nunca alcanzaría la cuantía de la sanción admi-

nistrativa. Pero tampoco hay que olvidar que el derecho penal, en los delitos contemplados en el Título XV, impide la condena de las personas jurídicas, mientras que el derecho administrativo sancionador impone las multas, fundamentalmente a las personas jurídicas, con lo cual no existiría “bis in idem” y la multa administrativa (empresa) y la multa o prisión en el orden penal (persona física) serían compatibles.

Para Hortal Ibarra²⁷, la reforma es un ejemplo de lo que denomina “galopante objetivación del Derecho penal”, así como el incumplimiento de los principios políticos criminales del viejo derecho penal. Además, entiende que la reforma pone de manifiesto la desconfianza del legislador con la interpretación que de los tipos hacen jueces y tribunales en favor del reo. Por ello se acude a descripciones típicas que reducen al máximo la labor hermenéutica de aquellos. Sobre la base de esta aseveración, estimo procedente traer a colación la siguiente reflexión: si observamos la evolución de la interpretación que el Tribunal Supremo ha venido realizando del art. 311.1 CP desde el año 1995, parece que, con relación al medio comisivo de “abuso de situación de necesidad”, éste se ha ido restringiendo de forma innegable y gradual, hasta el punto de que prácticamente sólo es aplicable a ciudadanos extranjeros en situaciones límites y con condiciones muy gravosas. ¿Era esta la voluntad del legislador en el año 1995?

Volviendo al objeto principal de nuestro estudio, esto es, el bien jurídico protegido por el art. 311 bis, la doctrina, De Vicente Martínez²⁸, lo residencia al igual que el del art. 311.2 CP (hoy art. 311.3 CP), tanto en la protección de la libre competencia empresarial como en la lucha contra la inmigración ilegal. Sin embargo, sin obviar lo acertado de dicho planteamiento, me inclino por el criterio elaborado por Navarro Cardoso²⁹, que tras distinguir entre un criterio de estudio sistemático (ubicación del tipo dentro del Título XV del CP) y un criterio teleológico, afirma la imposibilidad de emplear a un ciudadano extranjero sin autorización de trabajo sin conculcar sus derechos. En última instancia, entiende que el art. 311 bis CP es un tipo que protege los derechos de los trabajadores, ya que emplear a un ciudadano extranjero en situación irregular implica su explotación. Es más, el citado autor aboga, en contra de un importante sector doctrinal, por la intervención del derecho penal,

27 Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023, 4/2023, editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2024, pág. 1437

28 Derecho penal del trabajo, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 226

29 Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco, El delito de contratación ilegal del art. 311 bis CP: un nuevo despropósito, y un viejo vicio, legislativo, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 1048 y ss.

ya que no nos encontramos ante un problema estructural, para cuyo tratamiento habría que acudir al derecho laboral, sino ante un problema coyuntural, en el cual el derecho penal sí puede intervenir.

Para Pérez Campos³⁰, la contratación de la mano de obra extranjera supone un ataque plural: por una parte, se vulneran los derechos de los trabajadores afectados; por otra, se produce una distorsión en el mercado laboral que conduce a situaciones de explotación y competencia desleal. A mayor abundamiento, esta autora afirma que el art. 311 bis CP refleja una evolución de la legislación laboral hacia postulados más “integrados y robustos” y que esta relación entre derecho penal y derecho laboral facilita el cumplimiento de la normativa laboral, ya que la inclusión de sanciones penales en las leyes laborales fortalece el cumplimiento de éstas.

3.5 La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.

La LO 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, modifica el art. 311 CP, en el sentido de dar una nueva redacción a su ordinal segundo, pasando los numerales 2, 3 y 4 a ser ahora los numerales 3, 4 y 5. La redacción del tipo legal ha suscitado unánimes críticas por parte de la doctrina, tanto por su equívoca redacción, como por su posible fricción con el principio de intervención mínima del derecho penal. El citado tipo legal del que la doctrina (Alabau Pereiro³¹) señala que parece redactado *ad hoc* para perseguir y castigar a determinadas sociedades mercantiles, dispone, que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses “Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa”.

El devenir de la reforma legal se vino gestando durante los últimos años con una serie de ítems legales y jurisprudenciales que desembocaron, finalmente, en la LO 14/2022. Así, el primer antecedente lo encontramos en el Real Decreto Ley

30 <https://cpage.mpr.gob.es>, Los delitos laborales, Contratación irregular de extranjeros y menores (CP art. 311 bis), editorial Boletín oficial del Estado 2024, pág. 181

31 ¿Imponer o mantener? Consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo, UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª Época nº 31 (2004), pág. 15

28/2018, de 28 de diciembre, *para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*, que modifica el art. 22 de la LISOS. A esta modificación se refiere el legislador en el preámbulo de la ley, en concreto, dentro de su apartado IV al indicar: “Asimismo, es destacable el avance en la lucha contra la utilización indebida de la figura del trabajador autónomo, potenciando las herramientas que permitan un mayor control por parte de los organismos públicos competentes para ello. En este ámbito, se refuerza la lucha contra el uso fraudulento de la figura del trabajador autónomo mediante la inclusión de un nuevo tipo de infracción grave, con su correspondiente sanción, que penaliza esta conducta”. En la disposición final cuarta se modifica el Real Decreto Legislativo 5/2000 (LISOS), añadiendo un nuevo ordinal 16 al art. 22, considerando como una infracción grave en materia de Seguridad Social “Comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. A estos efectos se considera una infracción por cada uno de los trabajadores afectados”.

Apenas dos años después y ante la proliferación de plataformas digitales de trabajo y el número de trabajadores/as que prestan sus servicios para éstas, así como las condiciones en que lo hacen, el Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo, en su sentencia 805/2020, de 25 de septiembre, dictaminó que la relación de prestación de servicios del demandante —*raider*— con la empresa era laboral y no de TRADE, ya que ésta no es una mera intermediadora entre los comercios y los repartidores.

Ante la problemática laboral que se planteaba, ve la luz la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales*. Así, en el apartado II de su preámbulo se recogen las siguientes aseveraciones: “En segundo lugar, introduce una nueva disposición adicional sobre la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Dicha presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores”. Seguidamente, el legislador hace referencia, para sustentar la reforma, a la doctrina de la citada STS 805/2020, de 25 de septiembre.

La Ley 12/2021 incorpora una nueva disposición adicional vigesimotercera al Estatuto de los Trabajadores, bajo el título “Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto” con la siguiente redacción: “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley, la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”.

Finalmente, y cuatro años después de la primera modificación legal, hace su aparición la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que en su preámbulo —apartado V— expone una justificación del porqué de la reforma legal. En este sentido se indica lo siguiente:

“La incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral, con respaldo expreso de la Constitución y de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.

El conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho Penal”.

De la lectura de estos dos párrafos, se podrán compartir o no los argumentos explicitados, la justificación de la reforma legal no admite ningún género de duda. El ordenamiento laboral es el encargado en primer lugar y de forma preferente de tutelar los derechos de los trabajadores, los cuales tienen la consideración de “indisponibles e irrenunciables”. En esta labor coadyuvan tanto los órganos administrativos como los judiciales (inspección de trabajo, jurisdicción social); sin embargo, cuando el ordenamiento laboral se ve incapaz de dar cobertura y protección a estos derechos, es entonces cuando cabe acudir al derecho penal. Realmente, el legislador no ha hecho, sino compendiar la labor realizada, tanto por él mismo, como por la jurisdicción social durante 4 años, de forma infructuosa

desde su punto de vista, en la defensa de los derechos de las personas trabajadoras que prestan sus servicios para las plataformas digitales.

Para Cruz Villalón³² ha sido la resistencia de determinadas empresas a aceptar la presunción de laboralidad, aún tras las sanciones impuestas en vía administrativa, lo que ha llevado al legislador a desembocar en la vía penal.

La doctrina ha criticado el precepto³³, alegando que es cuestionable, tanto su legitimidad como su necesidad. En cuanto a su legitimidad, se arguye que el tipo legal no contiene ese *plus de desvalor* que permita diferenciar la infracción administrativa de la infracción penal y, no es proporcional en cuanto a la pena que tiene asignada —la misma que la del ordinal primero—. Tampoco lo considera necesario, porque esa conducta podría ser incardinada en el ordinal primero del art. 311 CP. Para Hortal Ibarra³⁴ no se estaría en presencia de un delito laboral, sino ante una desobediencia autónomamente incriminada, dirigida a dotar de solidez a la potestad de autotutela de la administración.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina³⁵, en relación con la crítica de la falta de proporcionalidad del tipo, se arguye que se está ante un bien jurídico de incuestionable significación social y que deviene indispensable para la pervivencia del sistema económico establecido por la Constitución, por lo que no se puede prescindir de acudir al Derecho Penal ante los ataques más intolerables al bien jurídico protegido. También aduce el citado autor que la conducta que castiga el precepto no puede ser considerada de menor gravedad que el resto de las que se tipifican en el Título XV del Código Penal.

También se critica por la doctrina, la falta de precisión de la descripción típica, lo cual puede llevar a equívocos a la hora de atisbar qué conductas sanciona el mismo. Nuevamente, el preámbulo de la norma puede arrojar luz al respecto y así, se afirma que: “Por un lado, el nuevo precepto pretende cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías

32 Los riders de la presunción de laboralidad a la sanción penal, Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual, Homenaje al profesor Carlos L. Alfonso Mellado con ocasión de la jubilación como catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pág. 35

33 Núñez Castaño Elena, Manual de Derecho Penal y Económico y de la Empresa, 5 Edición actualizada, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pág. 309

34 Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023, 4/2023, editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2024, pág. 1424

35 Martín Pérez-Buján Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 94

que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo; conductas que no pudieran ser previstas por el legislador de 1995 pero que no puede desconocer el de 2022. Por otro lado, pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos individuales y colectivos, de las personas trabajadoras”.

La lectura del art. 311.2 CP invita, desde el primer momento, a plantearse determinadas cuestiones. Así, el tipo castiga la conducta de aquellos que “impongan condiciones ilegales a sus trabajadores” y la pregunta que surge de forma natural es: ¿basta con que tales condiciones se hayan impuesto a una única persona trabajadora para que se configure el tipo? ¿Es necesaria una determinada cantidad de trabajadores/as? Si es así, ¿en qué número? La primera interpelación se solventaría acudiendo a la interpretación que se ha venido dando al ordinal primero del art. 311 CP, vigente desde la promulgación del Código Penal de 1995, objeto de una amplia praxis judicial y análisis doctrinal y con una similar redacción: “impongan a los trabajadores a su servicio”, el cual se consuma con que haya un único trabajador en tal situación, existiendo un único delito, aunque sean varias las personas trabajadoras afectadas. Por tanto, desde esta óptica basta con que a una única persona trabajadora se le impusieran “condiciones ilegales”, para que se cometiera el delito.

En cambio, obsérvese como el legislador en el art. 311.3 CP, para la existencia del tipo legal, exige un determinado número de trabajadores/as afectados/as. ¿Supone esto que cuando el legislador ha optado por diferenciar la barrera entre la infracción administrativa y el tipo legal en el número de personas trabajadoras afectadas, así lo ha hecho constar explícitamente? Desde luego, esta es la interpretación lógica.

Sin embargo, y respecto al art. 311.2 CP, ¿es esa la voluntad del legislador? La cuestión se suscita por el hecho de que, en su preámbulo, como ya hemos señalado, se hace referencia al “incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo”, a través de las nuevas tecnologías. Parece que esta afirmación conduciría a interpretar que tendría que haber un número significativo de personas trabajadoras en tal situación para que nazca el delito. ¿Podría ser esta condición de contratación masiva ilegal la que otorgue ese plus de gravedad o lesividad que diferencia el delito de la infracción administrativa contemplada en el art. 22-16 de la LISOS? Hay autores como Alabau Pereiro³⁶ que defienden que

36 ¿Imponer o mantener? Consideraciones en torno al nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo, UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª Época nº 31 (2004), pág. 45

ese plus de desvalor que diferencia la infracción administrativa de la conducta delictiva, no puede residenciarse exclusivamente en la mera imposición de determinadas condiciones por parte del empleador, sino que gravita en la concurrencia de dos notas: de un lado, la contratación de un trabajador *de facto* mediante una fórmula distinta al contrato de trabajo y, de otro, por el hecho de aprovecharse de la vulnerabilidad del empleado a través del medio comisivo utilizado. En esta línea se manifiesta Hortal Ibarra³⁷, que defiende que junto a la ilicitud de las condiciones laborales deberían concurrir situaciones de explotación de las personas trabajadoras. Esta tesis llevaría a que habría que analizar caso por caso a fin de determinar la existencia del delito.

Para Martín-Buján Pérez³⁸, el desvalor de la conducta nacería del hecho de privar a una persona de su condición jurídica de trabajador por cuenta ajena, con los derechos y garantías que de tal condición se derivan, lo cual le conduce a una situación de precariedad laboral. En este sentido y, aunque nos referiremos a ello en el siguiente epígrafe, el considerando (3) de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, aboga por evitar las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones laborales precarias.

Por su parte, para Cruz Villalón³⁹, la mejor solución sería entender que la conducta se tornaría en delictiva cuando “por vía de sentencia firme o, alternativamente, por resolución administrativa firme, se ha constatado el uso indebido del falso autónomo y, a pesar de ello, se sigue acudiendo al mismo”.

En cuanto al bien jurídico protegido, el preámbulo, en el último párrafo del numeral V afirma: “El sistema penal no puede eludir sus obligaciones en materia de protección de derechos, colectivos e irrenunciables, frente a los ataques más graves y por ello se propone la introducción de un nuevo numeral 2º en el artículo 311. Se trata de un tipo especial, que acota el ámbito de la autoría a aquellos que violan los derechos de las personas trabajadoras; de resultado lesivo, eludiendo el expansionismo punitivo y de medios tasados, que acota el *modus operandi* a la utilización espuria de un contrato o a la desatención del llamamiento a adecuarse

37 Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023, 4/2023, editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2004, pág 1431

38 Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 96

39 Los riders de la presunción de laboralidad a la sanción penal, Revisitar la obra de Carlos L Alfonso desde una perspectiva actual, Homenaje al profesor Carlos L Alfonso Mellado con ocasión de la jubilación como cate-drático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pág. 37

a la legalidad que se ha hecho mediante requerimiento o sanción al infractor o infractora”. Por tanto, no parece discutible que realmente y, a diferencia de las anteriores reformas legislativas a las que nos hemos estado refiriendo, el bien jurídico protegido, de forma principal, sean los derechos de la clase trabajadora; lo cual justificaría su encuadre dentro del Título XV del Código Penal. Aunque, y en consonancia con lo manifestado por Hortal Ibarra⁴⁰, el precepto también busca proteger, tanto la libre competencia empresarial, que en este caso se vería afectada por la reducción de costes laborales de las empresas, como por asegurar el ingreso de las cotizaciones de la Seguridad Social eludidas.

3.6. La Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas

Casi dos años después de la promulgación de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, ve la luz la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, la cual va dirigida a la regulación del trabajo en plataformas digitales y, por tanto, con estrecha relación a las normas a que hemos estado haciendo referencia.

Entiendo que un breve y somero extracto de alguna de sus consideraciones y de sus preceptos, podría ayudar a calibrar el motivo y alcance de la reforma que llevó a cabo la LO 14/2022. Ante todo, advertir que las referencias que se realizan a continuación van circunscritas a un ámbito muy determinado de la Directiva, la cual abarca otros muy novedosos y de vital importancia (utilización de algoritmos, protección de datos, etc.).

Así, en el considerando (3) se indica que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos.

En el considerando (6) se afirma que el trabajo en plataformas puede provocar la imprevisibilidad de las horas de trabajo y puede difuminar los límites entre una relación laboral y una actividad por cuenta propia, así como las responsabilidades de los empleadores y las de los trabajadores.

40 Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023, 4/2023, editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia 2024, pág 1431

En el considerando (7) se recoge que, aunque las plataformas digitales de trabajo suelen clasificar a las personas que trabajan a través de ellas como trabajadores por cuenta propia o “contratistas independientes”, muchos órganos jurisdiccionales han constatado que, de hecho, ejercen sobre esas personas dirección y control, y a menudo las integran en sus principales actividades empresariales.

En el considerando (14) se señala que, deben de introducirse medidas que faciliten la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas de la Unión.

En el considerando (25) se insta a que con la finalidad de combatir los falsos trabajadores por cuenta propia en el trabajo en plataformas y facilitar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas, los Estados miembros deben aplicar procedimientos adecuados para prevenir y abordar la clasificación errónea de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas.

En el considerando (30) se aboga por una presunción de laboralidad en favor de las personas que realizan trabajo en plataformas a la hora de establecer la determinación de su situación laboral correcta; consideración que se plasma en el art. 5.

En el art. 1.1) y, en cuanto al objeto de la directiva, se indica que es, “mejorar las condiciones laborales y la protección de los datos personales en el ámbito del trabajo en plataformas”, mediante, entre otras medidas, “la introducción de medidas para facilitar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas”.

El art. 5, que establece una presunción de laboralidad, reza de la siguiente manera: “Se presumirá que, desde el punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control, de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En caso de que la plataforma digital de trabajo pretenda refutar la presunción legal, corresponderá a la plataforma probar que la relación laboral en cuestión no es una relación laboral tal como se define en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. Aquí, la Directiva toma como referencia la denominada “primacía de los hechos”, sobre cualquier otra consideración, la cual además tiene la consideración de refutable.

Como se observa, la presunción de laboralidad de la relación se limita a la actividad desarrollada en plataformas digitales de trabajo; mientras que, si acudimos a lo dispuesto en la Ley 12/2012, de 28 de septiembre, la presunción de laboralidad la circunscribe a las personas que prestan sus servicios en plataformas digitales de reparto de mercancías o servicios. Ello supondría que, en la trasposición de la Directiva en un futuro (dos años), se podría ampliar la presunción de laboralidad.

De indudable interés, es lo dispuesto en el art. 12.3: “Las plataformas digitales de reparto no utilizarán sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas de toma de decisiones de manera que se ejerza una presión indebida sobre los trabajadores de plataformas, o se ponga en riesgo de algún otro modo la seguridad y la salud física y mental de los trabajadores de plataformas”. Se llama la atención sobre el hecho de que en este precepto se está haciendo referencia a “trabajadores”, mientras en el art. 1 se utiliza el vocablo “personas que realizan trabajo en plataformas”. Sin duda, la norma rezuma una honda preocupación por combatir los denominados “riesgos psicosociales”.

Finalmente, el art. 24, en relación con las sanciones, dispone: “5. Sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 tal y como se menciona en el apartado 1, los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de las disposiciones de la presente Directiva o de las disposiciones pertinentes ya en vigor relativas a los derechos que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Las sanciones serán efectivas, disuasorias y proporcionadas a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción de la empresa y al número de trabajadores afectados. 6. En el caso de infracciones relacionadas con la negativa de las plataformas digitales de trabajo a cumplir una sentencia que determine la situación laboral correcta de las personas que realizan el trabajo en plataformas, los Estados miembros establecerán sanciones, que pueden incluir las económicas”.

Respecto del contenido del ordinal 6 del art. 24 de la Directiva, recuerda a la redacción dada al segundo inciso del art. 311.2 CP, que castiga a aquellos que mantengan las condiciones ilegales “en contra de requerimiento o sanción administrativa”. La diferencia radica en que la Directiva se refiere a sentencia, mientras que el Código Penal menciona al requerimiento o sanción administrativa. Precisamente, una de las críticas que la doctrina ha realizado a este último inciso es obviar la tipificación de la conducta cuando el incumplimiento sea de una sentencia judicial, reproduciendo el error que el legislador cometió al redactar el art. 314 CP (artículo que no ha sido objeto de aplicación, desde su redacción en el Código Penal de 1995).

La cuestión que seguidamente cabe plantear es si cuando la Directiva menciona que los Estados miembros establecerán “sanciones”, se refiere a sanciones económicas o penales”. La Directiva poco aclara, más que incidir en que estas sanciones “pueden incluir las económicas”, con lo cual no está descartando las penales, o de otro tipo. Es cierto que la Directiva 2009/52/UE, en su art. 10, explicita “sanciones penales, efectivas, proporcionadas y disuasorias”, pero referidas a conductas de naturaleza delictiva. Lo cierto es que la Directiva deja al arbitrio de los Estados miembros el establecimiento de las sanciones a imponer, eso sí, sobre el parámetro de que sean, “efectivas, disuasorias y proporcionadas”, valorando, la naturaleza, gravedad, duración de la infracción y número de trabajadores afectados. Esta última referencia nos dirige, en el ámbito interno de España, a lo dispuesto en el art. 311.3 CP, que sustenta la tipicidad en función del número de trabajadores afectados y del volumen de la empresa.

Este brevísimo estudio de la Directiva (UE) 2024/2831 pone de manifiesto que el legislador español se adelantó con la LO 14/22, de 23 de diciembre, a los mandatos de aquella, si bien, la Directiva es más ambiciosa en sus objetivos.

4. Un futuro novedoso e incierto

En este apartado es necesario hacer una breve mención al decaído “Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y la explotación de seres humanos” del año 2022, el cual se encontraba en una fase avanzada de redacción y consultas y que por motivos del fin de la legislatura no vio la luz. Este anteproyecto ha sido retomado en el año 2024 con una redacción, en principio similar, a falta de modificaciones tras los oportunos periodos de información pública y consultas.

En el anteproyecto, en su disposición final cuarta, postulaba la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En concreto, y en la parte que afecta a este trabajo, el Título VII bis, bajo la rúbrica “De la trata de seres humanos y el sometimiento a trabajos o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud”, se integraba por tres capítulos. El Capítulo I, “De la trata de seres humanos”, el Capítulo II, “De los trabajos o servicios forzosos, servidumbre y esclavitud” y el Capítulo III, “Disposiciones comunes”.

El Capítulo II, se iniciaba con el art. 177 ter, y en sus tres primeros ordinales tipificaba las conductas de trabajos o servicios forzosos, servidumbre y esclavitud. Así, el ordinal primero disponía: “Será castigado como autor de un delito de tra-

bajos o servicios forzosos con la pena de prisión de cinco a ocho años, quien, ejerciendo sobre una persona un poder de disposición o control y empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la obligare a realizar cualquier trabajo o servicio, incluyendo prestaciones o actividades de naturaleza sexual, la mendicidad y la realización de actividades delictivas”.

En el ordinal segundo se indicaba: “El que, mediante los procedimientos descritos en el apartado anterior, determine a una persona a habitar en un lugar, o restrinja su libertad de movimientos, manteniéndola en un estado de dependencia y sometimiento respecto de quien la obliga a realizar trabajos o servicios, será castigado como autor del delito de servidumbre con la pena de prisión de seis a nueve años”.

Finalmente, el ordinal tercero disponía: “Quien, mediante las conductas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, someta o mantenga a una persona en una situación de absoluta disponibilidad sobre ella y sus esferas de libertad personal, será castigado como autor de un delito de esclavitud con la pena de prisión de ocho a doce años”.

La exposición de motivos del anteproyecto afirmaba que lo que se pretendía con la reforma era hacer frente a las modernas formas de esclavitud, cuya premisa básica es la falta de voluntariedad de la prestación o servicio —por lo que nunca tendrían la consideración de trabajo —y no en la naturaleza del servicio, prestación o tipo de actividad.

Por su parte, la “memoria del análisis del impacto normativo” (MAIN) del anteproyecto⁴¹ señalaba que, los tribunales venían reconduciendo las conductas de trabajo forzado, servidumbre o esclavitud a los delitos laborales o contra los derechos de los trabajadores, lo cual impedía absorber el desvalor que implican estas conductas, puesto que castigan la explotación laboral, pero no el sometimiento forzoso a la misma.

A su vez, añadía⁴² que, “Como premisa, la actividad o prestación a la que se sujeta a la víctima no cobra la naturaleza jurídica de “trabajo” precisamente por su falta de voluntariedad. En consecuencia, el injusto de los trabajos-servicios forzosos

41 <https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/MAIN-APLO-TRATA-para-audiencia-e-informacion-publica-vf.pdf>, pág. 22

42 <https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/MAIN-APLO-TRATA-para-audiencia-e-informacion-publica-vf.pdf>, pág. 44/45

trasciende la esfera de transgresión de garantías laborales, porque no es asunto de explotación por el trabajo, sino de aprovechamiento del ser humano como objeto”. Adicionaba: “Hasta la actualidad, el desvalor de las actividades humanas forzosas quedaba inadecuadamente absorbido en el propio delito de trata o bien reconducido al ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores que gravitan sobre el empleo de un trabajo voluntario que se desenvuelve bajo la imposición de condiciones que vulneran garantías socio-laborales y que, a su vez, impiden atribuir al autor un delito por víctima”.

Por su parte, el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial⁴³ en relación con el citado anteproyecto contiene algunas consideraciones que necesariamente han de ser puestas de manifiesto. Así, en el ordinal 262 se indica que los delitos laborales tipificados en los arts. 311.1. 5º y 312.2 CP castigan situaciones de explotación laboral en las que dicha prestación se realiza de forma voluntaria, pero mediante la imposición de condiciones ilícitas o abusivas que chocan frontalmente con las normas laborales, pero que no alcanzan a cubrir el “desvalor de la cosificación”, el “ataque a la integridad moral” y el “aprovechamiento del ser humano como objeto”. Concluye que tratan de evitar el abuso sobre la clase trabajadora, pero desde la óptica de su consideración como siervo o esclavo.

La cuestión que se plantea con la futura aprobación del anteproyecto y, por ende, con la modificación del Código Penal, es si de alguna forma podría resultar afectado el contenido del Título XV del Código Penal, siendo necesaria una reforma de este. Es menester plantearse que las conductas que hasta ahora los tribunales estaban incardinando en los artículos 311.1 y 312.2 segundo inciso CP y que criminalizan situaciones de explotación de las personas trabajadoras por cuenta ajena en las que resultaba violentada la dignidad del ser humano como valor protegido por el art. 10 CE, sean ahora ubicadas en los tipos que castigarían situaciones de esclavitud, servidumbres o trabajos forzosos. Recordemos que, por ejemplo, la STS nº 554/2019, de 13 de noviembre, afirmaba que se habían impuesto a las víctimas unas condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y ajenas a cualquier condición laboral lícita y admisible. Esta misma sentencia afirma que “Las menciones que hacíamos al artículo 312 CP son también aplicables al artículo 311 CP y, partiendo de estos precedentes, la conducta de quien determina a otro al ejercicio de la prostitución y, además, le obliga a una prestación continuada por cuenta ajena, en el contexto de una relación de subordinación o dependen-

43 Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos | CGPJ | Poder Judicial | Consejo General del Poder Judicial | Actividad del CGPJ | Informes

cia y, además, le obliga unas condiciones de prestación contrarias a la dignidad humana, que, en este caso, eran cercanas a la esclavitud, incurre también en el delito tipificado en el artículo 311 del Código Penal”.

A mayor abundamiento, la STS nº 298/2015, de 13 de mayo, señala que el bien jurídico protegido en el Título VII bis mira preferentemente a la dignidad humana. Es más, la misma sentencia explicita que en ocasiones el Tribunal Supremo, para deslindar o diferenciar la tipicidad del art. 177 bis CP y del art. 318 bis CP, atiende a que el primero de ellos acoge aquellos atentados más graves contra la dignidad de la persona.

Si atendemos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el delito tipificado en el art. 311.1 CP, cuyo medio comisivo sea el abuso de situación de necesidad, observaremos que sólo ha venido referida a ciudadanos/as extranjeros/as. Los sujetos de la explotación laboral son ciudadanos extranjeros en situación de vulnerabilidad (SSTS nº 1311/2006, de 28 de noviembre; nº 494/2016, de 9 de junio; nº 348/2017, de 17 de mayo; o nº 639/2017, de 28 de septiembre). Estos delitos aparecen en concurso con el delito de trata con fines de explotación laboral —art. 177 bis CP—, o con el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis CP. Por el contrario, la STS nº 543/2023, de 5 de julio, aborda el tipo desde la perspectiva del medio comisivo del engaño, el cual sí afecta a personas trabajadoras españolas.

Quiere esto decir que de ver la luz en un futuro la reforma analizada, el art. 311.1 CP va a quedar vacío de contenido, al menos en lo referente al medio comisivo del “abuso de situación de necesidad”. No olvidemos que la praxis judicial venía afirmando de forma pacífica que el art. 311 CP constituía el núcleo central del denominado derecho penal del trabajo —STS nº 995/2000, de junio—.

Desde mi punto de vista, sin duda la posible y futurible aprobación de una ley integral contra la trata y la explotación de seres humanos va a traer o debería traer consecuencias en la regulación del Título XV del Código Penal, lo que debería ser aprovechado por el legislador para una reforma en profundidad, una de las cuales debería de ser el dotar de una nueva redacción al art. 314 CP, que, desde nuestro conocimiento, no ha sido objeto de ningún pronunciamiento judicial en 30 años; sin embargo, la crítica a este precepto escapa de la finalidad de este trabajo.

También y de cara a un futuro muy próximo, habría que plantearse la posibilidad de integrar el delito de acoso laboral dentro del Título XV del CP. Su encuadre actual

hay que situarlo en el art. 173.1 CP, dentro del Título VII, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. ¿Se podría considerar que el hecho de que el ataque a la integridad moral de una persona se produzca en el desarrollo de una relación laboral tiene la intensidad suficiente para justificar su consideración contra un delito contra los derechos de los trabajadores? ¿Cuál es el bien jurídico protegido preponderante? ¿Estaríamos ante un bien jurídico colectivo con efectos en cada trabajador/a de forma individualizada? Como indica Pomares Cinta⁴⁴, parece incoherente desde el punto de vista de la sistemática, proteger la vida, integridad física o salud de las personas trabajadoras, en cuanto colectivo —arts. 316 y 317 CP —dentro del Título XV y su integridad moral en otro distinto.

Tampoco hay que cerrar los ojos ante los emergentes riesgos psicosociales, que se vaticinan como la causa más habitual de baja laboral en los próximos años en Europa (con las consecuencias económicas que ello conllevará). En Europa, un 25% de los trabajadores/as afirman que padecen estrés por el trabajo⁴⁵. En el año 2002, el coste económico anual de las tensiones laborales en la UE-15 se estimaba en 20.000 millones de euros⁴⁶. Como reflexión, en la medida en que atentan o afectan a la salud de la clase trabajadora, las situaciones de peligro creadas a los/as trabajadores/as por las omisiones preventivo-laborales ¿podrían tener encaje en los arts. 316 y 317 CP? Apúntese a que los riesgos psicosociales derivarían de una deficiente organización del trabajo, la cual depende de las empresas; riesgos que tienen que ser objeto de evaluación.

5. Conclusiones

Una vez redactadas estas páginas, que tratan de compendiar el discurso legislativo vivido en tres siglos sucesivos (recuérdese que la iniciábamos en los albores del siglo XIX), con el inicio del derecho laboral que se va desgajando lentamente y de forma un tanto invisible del derecho civil y el despertar, desarrollo y expansión del Derecho penal del trabajo, deberíamos de estar en condiciones de determinar acerca de su existencia y necesidad.

Hemos transitado por diversas etapas evolutivas, desde aquellos primeros momentos en que las normas laborales iban encaminadas a la protección de las

44 El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, tirant monografías 282, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 30

45 [https://osha.europa.eu/sites/default/files/Summary Psychosocial risks in Europe-es.pdf](https://osha.europa.eu/sites/default/files/Summary%20Psychosocial%20risks%20in%20Europe-es.pdf)

46 <https://osha.europa.eu/en/publications/osh-figures-srtes-work-facts-and-figures>

personas trabajadoras más vulnerables (menores y mujeres), a aquellos otros en que la doctrina abogaba por la necesidad de un Derecho penal del trabajo dirigido a defender de una forma eficaz a la clase trabajadora frente a los más graves ataques que podían sufrir en sus derechos, en oposición a lo que hasta el momento había sido una regulación contraria a derechos tan básicos como la huelga o la libre sindicación; hasta una última etapa bastante crítica con las reformas realizadas por el legislador, por su apariencia expansionista.

Es habitual observar, tras la aprobación de reformas legales, críticas recurrentes en el sentido de que se está abusando del derecho penal para resolver conflictos laborales; que el derecho administrativo sancionador ya cuenta con resortes apropiados para afrontar determinados ataques contra los derechos de los trabajadores; que existe una falta de proporcionalidad entre las infracciones penales cometidas y las penas impuestas; que se introducen tipos legales que van más allá de la estricta defensa de los derechos de los trabajadores; o la dificultad para discernir cuando se está en presencia de un ilícito administrativo o penal.

Debemos tener en consideración que, en estos últimos treinta años, desde la entrada en vigor del CP de 1995, la configuración social y económica del país ha cambiado sustancialmente, a un ritmo que, si nos detenemos un instante, habría de calificarse de vertiginoso. Hoy día la defensa de los derechos de los trabajadores va, por mucho que algunos se resistan a admitir, indisolublemente unida a la defensa de la libre competencia empresarial o al control de los flujos migratorios (todo repercute en todo). Son vasos comunicantes que inciden unos en otros y determinados tipos legales pueden, simultáneamente, proteger bienes jurídicos dispares, pero relacionados entre sí. Ya hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo sobre que ciertos tipos penales pueden tener la consideración de bicéfalos, en el sentido de proteger bienes jurídicos distintos, esto es, aquellos en los que los derechos de los trabajadores se protegen de una forma indirecta o subsidiaria, pero no por ello dejan de salvaguardarlos. ¿Es esto motivo suficiente para buscarles un acomodo extramuros del Título XV del CP?

Parece un tanto contradictorio haber abogado en los inicios del Derecho penal del trabajo por la unificación de todos los preceptos dispersos en el Código Penal de 1973, en un único Título —Título XV— en el de 1995, y hoy en día criticar determinadas reformas porque van más allá de la estricta defensa de la clase trabajadora, aunque también lo pretendan. Entiendo necesaria la ubicación de estos preceptos en el Título XV del CP, porque con ello, se aglutinan en un único lugar del Código Penal todos aquellos tipos penales que, de una u otra forma, protegen los dere-

chos de los trabajadores, con independencia de que bajo su paraguas pueden salvaguardarse otros bienes jurídicos. Lo contrario sería volver a una dispersión arcaica y obsoleta.

En cuanto a la crítica recurrente sobre la dificultad de diferenciar, en algunos casos, entre la infracción administrativa y la infracción penal y, por ello, descifrar ese plus de antijuridicidad que identifica a estos últimos, hay que indicar que desde el momento en que existen ordenamientos sancionadores paralelos, estos problemas de delimitación existen, han existido y existirán. Es cierto que hay que atender al criterio de la “*gravedad*” para reconocer el campo de actuación de cada uno de ellos y que se está ante un concepto jurídicamente indeterminado que va a exigir una interpretación judicial caso por caso (aunque en algunos casos —art. 311.3 CP— el legislador determina con inaudita especificidad la diferencia entre la infracción administrativa y la penal); pero no existe otro criterio, por mucho que fuera deseable. Desde luego, esta salvedad, desde mi punto de vista, no sería óbice para cegar esta doble vía de sanción.

En cuanto a la existencia o no de proporcionalidad entre las conductas tipificadas y las penas impuestas, baste indicar que estamos ante conductas de indiscutible gravedad, a las que el legislador atrae al derecho penal por su potencial peligrosidad para dañar determinados bienes jurídicos y que, el arco punitivo de los preceptos es lo suficientemente amplio para que los órganos judiciales, con base en la intensidad del ataque al bien jurídico protegido, puedan moverse libremente por él. Tampoco hay que olvidar que algún sector doctrinal y para determinados delitos del Título XV, en algún momento han abogado por el incremento de las penas. Así, Pomares Cinta⁴⁷ reflexionaba: “Cabe hoy trasladar la misma crítica que ponía de relieve la escasa función preventivo-general que juegan las penas de estos delitos. Esa valoración alcanza no sólo a la pena de multa. Tendremos la oportunidad de llegar a la misma conclusión respecto de la aplicación práctica de las penas de prisión previstas para los delitos laborales”.

Por último, tampoco podemos soslayar las reiteradas alusiones que el legislador realiza a la inoperancia del derecho administrativo sancionador para poner freno a determinados incumplimientos legales. Insistir en algo que no funciona, no parece muy operativo y sensato. Acudir al derecho penal es la “*ultima ratio*” y el legislador acude a él, cuando estima que el resto del ordenamiento jurídico ha fracasado.

47 El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, tirant monografías, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013

Tampoco podemos obviar que es el legislador quien marca las fronteras del principio de intervención mínima.

En conclusión, el Derecho penal del trabajo está, afortunadamente, evolucionando con los tiempos, no se ha estancado, no permanece aletargado o adormilado y trata de responder a necesidades actuales. Ahora mismo, el denominado Derecho digital está desarrollándose con inusitada rapidez y, tarde o temprano, en cuanto pueda afectar a los derechos de las personas trabajadoras, podría involucrar al Derecho penal del trabajo.

El Derecho penal del trabajo goza de buena salud y está muy vivo.

Deberíamos ser padres de nuestro futuro en lugar de los descendientes de nuestro pasado.

Miguel de Unamuno



La perspectiva de género en el mundo de la seguridad y salud en el trabajo



Marina Ortiz López

Jefa de la Unidad Técnica de Investigación del Centro Nacional de Nuevas Tecnologías del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST).

Coordinadora del Grupo de Trabajo de la Red Interterritorial de Seguridad y Salud en el Trabajo (RISST) sobre integración de la perspectiva de género en prevención de riesgos laborales.

Resumen

La perspectiva de género en el mundo de la seguridad y salud en el trabajo constituye una profunda preocupación tanto para las administraciones públicas como para las organizaciones sindicales y empresariales, nacionales e internacionales. El sesgo de género en la investigación sobre condiciones de trabajo, marco normativo y actuación preventiva suponen un escenario de desigualdad al poner en riesgo la salud laboral de casi la mitad de la población trabajadora: las mujeres.

Las actividades feminizadas han sido consideradas tradicionalmente de menor peligrosidad, por lo que la actuación preventiva ha estado menos presente que en otras actividades masculinizadas, donde se presupone que el riesgo laboral es mayor y, por tanto, hay una mayor investigación, regulación normativa y actuación desde la prevención de riesgos laborales. Esto se traduce en un círculo vicioso en el que, si no se identifican y evalúan riesgos laborales en actividades feminizadas, no se adoptan medidas preventivas y los efectos en la salud son considerados como ajenos al trabajo. Es decir, no se logra correlacionar las condiciones de trabajo con los efectos en la salud y, por tanto, se mantiene la idea preconcebida de que las actividades feminizadas no entrañan riesgo y son seguras.

El presente artículo pretende hacer visible lo invisible, abordando los riesgos del sesgo de género en el mundo de la prevención de riesgos laborales en diferentes esferas. También, a pesar de que es una necesidad imperante el aumentar el volumen de investigaciones en salud laboral con perspectiva de género, se expone evidencia científica que muestra diferencias y desigualdades en la exposición a riesgos laborales y efectos en la salud laboral entre mujeres y hombres.

1. Líneas estratégicas en materia de seguridad y salud en el trabajo y género

La perspectiva de género fue oficialmente conceptualizada durante la IV Conferencia Mundial de la Mujer de las Naciones Unidas celebrada en Beijing en 1995¹. Este concepto plantea la necesidad de aplicar una óptica que permita analizar y comprender las diferentes situaciones, condiciones y roles de mujeres y hombres en diversos ámbitos, como la sociedad o la política. Se define como: *“El proceso mediante el cual se valoran las implicaciones para las mujeres y los hombres de cualquier acción planificada, incluyendo legislaciones, políticas o programas en todas las áreas y todos los niveles”*. Han pasado treinta años desde que se estableció esta definición y, en la actualidad, la mirada de género sigue siendo un reto y un objetivo por alcanzar en lo relacionado con aplicaciones normativas, políticas y actuaciones. El ámbito laboral no debería ser ajeno a esta perspectiva. La igualdad entre mujeres y hombres debe ser un pilar clave en la creación y aplicación de normas, políticas y acciones enmarcadas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Además, incorporar la perspectiva de género en la interpretación de las normas requiere un compromiso activo por parte de los tribunales, para detectar y corregir situaciones que, de forma directa o indirecta, discriminan a las mujeres y las colocan en desventaja.

Las discriminaciones y desigualdades entre mujeres y hombres en el ámbito del trabajo han sido evidentes a lo largo de toda la historia y, hoy en día, siguen manifestándose en diferentes formas. Es común escuchar o leer que las mujeres se han incorporado de una forma reciente al mundo laboral, como si este mundo se hubiera convertido recientemente en un espacio con mujeres. Sin embargo, esto es un sesgo histórico, puesto que las mujeres llevan trabajando desde la prehistoria, siendo recolectoras y artesanas; en la antigüedad, siendo campesinas y comerciantes, o en la Edad Media, siendo hilanderas y tejedoras. Los trabajos realizados por mujeres eran invisibilizados, informales y formaban parte de la economía sumergida. Este pasado de desigualdad ha dejado un legado que, en cierta medida, aún resuena en la actualidad, puesto que los trabajos más feminizados son aquellos que suelen considerarse de menor valor social y están caracterizados por peores condiciones de empleo.

1 IV Conferencia Mundial de la Mujer de las Naciones Unidas celebrada en Beijing en 1995 Document Viewer fecha de consulta: 3-2-2025.

Los datos del "Informe sobre el estado de la seguridad y salud laboral en España 2021-2022"² publicado por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) destacan que en 2021 las actividades con mayor número de enfermedades profesionales con baja en mujeres incluyen el comercio al por menor, los servicios a edificios y actividades de jardinería (que abarcan principalmente tareas de limpieza), la industria de la alimentación y los servicios de comidas y bebidas. Además, se señala que las enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos se concentran en un 90% en el sector sanitario, donde las mujeres representan más del 75% del personal empleado. Por otro lado, el mayor porcentaje de enfermedades causadas por agentes químicos se registra en el sector servicios, que cuenta con un 62% de trabajadoras. Estos datos reflejan la importancia de considerar la actuación preventiva en sectores altamente feminizados, puesto que dichas actividades también entrañan riesgos para la seguridad y salud.

Este razonamiento se refleja, a nivel comunitario, en el Marco Estratégico de la Unión Europea (UE) sobre seguridad y salud en el trabajo (2021-2027)³. En el mismo, la Comisión Europea establece prioridades y acciones fundamentales para fortalecer la seguridad y salud de las personas trabajadoras en la UE. Este Marco Estratégico reconoce que considerar la diversidad, incluyendo las diferencias y desigualdades de género, así como combatir la discriminación en el ámbito laboral, son esenciales para asegurar la seguridad y salud de todas las personas trabajadoras, especialmente al realizar la evaluación de riesgos en el entorno laboral. El marco pone el acento en la identificación de riesgos en ocupaciones que históricamente han sido ignoradas o clasificadas como "trabajos ligeros", como los desempeñados por cuidadoras o personal de limpieza. Además, anima a los Estados miembros a promover la implementación de acciones orientadas a eliminar el sesgo de género en la evaluación de riesgos y la definición de prioridades de intervención, asegurando la participación equitativa de mujeres y hombres en la consulta a la población trabajadora y la adecuación de la formación a las circunstancias personales de cada persona trabajadora. Para finalizar, un aspecto fundamental reconocido en el marco es la necesidad de tener en cuenta el género como categoría analítica en las medidas derivadas de las encuestas, la recopilación de datos y las revisiones inter pares que se lleven a cabo tanto en el ámbito europeo como en el ámbito nacional en los Estados miembros.

2 Informe sobre el estado de la seguridad y salud laboral en España (2021-2022) Informe sobre el estado de la seguridad y salud laboral en España. 2021-2022 fecha de consulta: 3-2-2025.

3 Marco estratégico de la Unión Europea (UE) sobre seguridad y salud en el trabajo (2021-2027) eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0323 fecha de consulta: 3-2-2025

El Marco Estratégico de la UE sobre seguridad y salud en el trabajo constituye una ruta a seguir y una fuente de inspiración para los Estados miembros. En España, el 14 de marzo de 2023, el Consejo de Ministros dio su aprobación a la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (EESST-2023-2027)⁴, resultado del acuerdo alcanzado entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los agentes sociales. La EESST asume un firme compromiso con los pilares prioritarios del Marco Estratégico de la UE sobre seguridad y salud en el trabajo. Esta estrategia, con un horizonte establecido en 2027, busca consolidarse como un marco de referencia para guiar las políticas públicas en prevención de riesgos laborales durante este período. Su objetivo es unir esfuerzos y compromisos con el propósito común de reducir los perjuicios físicos y mentales relacionados con el trabajo, asegurando que su alcance beneficie de manera equitativa a todos los sectores, actividades, empresas y personas trabajadoras. Una de sus líneas de actuación está ligada a la integración de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Para ello, busca involucrar a todos los actores comprometidos con la mejora de la prevención de riesgos laborales, tanto a nivel institucional como empresarial, con especial atención a la protección de los grupos más vulnerables. En relación con la integración de la perspectiva de género, la EESST presenta las siguientes líneas de actuación:

- Revisión del marco normativo para integrar la perspectiva de género.
- Diferenciación de género en los procesos de toma de datos y análisis de la información de las condiciones de trabajo y salud y en los estudios en esta materia.
- Incorporación de manera transversal de la perspectiva de género en la gestión de la prevención de riesgos laborales.
- Actuaciones de sensibilización sobre la necesidad de integrar la perspectiva de género de manera transversal en las políticas preventivas.
- Actuaciones de vigilancia y control.

En definitiva, la EESST prioriza la incorporación de la perspectiva de género de manera transversal e integral en todas las políticas preventivas.

4 Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2023-2027) Seguridad y Salud en el Trabajo. Estrategia Española, 2023-2027 fecha de consulta: 3-2-2025.

2. Género como categoría analítica en el análisis de la prevención de riesgos laborales

Una categoría analítica se podría definir como un instrumento conceptual empleado para observar, interpretar y examinar fenómenos en los ámbitos social, cultural, económico o político. Estas categorías actúan como marcos de referencia que facilitan la organización y comprensión sistemática de la realidad, permitiendo identificar patrones, conexiones y dinámicas fundamentales. El género es una categoría analítica que facilita el análisis de cómo se generan y perpetúan las diferencias y las relaciones entre mujeres y hombres en distintos entornos, incluido el laboral.

Por tanto, para comprender la realidad sin sesgos es importante aplicar el género como categoría analítica y no caer en confusiones conceptuales entre “sexo” y “género”. El primero hace referencia a características biológicas y fisiológicas determinadas genéticamente que definen a un ser humano como mujer u hombre. Estas características incluyen los cromosomas, las hormonas y los órganos reproductores. El sexo es generalmente categorizado al nacer como femenino o masculino, aunque algunas personas presentan características biológicas que no encajan estrictamente en estas categorías binarias, lo que se conoce como intersexualidad. El segundo (el género) hace referencia a una construcción social y cultural que trasciende las diferencias biológicas y fisiológicas entre mujeres y hombres (sexo). Este concepto engloba un conjunto de normas, roles, comportamientos, expectativas y características que una sociedad específica asocia con cada sexo. No se limita únicamente a las diferencias físicas, sino que también influye en la manera en que las personas se perciben a sí mismas, interactúan entre sí y experimentan su entorno social. Se utiliza para identificar las diferencias socioculturales impuestas a mujeres y hombres por los sistemas políticos, económicos, culturales y sociales, y tiene la ventaja de ser una construcción modificable. Fundamentalmente, el género comprende los conceptos de rol de género y estereotipos de género:

Los roles de género son definidos por las ideas compartidas dentro de una comunidad o grupo social, que condicionan a las personas a asociar ciertas actividades, tareas o responsabilidades como masculinas o femeninas. En el ámbito laboral, estos roles de género son diferenciales entre mujeres y hombres, puesto que las primeras tienen asociado el rol de cuidadoras, asumiendo en mayor medida los cuidados no remunerados en los hogares, y los segundos adoptan el rol de proveedores económicos, asumiendo en mayor medida el trabajo productivo. A este fenómeno social se le conoce como “división sexual del trabajo”.

Por otro lado, los estereotipos de género son creencias generalizadas y simplificadas sobre mujeres y hombres, que pueden variar según la cultura y el contexto. Estas ideas suelen basarse en prejuicios, percepciones distorsionadas o experiencias limitadas, y con frecuencia no reflejan la diversidad ni la complejidad real de las personas dentro del grupo. En el ámbito laboral, estos estereotipos de género también son diferenciales entre mujeres y hombres. Por ejemplo, los hombres asumen en mayor medida el estereotipo de “fuerte” y “valiente” y esto puede estar ligado al hecho de asumir conductas de mayor riesgo en comparación con las mujeres.

Por tanto, en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo es fundamental tener en cuenta este sistema sexo-género en el análisis de las condiciones de trabajo, puesto que puede existir una exposición a riesgos laborales diferente (sexo) y desigual (género) entre mujeres y hombres. Además, el impacto en la salud también puede ser diferencial entre unos y otras.

Ahora bien, la necesidad de utilizar el género como categoría de análisis en la prevención de riesgos laborales viene derivada del androcentrismo. El androcentrismo es una visión cultural y social que establece a los hombres y a la masculinidad como el eje central o norma de referencia. Implica observar y comprender el mundo desde la perspectiva masculina, bajo una supuesta neutralidad y objetividad, priorizando las experiencias, necesidades y opiniones de los hombres sobre las de las mujeres. Este enfoque, ya sea de manera consciente o inconsciente, otorga al hombre y a su visión del mundo una posición predominante. Esta visión parcial de la realidad no solo afecta al ámbito de la prevención de riesgos laborales, sino a todos los ámbitos de la esfera social. En el ámbito que nos ocupa en este artículo, el androcentrismo tiene un importante impacto en diferentes esferas: investigación, marco normativo y actuación preventiva en las empresas. En los siguientes capítulos se describe cada uno de ellos.

2.1. Sesgo de género en la investigación sobre condiciones de trabajo

Desarrollar investigación y conocimiento sobre las exposiciones a riesgos y los efectos sobre la salud en las mujeres trabajadoras es un punto clave y fundamental para seguir avanzando en la protección de su seguridad y salud⁵. En este sentido,

5 Hoja informativa 1 Organización Internacional del Trabajo: la perspectiva de género en salud y seguridad en el trabajo La perspectiva de género en salud y seguridad en el trabajo fecha de consulta: 3-2-2025.

se podrían destacar diversas limitaciones en la investigación en relación con la exposición a riesgos laborales derivadas del hecho de no tener suficientemente en cuenta las diferencias y desigualdades de género⁶.

- Poca atención a los problemas de salud laboral más frecuentes entre las mujeres.
- Uso de marcos de análisis basados en ocupaciones tradicionalmente masculinizadas.
- Falta de consideración de las diferencias biológicas y desigualdades de género en las exposiciones a riesgos laborales y sus efectos.
- Escasez de estudios acerca de las causas y consecuencias de la segregación de género y la discriminación en el mercado de trabajo.
- Escasez de estudios sobre la influencia del ámbito doméstico en el trabajo.

2.2. Sesgo de género en el marco normativo de seguridad y salud en el trabajo

2.2.1 Androcentrismo en la normativa de prevención de riesgos laborales

En España, el art. 40.2 de la Constitución Española asigna a los poderes públicos la responsabilidad de garantizar, como principio rector de la política social y económica, la seguridad y la higiene en el ámbito laboral. Este mandato constitucional implica la obligación de implementar una política destinada a proteger la seguridad y salud de la población trabajadora a través de la prevención de los riesgos asociados a su actividad laboral. Por tanto, la prevención de riesgos laborales es un ámbito claramente reglado a nivel normativo y la actuación preventiva en las empresas está muy ligada a dicha regulación. Si este marco normativo está impregnado por una visión androcéntrica, esto repercutirá en las acciones preventivas de las empresas y, por tanto, en el déficit de prevención y protección de la salud laboral de las mujeres trabajadoras.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales* (en adelante, LPRL) se configura como el pilar esencial que desarrolla este artículo constitucional. Esta normativa tiene como finalidad principal fomentar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras mediante la implementación de medidas y el

6 Artacoiz, Lucía, *Aspectos metodológicos en la investigación sobre trabajo, género y salud*. Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales, 33, 2014, pp. 139-153.

desarrollo de actividades dirigidas a prevenir los riesgos derivados de la actividad laboral. En este sentido, la LPRL establece los principios generales relacionados con la prevención de riesgos laborales, orientados a garantizar la protección de la seguridad y la salud de la población trabajadora. Asimismo, se enfoca en la eliminación o, si no es posible, la reducción de dichos riesgos, promoviendo la información, la consulta, la participación y la formación de las personas trabajadoras en materia preventiva. Para alcanzar estos objetivos, la LPRL regula las acciones que deben llevar a cabo las administraciones públicas, los empleadores, la población trabajadora y sus respectivas organizaciones representativas, estableciendo un marco integral de responsabilidades y cooperación para la prevención de riesgos laborales.

En la LPRL únicamente se hace alusión a la variable sexo en el art. 5.4 del Capítulo II sobre “Política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo”, donde se determina lo siguiente: “Las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores”. Analizando este artículo en base a lo hasta ahora comentado, parece presentar sensibilidad a cuestiones de género, puesto que se refiere a “variables relacionadas con el sexo”, pero está dirigido a las actuaciones de las Administraciones públicas, no teniendo en cuenta la responsabilidad en materia de género del resto de los agentes de la prevención de riesgos laborales.

Además, la LPRL aborda la protección de la maternidad y lactancia. En concreto, en el art. 26 del Capítulo III sobre “Derechos y obligaciones”, donde se indica lo siguiente: “La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará 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.

Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”. El abordaje de la LRPL a cuestiones ligadas al embarazo y la lactancia se caracteriza por ser proteccionista e ignorar cuestiones vinculadas a la fertilidad, tanto de mujeres como de hombres. A este respecto, el citado art. 26 de la LPRL destaca la necesidad de adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto de trabajo o función de la mujer trabajadora embarazada o con parto reciente, pero estas medidas no son suficientes para proteger la salud de la mujer trabajadora. Acertadamente, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* cubre la situación de discriminación o desprotección en la que inicialmente quedaban las mujeres embarazadas, sometidas a riesgos laborales, a las que la empresa no podía cambiar de puesto de trabajo o función sin riesgos, reconociendo el derecho a la suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo.

Por tanto, como se mencionó al comienzo del capítulo, limitarse a considerar únicamente las diferencias biológicas y fisiológicas entre mujeres y hombres resulta insuficiente para garantizar una protección adecuada de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. En este sentido, el marco normativo que sustenta las acciones preventivas en las empresas parece carecer de la sensibilidad necesaria para identificar y abordar las desigualdades de género, lo que limita su eficacia para atender las distintas realidades y necesidades de las mujeres trabajadoras.

La normativa sobre prevención de riesgos laborales no está únicamente constituida por la LPRL. También son consideradas normativa sobre prevención de riesgos laborales sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito. A este respecto, cabe destacar el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, *por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención* (en adelante, RSP). En esta disposición de desarrollo se abarcan los principales aspectos necesarios para prevenir riesgos laborales, considerando esta prevención como una parte integral de las actividades de la empresa y en todos sus niveles jerárquicos. Se abordan, por tanto, cuestiones vinculadas con el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad preventiva, la organización de recursos para la actividad preventiva, la acreditación para entidades especializadas como servicios de prevención ajenos, las auditorías, las funciones y niveles de cualificación y la colaboración de los servicios de prevención con el Sistema Nacional de Salud, entre otros.

En el ámbito que nos ocupa, en esta disposición de desarrollo, se contemplan únicamente aspectos vinculados con el embarazo, la lactancia natural y la salud del feto o niño/a durante el periodo de lactancia natural. En concreto, en el art. 4 sobre el contenido general de la evaluación, se hace alusión a lo siguiente: “El anexo VII de este real decreto incluye una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición. En todo caso la trabajadora embarazada no podrá realizar actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo incluidos en la lista no exhaustiva de la parte A del anexo VIII, cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o la del feto. Igualmente, la trabajadora en período de lactancia no podrá realizar actividades que supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en la lista no exhaustiva del anexo VIII, parte B, cuando de la evaluación se desprenda que ello pueda poner en peligro su seguridad o su salud o la del niño durante el período de lactancia natural”. Además, en el art. 37 sobre las funciones del nivel superior del personal técnico, se establece que: “El personal sanitario del servicio de prevención estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a los menores y a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y propondrá las medidas preventivas adecuadas”. Por tanto, el RSP, al igual que la LPRL, no parece ser sensible a las desigualdades de género, puesto que presenta un enfoque limitado a la parte biológica, en concreto, al embarazo y la lactancia, además de ser más proteccionista que preventivo. En este sentido, la reforma llevada a cabo en julio de 2024 del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, *sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo*, incorpora por primera vez los agentes reprotóxicos dentro de su ámbito de aplicación. Esta actualización refuerza la necesidad de proteger la salud reproductiva en el ámbito laboral antes de la concepción, considerando tanto a mujeres como a hombres.

Además del RSP, la normativa sobre prevención de riesgos laborales contempla otras normas reglamentarias que se ajustan a los principios establecidos en la LRPL (art. 6 de la LRPL). En este sentido, contamos en nuestro contexto español con un listado de Reales Decretos que abordan riesgos laborales específicos o actividades laborales concretas. A continuación, se recogen ejemplos de distintos Reales Decretos por especialidad preventiva:

Ámbito de la Seguridad en el Trabajo

- Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, *sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo.*
- Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, *sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.*
- Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, *sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.*
- Real Decreto 614/2001 de 8 de junio, *sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico.*

Ámbito de la Higiene Industrial

- Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, *sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.*
- Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, *sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.*
- Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, *sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.*
- Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, *sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido.*
- Real Decreto 1311/2005, de 4 de noviembre, *sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas.*
- Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, *por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.*
- Ámbito de la Ergonomía
- Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, *sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.*

- Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, *por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores.*

Actividades específicas:

- Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, *sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.*
- Real decreto 1216/1997, de 18 de julio, *por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca.*
- Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre, *por el que se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar.*

Si se analizan estas normas reglamentarias con perspectiva de género, se podría extraer como conclusión que el desarrollo reglamentario de la LRPL también presenta un sesgo de género.

Por una parte, aquellos riesgos laborales que tienen una regulación específica son más propios de actividades claramente masculinizadas. Por ejemplo, en el caso del ámbito de la ergonomía, la manipulación manual de cargas tiene un real decreto de desarrollo y es más propia de actividades laborales masculinizadas, en las que se requiere fuerza para las operaciones de transporte o sujeción, el levantamiento, la colocación, el empuje, la tracción o el desplazamiento de una carga. Sin embargo, no existe una regulación específica para otros riesgos ergonómicos, como las posturas forzadas o los movimientos repetitivos, más propios de actividades feminizadas como las de limpieza, el trabajo en cadenas de montaje, o la estética y peluquería. Por otro lado, los riesgos psicosociales, muy propios de actividades feminizadas, como todas aquellas que implican un contacto directo con el público o exigencias emocionales, no tienen un desarrollo reglamentario claro. Este hecho desprotege la seguridad y salud de un alto porcentaje de mujeres trabajadoras.

Por otra parte, en cuanto a las actividades que cuentan con un desarrollo normativo específico, hasta hace poco no se contaba con un real decreto que desarrollara disposiciones mínimas de seguridad y salud en actividades feminizadas. Sin embargo, recientemente, se ha promulgado el Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre, que regula la protección de la seguridad y salud en el ámbito del servicio doméstico. Esta normativa representa un avance relevante en la protección de los derechos

laborales de un colectivo claramente feminizado, que ha sido históricamente precarizado y con poca valoración social. Dado que las mujeres constituyen la mayoría de las personas trabajadoras en este ámbito, la norma incorpora una perspectiva de género que busca corregir desigualdades estructurales. La implementación de medidas específicas para reducir riesgos laborales y promover la formación en prevención constituye un paso importante hacia la equiparación con otras actividades. En esta norma de desarrollo también se pone el foco en la violencia y el acoso, incluida la violencia y el acoso sexual y el acoso por razón de origen racial o étnico, nacionalidad, sexo, identidad u orientación sexual o expresión de género.

2.2.2 Androcentrismo en el cuadro de enfermedades profesionales

Por otro lado, tal y como se comentaba en el capítulo 1, el impacto en la salud de la exposición a riesgos laborales también puede ser diferente entre mujeres y hombres. Las contingencias profesionales abarcan tanto los accidentes de trabajo como las enfermedades profesionales. En cuanto a los accidentes de trabajo, el art. 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), los define como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena". Esto incluye enfermedades contraídas exclusivamente a causa del trabajo que no estén incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales, entre otros supuestos. Asimismo, el art. 157 de la LGSS establece que una enfermedad profesional es aquella "contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades especificadas en el cuadro aprobado por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y provocada por la acción de los elementos o sustancias indicados en dicho cuadro para cada enfermedad". Este cuadro se encuentra en el Anexo I del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que regula las enfermedades profesionales dentro del sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro. En dicha disposición reglamentaria se recogen las enfermedades profesionales y se relacionan con las principales actividades capaces de producirlas en códigos conformados por el número del grupo (seis en total), agentes, subagentes y actividades. Para que una patología o dolencia sea reconocida como enfermedad profesional, deben cumplirse tres requisitos:

- 1) Enfermedad: La enfermedad debe haberse contraído realizando un trabajo por cuenta ajena.
- 2) Agente: La enfermedad debe haber sido causada por elementos o sustancias especificadas para cada caso en el cuadro de enfermedades.

- 3) Actividades: La enfermedad debe estar relacionada con alguna de las actividades reglamentariamente establecidas. Aun así, el cuadro de enfermedades profesionales recoge una lista no exhaustiva de actividades, por lo que se podrían reconocer enfermedades profesionales en actividades que no estén explicitadas en el propio cuadro.

En relación con las enfermedades recogidas en el cuadro, algunos autores señalan una falta de sensibilidad de género que se observa en relación con los trastornos musculoesqueléticos⁷. Principalmente, los trastornos en muñeca y manos son más propios de actividades feminizadas, mientras que en las actividades masculinizadas están presentes en otras localizaciones como el hombro, codo y antebrazo. La calificación de estos como enfermedades profesionales presenta mayores dificultades para las trabajadoras, ya que la prevención de riesgos laborales no siempre ha tenido en cuenta las particularidades fisiológicas y ergonómicas de las mujeres. Esto es especialmente relevante cuando desempeñan puestos tradicionalmente masculinos, en los que el diseño de las tareas y herramientas responde a parámetros establecidos en función de las características antropométricas de los hombres. Como consecuencia, las mujeres pueden enfrentarse a un mayor riesgo de desarrollar estos trastornos, ya que deben realizar un esfuerzo adicional para adaptarse a un entorno que no ha sido concebido considerando sus necesidades específicas. A este respecto, tampoco se consideran distintas cuestiones, como la carga mental derivada de la doble presencia, que a menudo se traduce en un síntoma musculoesquelético, o no se consideran distintas las tareas asumidas por mujeres y hombres, incluso en categorías profesionales iguales o similares⁷.

Además, existen otras lagunas en el cuadro de enfermedades profesionales identificadas por la doctrina científica. Algunos ejemplos son tanto las varices derivadas de trabajos que implican una bipedestación prolongada, como ciertas patologías relacionadas con el cáncer profesional, entre las que destaca el cáncer de ovario por exposición al amianto, cuya inclusión en el listado ha sido solicitada por instancias relevantes, como el Parlamento Europeo. Asimismo, el cáncer de mama no figura en el cuadro, al igual que otros tipos de cáncer, como el de endometrio, cuya causa aún no ha sido plenamente determinada por la ciencia médica. En este sentido, algunos autores proponen que no se puede descartar un posible origen laboral, al menos como hipótesis⁷.

⁷ Arochena Lousada, J. Fernando, *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*, Editorial Bomarzo, 2021.

Con respecto a las actividades, el sesgo de género del cuadro se manifiesta muy notoriamente en relación con las actividades que pueden causar las enfermedades profesionales por dos motivos⁸:

- Con menor importancia, aunque en el plano de lo simbólico, el lenguaje utilizado en el cuadro, donde se usa y abusa del masculino genérico.
- En el cuadro no se consideran actividades feminizadas: se recogen de forma no exhaustiva actividades típicamente masculinas, sin atender con el mismo rigor a actividades realizadas, en mayor medida, por mujeres.

Aunque el listado de actividades incluidas en el cuadro ha priorizado actividades masculinizadas, nuevas resoluciones, como la STSJ de Canarias nº 213/2023, de 15 de marzo, han ampliado este reconocimiento a trabajos feminizados como el de las camareras de piso. Estas decisiones subrayan los esfuerzos físicos y condiciones de trabajo como factores determinantes, marcando un avance en la protección de este colectivo tan feminizado frente a riesgos laborales específicos.

Todo este contexto tiene un impacto en la aplicación del cuadro reglamentario de enfermedades profesionales. Arochena (2021) identifica varios hechos:

- El cuadro presenta una marcada asociación con la actividad industrial, lo que implica que, en su aplicación, pueden quedar desatendidos o infravalorados colectivos feminizados. Esto ocurre debido a la conexión que establece el cuadro entre ciertas enfermedades y los trabajos típicos de la industria, excluyendo actividades realizadas por mujeres en entornos no industriales. Por ejemplo, en el caso de la asbestosis, se han diagnosticado casos en trabajadoras de empresas dedicadas a actividades como la venta, preparación, clasificación, reparación y comprobación de sacos que contenían fibras de amianto, un escenario que evidencia esta problemática.
- La falta de conocimiento por parte de las personas trabajadoras sobre sus derechos laborales es un obstáculo significativo para la protección de su salud. Este problema se agrava en el caso de las mujeres trabajadoras que enfrentan condiciones laborales de mayor precariedad, ya que su vulnerabilidad se incrementa al desconocer los recursos legales y de prevención a su disposición.

8 Alameda Castillo, María Teresa, *La protección social de las trabajadoras de la pesca. Una mirada desde los oficios feminizados*, Bosch Editor, 2020, pp.267-268.

- En la línea de lo comentado en el capítulo 2.1, existe una notable carencia de conocimientos sobre perspectiva de género entre los profesionales de la medicina y de la prevención de riesgos laborales. Esta laguna formativa tiene implicaciones importantes, dado que las enfermedades profesionales en industrias masculinizadas han sido objeto de estudio durante más tiempo, mientras que las asociadas a sectores feminizados han recibido menor atención.

2.2.3. Normativas con perspectiva de género que impactan en el ámbito preventivo

En los últimos años se han promulgado normativas con prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producir las en dicho ámbito, por lo que también son consideradas normativas sobre prevención de riesgos laborales. Por tanto, desde el marco de la legislación laboral, también se pueden incluir normativas que recogen la prevención y gestión de la violencia sexual en el ámbito laboral.

A este respecto, España suscribió y ratificó el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre violencia y acoso (2019)⁹ y se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 16 de junio de 2022. El Convenio 190 y la Recomendación 206 de la OIT son las primeras normas internacionales del trabajo que proporcionan un marco común para prevenir, remediar y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género. El convenio enfatiza la importancia de abordar la violencia de género como un fenómeno transversal y específico que afecta de manera desproporcionada a las mujeres y personas en situaciones de vulnerabilidad. Este enfoque visibiliza realidades históricamente silenciadas, como el acoso sexual, la discriminación por razón de género y la violencia de género en el ámbito doméstico, que repercute en el ámbito laboral.

Además, el art. 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (en adelante, LOIEMH) sobre las “Medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo”, ha sido modificado por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual* (en adelante, LOGILS). Los arts. 12 y 16 de esta última ley abordan específicamente aspectos relacionados con la violencia sexual en el ámbito laboral. La LOGILS

9 C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) Convenio C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) fecha de consulta: 5-2-2025.

establece tres bloques principales de obligaciones para las empresas en materia de violencia sexual en el trabajo:

- Fomentar condiciones de trabajo que prevengan delitos y conductas contra la libertad sexual y la integridad moral, implementando procedimientos específicos para su prevención. Esto incluye evaluar el riesgo de violencia sexual en todos los puestos de trabajo, centrándose en la prevención primaria de agresiones sexuales, acoso sexual y acoso por razón de sexo.
- Establecer vías claras para atender denuncias o reclamaciones de personas que hayan sido víctimas de estas conductas mediante protocolos de actuación específicos, reforzando así la prevención secundaria.
- Impulsar la sensibilización y proporcionar formación destinada a garantizar una protección integral frente a las violencias sexuales.

Por otro lado, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, modifica el art. 1 de la LOIEMH y establece que, para desarrollar los Planes de Igualdad (Pdl) es necesario realizar previamente un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de los trabajadores, incluyendo un mínimo de materias determinadas. Este diagnóstico, regulado en el art. 7 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, *por el que se regulan los planes de igualdad y su registro* y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, *sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, debe abarcar todos los puestos y centros de trabajo de la empresa. Su objetivo es evaluar cómo se integra la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la gestión general de la organización. Esto incluye analizar el impacto de las actividades, los procesos técnicos y productivos, la organización del trabajo, las condiciones laborales, tanto presenciales como a distancia, y en situaciones específicas como el uso de personas trabajadoras cedidas mediante contratos de puesta a disposición. Es decir, se considera el ámbito de la prevención de riesgos laborales, y, por tanto, los Pdl son una gran oportunidad para hacer prevención de riesgos laborales con perspectiva de género. El art. 8 del mismo Real Decreto destaca que los Pdl, obligatorios o voluntarios, deben incluir un conjunto de medidas ordenadas y diseñadas a partir del diagnóstico de situación, con el objetivo de garantizar la igualdad de trato y oportunidades y eliminar la discriminación por sexo en la empresa. Por tanto, la inclusión de la prevención de riesgos laborales en el diagnóstico y las medidas adoptadas es obligatoria en todas las etapas del Pdl, como se detalla en el art. 7.1, el anexo y los distintos apartados del art. 8 del RD 901/2020.

Es importante destacar que, actualmente, la LOIEMH establece en su art. 45.2 que las empresas con 50 o más personas trabajadoras están obligadas a contar con un Pdl. Esta obligación se implementó de manera gradual:

- Desde el 7 de marzo de 2020 para empresas con 151 a 250 personas trabajadoras.
- Desde el 7 de marzo de 2021 para empresas con 101 a 150 personas trabajadoras.
- Desde el 7 de marzo de 2022 para empresas con 50 a 100 personas trabajadoras.

El Real Decreto 901/2020 indica que todas las empresas están obligadas a promover la igualdad, prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, y establecer procedimientos específicos para su prevención y resolución. Para empresas con 50 o más personas trabajadoras, estas medidas deben enfocarse en desarrollar y aplicar un Pdl, pero para empresas con menos de 50 también es obligatorio el contar con protocolos de prevención y actuación en caso de acoso sexual y por razón de sexo.

Dado el escenario presentado en el capítulo 2.2, la EESST4 recoge una línea de actuación sobre la necesidad de revisión del marco normativo para integrar la perspectiva de género. A este respecto, se indica lo siguiente:

- Revisión de la LRPL y su normativa de desarrollo con el objetivo de incorporar la perspectiva de género dentro de los principios fundamentales de la acción preventiva. Es necesario explicitar la obligación de integrar la mirada de género en el plan de prevención de riesgos laborales, la identificación y evaluación de riesgos, planificación de las actividades preventivas, formación, vigilancia de la salud y en todas aquellas medidas y disposiciones preventivas que se consideren pertinentes.
- Revisión y actualización de los contenidos formativos establecidos en los Anexos IV, V y VI del RSP, incorporando temas específicos relacionados con la perspectiva de género y la prevención de riesgos laborales.
- Los anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención, que incluyen listados no exhaustivos de riesgos asociados al embarazo y la lactancia natural, serán actualizados de acuerdo con las directrices emitidas por el INSST sobre prevención en estas etapas. Además, se ajustarán conforme a los avances legislativos que se produzcan en la Unión Europea.

- En el contexto del Convenio 190 de la OIT, se promoverá la implementación y desarrollo de la Recomendación 206 de la OIT, que aborda la violencia y el acoso en el ámbito laboral.
- Revisión y actualización del cuadro de enfermedades profesionales, incorporando la perspectiva de género.
- Revisión de los procedimientos para reforzar la protección de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, con el propósito de unificar los criterios preventivos (según las directrices del INSST) y los criterios de gestión de las prestaciones (basados en la guía del INSS).

En definitiva, el impacto del género en la normativa de seguridad y salud en el trabajo revela una histórica invisibilización y sesgos que han limitado la protección efectiva de las trabajadoras y perpetuado desigualdades en el ámbito laboral. Por tanto, abordar dicha invisibilización y sesgos de género en la normativa de seguridad y salud en el trabajo es fundamental para garantizar la seguridad y salud laboral de todas las personas trabajadoras, respetando sus realidades y necesidades específicas. Esto no solo promueve la igualdad, sino también la eficacia preventiva en el ámbito laboral.

2.3. Sesgo de género en la actuación preventiva en las empresas

La perspectiva de género debe integrarse en las estrategias preventivas de las empresas. Para ello es fundamental considerar aspectos clave de la gestión preventiva que permitan eliminar desigualdades y promover una prevención de riesgos laborales más igualitaria y efectiva. Aunque el art. 15 de la LPRL establece como principio de acción preventiva la obligatoriedad de "adaptar el trabajo a la persona", en la práctica esta premisa se incumple con demasiada frecuencia. En este contexto, la perspectiva de género, según la Comisión Europea (1998)¹⁰, implica "considerar y atender las diferencias entre hombres y mujeres en cualquier actividad o ámbito de una política". Esto no solo implica analizar aspectos relacionados con el género, sino integrar sistemáticamente acciones en las estructuras, políticas y planes para reducir inequidades entre mujeres y hombres y promover la igualdad en el reconocimiento y ejercicio de derechos¹¹. Por lo tanto, para incorporar la perspectiva de género en la actividad preventiva, es fundamental diseñar estrategias que permitan:

10 Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea Microsoft Word - es.doc fecha de consulta: 3-2-2025.

11 Nuño Gómez, Laura. *Género, ciudadanía e igualdad*, Aldevar, Madrid, 2011.

- Detectar posibles exposiciones diferentes y desiguales por razones de género.
- Identificar posibles efectos distintos en la salud de mujeres y hombres por razones biológicas.

No se trata simplemente de realizar una evaluación general de riesgos y luego aplicar un análisis específico a los puestos de trabajo ocupados por mujeres como si fueran un "grupo de riesgo" o particularmente sensibles. La dimensión de género debe integrarse de manera transversal en todas las etapas de la gestión preventiva. A continuación, se destacan algunos aspectos para tener en cuenta en las actuaciones de las empresas.

2.3.1. Identificación y evaluación de riesgos diferencial

Las empresas suelen llevar a cabo una gestión preventiva androcéntrica que no considera las necesidades específicas de las mujeres. Esto se debe en cierta medida a la percepción errónea de que las actividades realizadas por las mujeres son más seguras, particularmente en comparación con las desempeñadas por los hombres¹².

No existen datos publicados sobre la frecuencia con la que las evaluaciones de riesgos integran la perspectiva de género, aunque se asume que tienden a subestimar los riesgos en ocupaciones dominadas por mujeres. A pesar de que llevar a cabo evaluaciones de riesgos es obligatorio en todos los puestos de trabajo, independientemente del sector, en la práctica las evaluaciones de riesgos laborales suelen ser más comunes en sectores y ocupaciones tradicionalmente masculinizados, donde los niveles de accidentalidad, el principal indicador de impacto de las condiciones de trabajo, son más elevados. Sin embargo, datos de la encuesta realizada por la Secretaría de Salud Laboral de Comisiones Obreras de Aragón muestran una menor representación de mujeres en los puestos de trabajo evaluados en general¹³ y, en particular, en sectores feminizados como el comercio y la hostelería¹⁴.

12 Messing, Karen, *La santé des travailleuses. La science est-elle aveugle?*, Remue-Ménage, Montréal, 1998.

13 Encuesta sobre la evaluación de riesgos en el trabajo <https://www.saludlaboralymedioambiente.ccooara-gon.com/publicaciones/ENCUESTA%20SOBRE%20LA%20EVALUACION%20DE%20RIESGOS.pdf> fecha de consulta: 3-2-2025.

14 Mujer y trabajo: Aproximación al análisis de indicadores de desigualdad a través de metodología de encuesta <https://www.insst.es/documents/94886/96082/Mujer+y+trabajo+aproximacion%20de%20indicadores+de+desigualdad+a+trav%20de+metodolog%20de+encuesta.pdf/fae0c282-68e8-4298-9ae6-5ef5e0ec6af7?t=1560048958627> fecha de consulta: 3-2-2025.

La incorporación de un enfoque de género en la evaluación de riesgos laborales debería buscar visibilizar, en todas sus etapas (recopilación de información, identificación de peligros y análisis de riesgos), las diferencias de exposición a condiciones de trabajo entre mujeres y hombres. Esto permitiría valorar la exposición diferenciada a los riesgos y las consecuencias específicas que estos pueden tener en función de las características y circunstancias personales de cada persona¹⁵.

2.3.2. Acceso desigual a la información y formación en materia de prevención de riesgos laborales

Las mujeres suelen enfrentar un acceso limitado a programas de formación y recursos preventivos en comparación con los hombres, lo que incrementa su vulnerabilidad ante ciertos riesgos laborales. Esto se explica por diversos factores, principalmente relacionados con la precariedad laboral, como la temporalidad, los turnos irregulares y los contratos a tiempo parcial, así como por las dificultades para conciliar la vida laboral y personal que imposibilitan este acceso a la información y formación preventiva. Según los datos obtenidos de las encuestas sobre condiciones de trabajo^{13,14}, esta situación se confirma parcialmente, mostrando que la falta de formación es más común entre las mujeres y las personas con contratos temporales.

2.3.3. Discriminación y falta de adaptación en el diseño de equipos de protección individual y puestos de trabajo

Las diferencias de género en la ergonomía y en el diseño de equipos de protección individual (EPI) afectan negativamente a la salud laboral de las mujeres. A menudo, las herramientas y equipos se diseñan basándose en estándares masculinos, lo que limita su accesibilidad y eficacia para las mujeres.

La actividad preventiva debe contemplar la adaptación del diseño de los puestos, equipos y métodos de trabajo a las características de ambos sexos, considerando los percentiles extremos y las necesidades anatómicas específicas¹⁶. Sin embargo, la integración de estas diferencias sigue siendo insuficiente, y los diseños continúan basándose en gran medida en estándares androcéntricos. Por ejemplo, el 71% de las mujeres que requieren EPI utilizan modelos diseñados para hombres, y

15 Guía de buena práctica para la vigilancia del cáncer de mama en trabajadoras expuestas a turno nocturno
Guía de buena práctica para la vigilancia del cáncer de mama en trabajadoras expuestas a turno nocturno fecha de consulta: 3-2-2025.

16 Pautas para la integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales pautas_herramienta_genero_prl_es.pdf fecha de consulta: 3-2-2025.

el 17% de las trabajadoras sanitarias a nivel mundial reportan no disponer de EPI de su talla¹⁷. Es, por tanto, de gran importancia desarrollar equipos y puestos de trabajo que se ajusten a las dimensiones y capacidades físicas de ambos sexos.

2.3.4. Acceso desigual a la vigilancia de la salud

En ocasiones, la práctica de la vigilancia de la salud en función de las características de la población trabajadora no se realiza hasta que aparecen problemas de salud específicos. Hay que partir de la base de que las aptitudes psicofísicas de la población trabajadora pueden verse modificadas, entre otras circunstancias, por cuestiones vinculadas al género (doble presencia, violencia sexual, etc.) y también, en otras ocasiones, por las propias condiciones de trabajo. Por tanto, lo ideal es el estudio continuado de las condiciones de trabajo para ir adaptándolas a las características de la población trabajadora en función de sus aptitudes y capacidades. En relación con la evaluación de riesgos, el RSP contempla “la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocupar sea especialmente sensible, por sus características personales, o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones”. Por tanto, la evaluación estaría incompleta si a la evaluación objetiva de las condiciones de trabajo no le sigue la evaluación subjetiva de las capacidades personales de la población trabajadora. Por este motivo, resulta fundamental que las guías y protocolos de vigilancia de la salud incorporen la obligación de atender la dimensión de género entre las actividades sanitarias a desarrollar por los servicios de prevención de riesgos laborales¹⁸.

La vigilancia de la salud debe formar parte integral del sistema de identificación y evaluación de riesgos laborales. A través del monitoreo de datos relacionados con la salud, incluidos los accidentes de trabajo, se pueden obtener indicadores útiles para gestionar los riesgos específicos de mujeres y hombres. Sin embargo, los protocolos actuales de vigilancia de la salud carecen de perspectiva de género¹⁹, lo que dificulta la identificación de problemas de salud que afectan específicamente a las mujeres.

17 Fit for Women? Safe and decent PPE for women health and care workers: WGH-Fit-for-Women-report-2021. pdf fecha de consulta: 3-2-2025.

18 Vallejo Dacosta, Ruth, Salud laboral, igualdad y mujer: aspectos jurídicos, Editorial Comarco, 2019

19 Campos-Serna, Javier, et al, *Una visión de género a los protocolos de vigilancia sanitaria de la población trabajadora*, Archivos de Prevención de Riesgos Laborales, 12, 2009, pp. 116-123.

3. Exposición diferente y desigual a riesgos laborales en mujeres y hombres y efectos en la salud

Como ya se ha comentado a lo largo del artículo, existe una invisibilización de los riesgos laborales que afectan de manera diferenciada a las mujeres, tanto en la investigación, como en el marco normativo y en la actuación preventiva. Messing (1998) analizó esta situación desde la creencia generalizada de que el trabajo realizado por las mujeres no implica peligros, por lo que las labores feminizadas en muchas ocasiones no son objeto de estudio. Esto genera una falta de evidencia sobre los riesgos asociados, disminuye el incentivo para investigar, y perpetúa el desconocimiento de los riesgos reales a los que están expuestas las mujeres trabajadoras.

Apesar de este escenario, hoy en día empezamos a contar con evidencia científica que muestra cómo existen diferencias y desigualdades de género en la exposición a los riesgos laborales y su repercusión diferencial en la salud^{20,21}. Estas desigualdades pueden deberse a diversas cuestiones, como la segregación horizontal y vertical. La primera se refiere a que, por una cuestión de género, las mujeres y hombres tienden a ocupar diferentes actividades y sectores en el mercado laboral, así como a realizar diferentes tareas dentro de un mismo puesto de trabajo; mientras que la segunda alude, también por cuestiones de género, a que ambos sexos suelen asumir distintos niveles de responsabilidad y jerarquía en las empresas. Estas dinámicas horizontales y verticales, influenciadas por roles y estereotipos de género, generan una sobrerrepresentación o infrarrepresentación de mujeres y hombres en ciertas ocupaciones, tareas y posiciones laborales. Esto conlleva que mujeres y hombres enfrenten diferentes riesgos laborales y niveles de exposición.

Por todo lo anteriormente comentado, la salud laboral de mujeres y hombres presenta diferencias y desigualdades: es diferente debido a factores biológicos que influyen de manera distinta en cada sexo, y desigual porque factores sociales generan diferencias en la salud injustas y evitables²². Diversos estudios han evidenciado estas significativas desigualdades de género en los problemas de salud relacionados con el trabajo²³. Entre las áreas identificadas se encuentran: dolores

20 Messing, Karen, et al, *Be the fairest of them all: Challenges and recommendations for the treatment of gender in occupational health research*, American Journal of Industrial Medicine, 43, 2003, pp. 618-629

21 Sorrentino, Eugenio, et al, *Gender issues on occupational safety and health*. Annali dell'Istituto Superiore di Sanità, 52, 2016, pp. 190-197.

22 Borrell, Carme, et al, *La salud pública desde la perspectiva de género y clase social*, Gaceta Sanitaria, 18, 2004, pp. 02-06.

23 Campos-Serna, Javier, et al, *Desigualdades de género en salud laboral en España*, Gaceta Sanitaria, 26, 2012, pp. 343-351.

musculoesqueléticos en extremidades superiores, estrés, lesiones por accidentes laborales y enfermedades profesionales. A continuación, se muestran algunos ejemplos de las diferencias de género en cuanto a riesgos y resultados sobre la salud elaborados por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA)²⁴.

Riesgo/ Consecuencia para la Salud	Mayor Exposición/ Mayor Incidencia	Comentarios
Accidentes	Hombres	Los hombres sufren mayor accidentalidad, incluso una vez ajustada la tasa, dado el menor número de horas trabajadas por las mujeres.
Trastornos de las extremidades superiores	Mujeres	Elevada incidencia en algunas tareas muy repetitivas realizadas por mujeres, como cadenas de montaje «ligero» o la introducción de datos, en las que tienen escaso control sobre su trabajo.
Levantamiento de pesos	Hombres	No obstante, las mujeres que trabajan en limpieza o servicios de comidas y las trabajadoras sanitarias sufren dolores debidos al levantamiento y transporte de cargas pesadas.
Estrés	Mujeres	Ambos sexos están expuestos al estrés; sin embargo, entre los factores de estrés particulares en las mujeres se incluyen el acoso sexual, la discriminación, los trabajos mal considerados con bajo control y el conflicto trabajo-familia.
Violencia de origen externo	Mujeres	El porcentaje de mujeres es mayor en trabajos que implican un mayor contacto con el público.
Ruido/Pérdida de audición	Hombres	Aunque dependiendo del sector, puesto que, por ejemplo, las trabajadoras de los sectores textil y alimentario pueden estar muy expuestas a riesgos.

²⁴ Las cuestiones de género en relación con la seguridad y salud en el trabajo 2003-0589FACTS-42_ES fecha de consulta 3-2-2025.

Riesgo/ Consecuencia para la Salud	Mayor Exposición/ Mayor Incidencia	Comentarios
Cáncer ocupacional	Hombres	Las mujeres están más representadas en ciertas industrias manufactureras, por ejemplo.
Asma y alergias	Mujeres	Causados, por ejemplo, por productos de limpieza, agentes y polvo esterilizantes presentes en guantes protectores de látex utilizados en el sector sanitario, y polvo en la industria textil y de la confección.
Enfermedades cutáneas	Mujeres	Las mujeres tienen más contacto con productos de limpieza, químicos o servicios de peluquería, lo cual eleva el riesgo.
Enfermedades infecciosas	Mujeres	Por ejemplo, en el ámbito sanitario o la puericultura.
Ropa de trabajo y equipo de protección individual inadecuados	Mujeres	En muchas ocasiones, la ropa y equipos de trabajo no están diseñados para la fisonomía de la mujer, lo que aumenta el riesgo de exposición o de usar herramientas que no corresponden a dicho estándar.
Daños en la salud reproductiva	Ambos	En ambos sexos se incluyen los riesgos relacionados con la fertilidad. En el caso de las mujeres, los trastornos menstruales, abortos espontáneos y la salud del embarazo.
Horas de trabajo inapropiadas	Ambos	Los hombres tienden a trabajar muchas más horas remuneradas, mientras que las mujeres suman la carga de trabajo no remunerada en el hogar.

La prevención de riesgos laborales cuenta con distintas disciplinas o especialidades preventivas: la seguridad en el trabajo, higiene industrial, ergonomía y psicología, así como la vigilancia de la salud. A continuación, se analizan diferentes aspectos relacionados con la exposición diferenciada y desigual de mujeres y hombres en cada una de estas disciplinas preventivas y su repercusión sobre la salud, incorporando una perspectiva de género.

3.1. Seguridad en el trabajo

La seguridad en el trabajo es una disciplina técnica que engloba el conjunto de técnicas y procedimientos que tienen por objeto eliminar o disminuir el riesgo de que se produzcan los accidentes de trabajo. Existen diferentes escenarios que pueden suponer un peligro para las personas trabajadoras, como los trabajos en altura o el mantenimiento de maquinaria e instalaciones. La exposición a riesgos enmarcados en la seguridad como disciplina preventiva pueden derivar en accidentes de trabajo, como golpes, atrapamientos, caídas o abrasiones, entre otros. Estos riesgos son propios de actividades muy masculinizadas, como aquellas que se realizan en obras de construcción o el trabajo en buques de pesca. En este tipo de actividades, la gestión preventiva androcéntrica también supone un riesgo o peligro para la salud laboral de las mujeres que desempeñan su trabajo en ellas. Dentro de la disciplina de seguridad industrial es fundamental la correcta utilización de los EPI, pero tal y como se comentaba anteriormente, estos equipos han sido diseñados principalmente considerando la fisionomía masculina¹⁷. Esta falta de adaptación de los EPI no solo supone un riesgo laboral adicional para las mujeres, sino que además contraviene las disposiciones legales establecidas en el Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, *sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual*, ya que, según esta normativa, los EPI deben tener en cuenta las características anatómicas y fisiológicas del trabajador/a y ajustarse adecuadamente a la persona usuaria.

3.2. Higiene industrial

Existen diferentes definiciones de la higiene industrial, aunque todas ellas tienen esencialmente el mismo significado y se orientan al mismo objetivo fundamental de proteger y promover la seguridad y salud de la población trabajadora, así como proteger el medio ambiente en general, a través de la adopción de medidas preventivas en el lugar de trabajo²⁵. La higiene industrial es la ciencia de la anticipación, la identificación, la evaluación y el control de los riesgos, generados por agentes químicos, físicos o biológicos, que se originan en el lugar de trabajo o en relación con él y que pueden poner en peligro la seguridad y salud de la población trabajadora, teniendo también en cuenta su posible repercusión en la comunidad y en el medio ambiente en general. En este sentido, pueden existir diferencias entre mujeres y hombres en la exposición a dichos agentes.

25 Higiene Industrial: Capítulo 30 Higiene industrial fecha de consulta: 3-2-2025.

Con respecto a los riesgos químicos y biológicos, el 15% de los hombres y el 17% de las mujeres afirman estar expuestos de manera constante o casi constante a agentes químicos en su entorno laboral según la Encuesta de Condiciones de Trabajo²⁶. En el caso de los agentes biológicos, la estimación resulta más compleja debido a las dificultades tanto en su identificación como en la evaluación del riesgo. Para identificar y evaluar los riesgos asociados a la exposición a agentes químicos y biológicos es fundamental considerar las desigualdades de género que pueden influir en el nivel, la fuente y la frecuencia de exposición, así como el impacto diferencial derivado de las diferencias biológicas entre sexos, que pueden afectar la susceptibilidad a estos agentes. Entre los factores vinculados al sexo, se deben tener en cuenta aspectos como los procesos hormonales, la cantidad de grasa corporal, el grosor de la piel y las diferencias en la absorción, distribución, metabolismo, almacenamiento y eliminación de sustancias químicas o biológicas. Desde la perspectiva de género, también es relevante evaluar posibles coexposiciones y cómo el estilo de vida puede modular la toxicidad de estos agentes²⁷.

Además, la velocidad de enfriamiento de manos y pies es mayor en las mujeres, lo que aumenta su vulnerabilidad a lesiones en las extremidades. Sin embargo, en términos de enfriamiento general, parecen mostrar una mayor tolerancia al estrés por frío, especialmente en agua fría, gracias a una capa de grasa subcutánea más gruesa que actúa como aislante térmico²⁸. La exposición al frío también puede agravar síntomas de patologías musculoesqueléticas relacionadas con movimientos repetitivos, como el síndrome del túnel carpiano²⁹. En cuanto a la exposición a radiaciones ionizantes, las mujeres parecen tener un mayor riesgo de desarrollar tumores sólidos en comparación con los hombres expuestos a las mismas dosis. Este riesgo ha llevado, por ejemplo, a limitar el tiempo de exposición de las mujeres astronautas en el espacio³⁰. Por otro lado, los hombres presentan una mayor predisposición a desarrollar cáncer de colon, páncreas, próstata y testículos cuando existe una exposición a radiaciones ionizantes. Respecto al ruido, aun-

26 Encuesta europea de condiciones de trabajo 2021 datos de España <https://www.insst.es/documentacion/material-tecnico/documentos-tecnicos/encuesta-europea-de-condiciones-de-trabajo-2021-datos-espana-2023> fecha de consulta: 3-2-2025.

27 Riesgo químico en el entorno laboral Plantilla fecha de consulta: 3-2-2025.

28 NTP 1036: Estrés por frío (I) <https://www.insst.es/documentacion/coleccion-tecnicas/ntp-notas-tecnicas-de-prevencion/30-serie-ntp-numeros-1031-a-1065-ano-2015/ntp-1.036-estres-por-frio-i> fecha de consulta: 3-2-2025.

29 Stjernbrandt, Albin, et al. *Occupational cold exposure and symptoms of carpal tunnel syndrome: A population-based study*, BMC Musculoskeletal Disorders, 23, 2022.

30 Ronca, April, et al. *Effects of sex and gender on adaptations to space: Reproductive health*, Journal of Women's Health, 23, 2014, pp. 967–974.

que los hombres están más expuestos al ruido en el entorno laboral, los efectos adversos parecen ser más marcados en las mujeres. Esto podría estar relacionado con diferencias en la sensibilidad auditiva, la influencia hormonal o el uso de anti-conceptivos, así como con factores fisiopatológicos en la respuesta al ruido y la distinta patogenia de enfermedades cardiovasculares³¹.

3.3. Ergonomía

El objetivo principal de la ergonomía es la adaptación de los puestos a las personas que desempeñan la actividad, además, el diseño de los puestos de trabajo, de los equipos de trabajo o de los EPI juega un aspecto fundamental como parte sustancial de esta disciplina. En ocasiones, las alturas del plano de trabajo, los alcances a objetos o las dimensiones de elementos del puesto de trabajo no están concebidos para el uso de las mujeres. Se toma de referencia la antropometría de los hombres o los datos de la población total y ambas situaciones dejan fuera en los diseños a parte de la población laboral femenina. Entre otras causas, destaca, la infrarrepresentación de la mujer en las evaluaciones de riesgo que impide la identificación del desajuste en el diseño, especialmente en aquellos puestos con mayor representación de hombres.

Es fundamental adoptar un enfoque que no sea neutral al abordar la influencia del género y el sexo en ergonomía, incorporando metodologías específicas en el análisis de los accidentes, los trastornos musculoesqueléticos, la relación entre trabajo y vida familiar, la evaluación de los patrones de tiempo laboral y el diseño de programas de intervención y evaluación³². Además, ciertos factores relacionados con las exigencias laborales y el nivel de control impactan de manera diferenciada en los síntomas que experimentan las mujeres, lo que hace imprescindible investigar los mecanismos subyacentes en sus entornos de trabajo en lugar de limitarse a un análisis basado únicamente en el sexo. Con respecto al ambiente físico, las mujeres tienden a manifestar con mayor frecuencia sensación de malestar por frío en entornos interiores climatizados, lo que sugiere que el impacto de su menor tasa metabólica podría haber sido subestimado en los cálculos del balance térmico incluidos en los estándares internacionales³³. Además, la mayor sensibilidad

31 Santoro, Paolo Emilio, et al, *Occupational hazards and gender differences: A narrative review*. Italian Journal of Gender-Specific Medicine, 8, 2022, pp. 154–162.

32 Laberge, Marie, et al, *Considering sex and gender in ergonomics: Exploring the hows and whys*, Applied Ergonomics, 85, 2020.

33 Parkinson, Thomas, et al, *Overcooling of offices reveals gender inequity in thermal comfort*. Scientific Report, 11, 2021.

de las mujeres al ruido hace que experimenten más molestias y fatiga, y que el estrés inducido por el ruido tenga un impacto más significativo en ellas³⁴.

3.4. Psicosociología

La psicosociología es la disciplina técnica de la prevención de riesgos laborales que se ocupa de las condiciones de trabajo relacionadas con la organización del trabajo, con el contenido y la ejecución de las tareas y con las relaciones interpersonales y los contextos en los que se desarrolla el trabajo³⁵. Los riesgos psicosociales, al estar estrechamente ligados a la organización del trabajo y al entorno social, presentan una fuerte conexión con las desigualdades de género, lo que hace que las mujeres sean particularmente vulnerables a ellos. La falta de estudios y evaluaciones de los puestos de trabajo desde esta perspectiva contribuye a que estas desigualdades pasen desapercibidas. La mayoría de la literatura científica sugiere que el análisis de las condiciones laborales debería incluir, además de los factores clásicos como demandas, control, apoyo y recompensas, aspectos relacionados con la doble carga y la doble presencia, en los que también se observan desigualdades de género.

Además, existe evidencia que muestra cómo las mujeres ocupan puestos de mayor precariedad³⁶. Las causas incluyen aspectos como el tiempo dedicado por las mujeres a las tareas de cuidado y trabajo doméstico, así como factores sociales que influyen en el sistema educativo y en las opciones laborales por las que las mujeres se decantan en mayor medida, como el ámbito asistencial y de cuidados. Este escenario también se traduce en riesgos laborales como la doble presencia. Este concepto introduce en el análisis de la “carga total” de ambos tipos de trabajos (el remunerado y el de cuidados familiares no remunerado) una dimensión cualitativa de las exigencias, es decir, no se trata solo de la cantidad de trabajo/tareas realizados y del tiempo invertido, sino también del esfuerzo de gestión y organización del conjunto del trabajo, con la dificultad que supone encajar los distintos tiempos y actividades³⁷. En cuanto a estas desigualdades de género, las mujeres

34 Abbasi, Ali Mohammad, et al, *Gender differences in cognitive performance and psychophysiological responses during noise exposure and different workloads*, Applied Acoustics, 2022.

35 Directrices básicas para la gestión de los riesgos psicosociales Directrices básicas para la gestión de los riesgos psicosociales fecha de consulta: 3-2-2025

36 El trabajo precario desde una perspectiva de género e interseccionalidad, y formas de combatirlo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/662491/IPOL_STU\(2020\)662491\(SUM01\)_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/662491/IPOL_STU(2020)662491(SUM01)_ES.pdf) fecha de consulta 3-2-2025.

37 NTP 1185: Conflicto trabajo-familia o doble presencia como riesgo psicosocial: Marco conceptual y consecuencias <https://www.insst.es/documents/94886/566858/NTP+1185+Conflicto+trabajofamilia+o+doble+presencia+como+riesgo+psicosocial+Marco+conceptual+y+consecuencias.pdf/8447bf7f-727d-addc-da50-07d81391a653?t=1694586519256&version=1.0> fecha de consulta 3-2-2025.

están más expuestas a riesgos psicosociales, discriminación y acoso, mientras que los hombres suelen realizar trabajos más demandantes físicamente. Además, las mujeres asumen una carga significativamente mayor de trabajo de cuidados familiares no remunerado, lo que incrementa sus niveles de estrés y afecta a su seguridad y salud ^{38,39,40,41}.

Asimismo, la percepción de discriminación por motivos de género en el ámbito laboral es un factor clave para comprender el impacto de estos riesgos en la seguridad y salud en el trabajo. La violencia de género y el acoso laboral constituyen determinantes negativos significativos para la salud, por lo que deben analizarse como factores psicosociales estrechamente vinculados a la organización del trabajo.

4. Criterios de buenas prácticas

La integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales sigue siendo hoy en día un reto por alcanzar. En la actualidad, a nivel de actuación preventiva, se sigue percibiendo como algo abstracto y complejo de aterrizar. A pesar de ello, a modo de ejemplo, se podrían resaltar algunos criterios para tener en cuenta y así llevar a cabo buenas prácticas en la gestión preventiva con mirada de género.

- Evaluar diferencias de género en la exposición a agentes químicos y biológicos, considerando nivel, frecuencia y fuentes (ej. doble exposición en trabajadoras del hogar y limpieza).
- Evitar el sesgo androcéntrico en sectores considerados de bajo riesgo debido a la falta de investigación (ej. peluquería, textil, limpieza).
- Identificar compuestos químicos que pueden acumularse más fácilmente en mujeres (ej. insecticidas, disolventes, metales pesados).

38 Campos-Serna, Javier, et al, *Desigualdades de género en salud laboral relacionadas con la distribución desigual de las condiciones de trabajo y empleo: una revisión sistemática*, International Journal for Equity in Health, 12, 2023, p 57.

39 Blau, Francine, et al, *Differences in responses to occupational exposures by gender*, Journal of Occupational Health Psychology, 57, 2002.

40 Biswas, Ashmita, et al, *Sex and gender differences in occupational hazard exposures: A scoping review of the recent literature*, Current Environmental Health Reports, 8, 2021, pp. 267–280.

41 Vives, Vergara, et al, *Gender and ageing at work in Chile: Employment, working conditions, work-life balance and health of men and women in an ageing workforce*, Annals of Work Exposures and Health, 62 2018, pp. 475–489.

- Analizar el impacto de ciertos agentes químicos en función del género (ej. parabenos, nanomateriales).
- Considerar efectos de agentes químicos en ciclos hormonales y salud reproductiva de ambos sexos, no solo en embarazo y lactancia.
- Detectar sustancias con efectos diferenciados en hombres y mujeres, incluso en dosis bajas.
- Ante la duda sobre la presencia de un agente químico o biológico, asumir su existencia y aplicar medidas de protección.
- Adaptar el rango de confort térmico considerando las necesidades diferentes de las mujeres en invierno y verano.
- Establecer temperaturas mínimas más elevadas en puestos ocupados por mujeres, especialmente en trabajos con movimientos repetitivos de manos.
- Reducir los niveles de ruido permitidos para mujeres, especialmente en situaciones de estrés (aplicable a ambos sexos).
- Limitar la exposición de las mujeres a radiaciones ionizantes por debajo de los niveles normativos.
- Analizar las condiciones de trabajo en tareas feminizadas sin subestimar su nivel de exposición.
- Incluir en las evaluaciones de riesgos los efectos del mantenimiento prolongado de posturas (de pie, sentadas o repetitivas).
- Considerar factores externos al trabajo que puedan influir en los riesgos ergonómicos.
- Analizar las diferencias de género en trastornos musculoesqueléticos.
- Utilizar técnicas observacionales, cualitativas y participativas que involucren a las mujeres.
- Incluir tanto a hombres como a mujeres en los estudios, con independencia de la mayoría en el puesto.
- Aplicar ajustes en los métodos de evaluación ergonómica para considerar diferencias de género.
- Contemplar el uso de metodologías cualitativas en las evaluaciones de riesgo psicosocial.
- Abordar en la gestión preventiva psicosocial riesgos con dimensión de género.
- Elaborar indicadores con perspectiva de género.

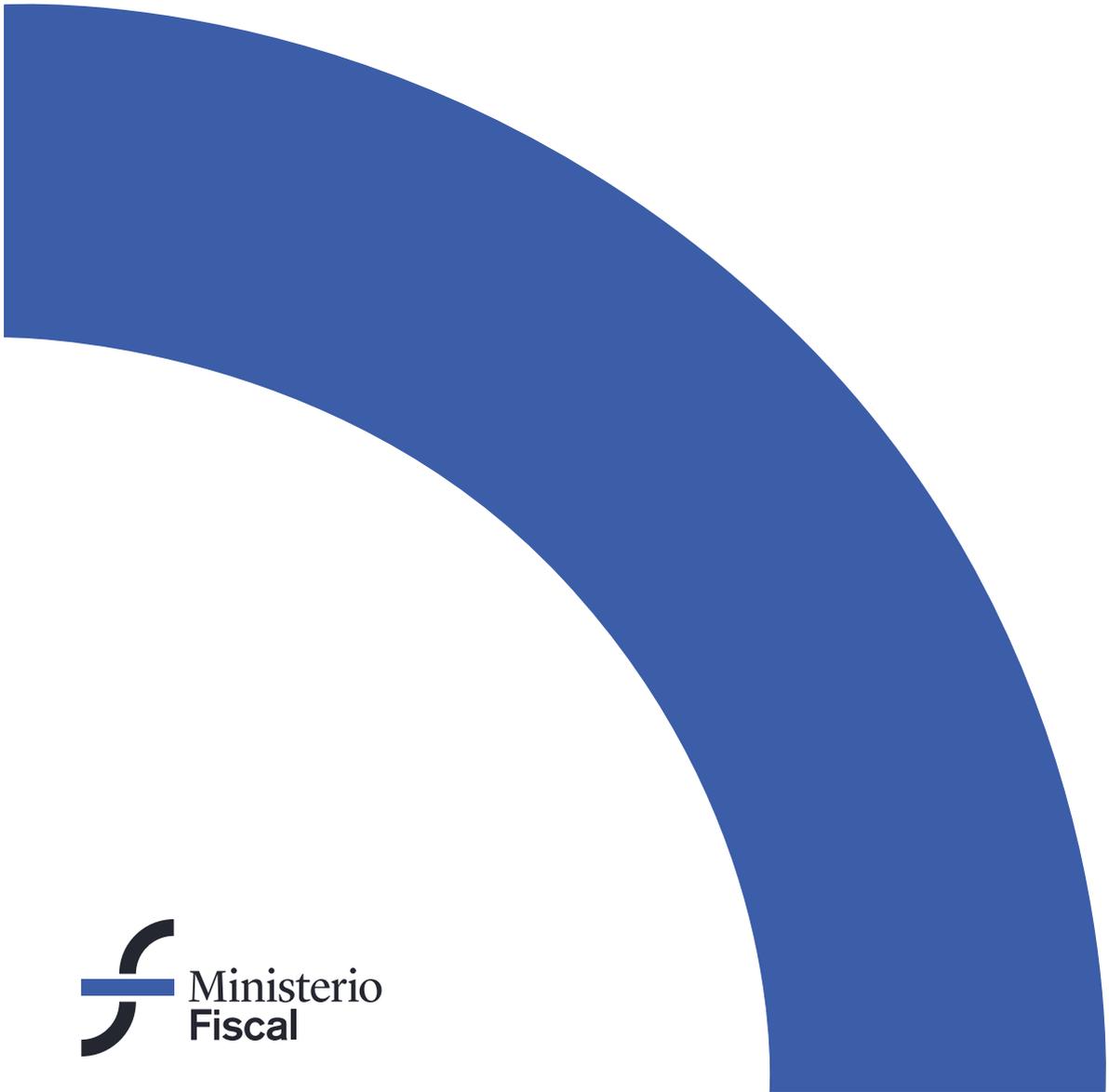
5. Conclusiones y reflexiones finales

La integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales y la salud laboral es tanto una necesidad como una demanda social pendiente de ser plenamente atendida. Como se ha evidenciado a lo largo de este artículo, el androcentrismo sigue presente en la investigación, en el marco normativo y en las prácticas preventivas dentro de las organizaciones. Este sesgo de género representa un riesgo significativo, ya que invisibiliza las necesidades y problemáticas específicas de las mujeres. Ignorar estas cuestiones implica desproteger a casi la mitad de la población trabajadora.

El hecho de que la perspectiva de género haya adquirido un papel central en la EESST refleja la creciente preocupación por esta materia de los principales agentes sociales en materia de prevención. Administraciones públicas, organizaciones sindicales y empresariales han reconocido la urgencia de impulsar medidas que transformen el enfoque tradicional de la prevención de riesgos laborales, orientándolo hacia una visión más igualitaria.

En España, nos encontramos en un momento de reflexión y debate que trasciende las diferencias biológicas entre mujeres y hombres. Partimos de la premisa de que, además de estas diferencias, las desigualdades sociales también deben ser consideradas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y la salud laboral. Hasta hace unos años, este debate se centraba principalmente en cuestiones como el embarazo y la lactancia, abordadas desde un enfoque marcadamente proteccionista. Sin embargo, en la actualidad, la investigación está ampliando su alcance para incluir temas como la menstruación, la menopausia y los efectos de determinados agentes sobre la fertilidad, tanto en mujeres como en hombres, además de contemplar cuestiones ligadas al género como construcción sociocultural.

Por tanto, a pesar del avance en los últimos años, es necesario destacar que existen diversos retos pendientes para la prevención de riesgos laborales con perspectiva de género. Incorporar la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales no es solo una cuestión de igualdad, sino una necesidad para garantizar la seguridad y salud de toda la población trabajadora. Ignorar las diferencias de género en la gestión de los riesgos laborales perpetúa desigualdades y deja desprotegidas en mayor medida a las mujeres. Avanzar hacia una prevención más inclusiva implica reconocer que las condiciones de trabajo no afectan por igual a todas las personas y que una mirada más integradora e igualitaria es clave para construir entornos de trabajo más seguros, saludables y justos.



Ministerio
Fiscal



Riesgos psicosociales y salud mental: más vale prevenir



Joaquín López Gallego

Fiscal Adscrito a la Unidad de Seguridad
y Salud en el Trabajo. FGE

*El sujeto obligado a rendir compite consigo mismo y
cae bajo la destructiva coerción de tener que superarse
constantemente a sí mismo.*

La Sociedad del Cansancio, 2017. Byung-Chul Han

Resumen

Entre los riesgos asociados a la actividad laboral que, de forma demasiado habitual, ocasionan daños en la integridad psicofísica de las personas trabajadoras (afectando, en no pocas ocasiones y de forma irreparable, a su propia vida), se encuentran los riesgos psicosociales. El entorno laboral es uno de los principales factores determinantes que puede influir en la salud mental de las personas trabajadoras, especialmente los relacionados con las condiciones estructurales y organizativas y, más aún, cuando los contextos productivos están sujetos a transformaciones profundas. Porque los riesgos psicosociales aparecen como un problema de salud laboral de primera magnitud, deviene necesario que se adopten las medidas técnico-preventivas que resulten pertinentes a fin de eliminarlos o minimizarlos, cualesquiera sean los aspectos de la prestación laboral a que aparezcan asociados, pues, no en vano, se hallan concernidos bienes de superior importancia como son la vida, la integridad física y psíquica o el derecho a la salud, tal y como la define la Carta Constitucional de la Organización Mundial de la Salud de 1946: “el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

De igual modo, el impacto atribuido a los factores psicosociales vinculados con la industria 4.0, y con el incipiente trabajo 5.0, sobre la salud mental del personal ha adquirido una envergadura tal que, ahora mismo, constituye uno de los principales retos en el campo de la prevención de los riesgos laborales que, necesariamente, debe adaptarse a tal contexto a partir de la reconsideración de los postulados generales preventivos, tanto más cuanto se han de afrontar desafíos novedosos, como los derivados de la digitalización de los procesos productivos que suponen, en esencia, una modalización de riesgos ya existentes, considerados también como riesgos psicosociales emergentes.

Pese a ello, existe un considerable desconocimiento, desinformación e incluso reticencia a tratar los riesgos psicosociales, en especial dentro de las pequeñas y medianas empresas, y por lo que atañe a los vinculados a la salud mental de las personas trabajadoras, éstos han estado claramente rezagados en el ámbito de la gestión de la actividad preventiva desarrollada dentro de las organizaciones productivas, a lo que también ha contribuido -y contribuye- la escasa cultura preventiva existente en nuestro país. Los datos de la tercera encuesta europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes (ESSENER 2019) sugieren que la sensibilización sigue siendo insuficiente en lo que respecta a los riesgos psicosociales, hasta el punto de que la reticencia a hablar abiertamente de tales cuestiones es, sin duda, la principal dificultad a la hora de abordar los riesgos psicosociales.

1. La salud mental de las personas trabajadoras

Es un hecho incontrovertido que el trabajo también puede afectar a la salud mental. Según las conclusiones del módulo *ad hoc* 2020 de la Encuesta de población activa (EPA) de la UE (Eurostat, 2021), el “estrés, la depresión o la ansiedad” son el segundo tipo más común de problemas de salud relacionados con el trabajo. La proporción de trabajadores que informaron enfrentarse a factores de riesgo para su bienestar mental en el trabajo fue de casi el 45%. Según otra encuesta, la intensidad del trabajo se ha mantenido alta a lo largo de los años (Eurofound, 2019) y en la Encuesta telefónica europea sobre las condiciones de trabajo (EWCTS) de 2021 se observó una mayor prevalencia de alta intensidad laboral (declarada por cuatro de cada diez trabajadores) (Eurofound, 2023). La encuesta European OSH Pulse realizada por la EU-OSHA muestra que el 27% de los trabajadores experimentan estrés, ansiedad o depresión causados o agravados por el trabajo (EU-OSHA, 2022).

Es por ello que la UE ha elevado la salud mental, junto con las enfermedades somáticas, a una de sus principales prioridades. En 2023, la Comisión adoptó un nuevo enfoque integral y multilateral en materia de salud mental, orientado a la prevención y que tiene como objetivo abordar los desafíos de salud mental en Europa (Comisión Europea, 2023). Se presta especial atención a los riesgos psicosociales en el trabajo y al apoyo a las personas con problemas de salud mental para que sigan trabajando y se reincorporen al trabajo tras un período de ausencia por enfermedad, como se reconoce también en el «Marco estratégico de la UE sobre salud y seguridad en el trabajo 2021-2027» (Comisión Europea, 2021).

De igual modo, en España la evolución del total de las situaciones de incapacidad laboral por trastornos mentales no ha dejado de aumentar desde 2016 hasta la actualidad, lo que explica y justifica que la salud mental figure, entre otras prioridades, en la Estrategia 2023-2027 -nuevo marco de referencia que debe orientar las políticas públicas de prevención de riesgos laborales-, situando al mismo nivel la protección de la salud física y de la mental de las personas trabajadoras, con los siguientes objetivos estratégicos: 1) Mejorar la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Se destaca prevenir los riesgos psicosociales, promoviendo el conocimiento, fortaleciendo los sistemas de información y la actividad preventiva y consolidando la promoción de la salud en materia de factores psicosociales. 2) Gestionar los cambios derivados de las nuevas formas de organización del trabajo, la evolución demográfica y el cambio climático desde la óptica preventiva. Desde este objetivo, se plantea analizar el establecimiento de indicadores psicosociales que permitan, por un lado, conocer mejor qué acti-

vidades y sectores son los más afectados por estos factores de riesgo psicosocial y, por otro, facilitar intervenciones preventivas en caso de situaciones de desvío respecto a los estándares de seguridad y salud en el trabajo. 3) Reforzar la protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad. 4) Introducir la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo a través de la acción sobre los riesgos específicos de género (doble presencia o conflicto trabajo-familia, violencia, acoso o discriminación por razón de sexo, etc.), desarrollando programas de formación sobre violencia, acoso sexual y por razón de sexo, con atención al uso de las nuevas tecnologías.

No obstante lo expuesto, tradicionalmente los riesgos profesionales vinculados a la salud mental de las personas trabajadoras han venido siendo claramente postergados dentro del complejo entramado de obligaciones vinculado a la prevención de riesgos laborales. Mientras que la prevención de riesgos corporales derivados del trabajo (golpes, caídas, ruido, vibraciones, cortes, atrapamientos, exposición a agentes físicos, químicos o biológicos, etc.), ha sido objeto de profusa atención tanto por el legislador como por la doctrina judicial y científica, contribuyendo a tratar de consolidar una cultura preventiva en tal sentido, no sucede lo mismo con los riesgos psicosociales, cuyos daños en el bienestar de las personas trabajadoras pueden revestir una enorme gravedad, máxime cuando el impacto atribuido a estos factores sobre la salud mental de las personas trabajadoras ha adquirido, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde una perspectiva cualitativa, una envergadura tal que, ahora mismo, en el nuevo contexto productivo, constituye uno de los principales retos en el campo de la prevención de los riesgos laborales. (Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, *sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098(INI)* (recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0279_ES.html).

Por ello, es hora de ampliar las miras y contemplar un panorama más extenso, incorporando al elenco de riesgos a erradicar o minimizar los denominados psicosociales, relacionales y organizacionales, que van progresivamente intensificando su incidencia y magnitud, evidenciándose un incremento exponencial de los casos de enfermedades vinculadas a la salud mental de las personas trabajadoras, cuyo abordaje, tanto preventivo como reparador, aparece ciertamente condicionado por la no inclusión de las patologías de origen psicosocial entre el listado de enfermedades profesionales. En España, por regla general, son consideradas como dolencias derivadas de una enfermedad común y sólo cuando se prueba por parte de quien la padece que su origen es exclusivamente laboral, podrán ser calificadas como accidentes de trabajo por la vía del artículo 156.2 e) LGSS. Esta

situación conlleva que este tipo de patologías no sean adecuadamente tratadas, pues al estar excluidas del ámbito de las enfermedades profesionales, primero, se cuestiona su identidad y verdadera naturaleza y, segundo, impide el despliegue de todos los mecanismos preventivos, terapéuticos y de protección previstos en la LPRL y en la LGSS para las enfermedades cuyo origen sí se presume vinculado al trabajo por estar incluidas en el catálogo oficial. Esta situación exige que la persona trabajadora afectada por una enfermedad mental con origen laboral deba justificar y probar el nexo causal entre el desempeño laboral y la patología psíquica provocada para conseguir que esta sea considerada de carácter profesional, y ello no es una tarea fácil cuando se trata de dolencias de tipo psíquico.

Siguiendo la idea central de la reconocida obra *“La Sociedad del Cansancio”* (2017, Barcelona: Herder) del filósofo surcoreano afincado en Alemania Byung-Chul Han, cada época ha tenido su modo o paradigma de enfermar, y si en el siglo pasado ese modo era el propio de los virus y bacterias, la «violencia viral» (exceso de negatividad creada por un factor externo –quiebra la integridad–), el del siglo XXI sería el de la «violencia neuronal» (derivada del exceso de positividad de las personas): depresión, trastorno de la personalidad, infartos «psíquicos» –cabeza, corazón–, el síndrome del quemado, etc. El exceso de positividad se identifica con la (pretendida) libertad de poder hacer todo, no solo lo comprometido para maximizar el rendimiento actual, sino todo lo esperable que podría hacer (potencial). Nos imponen –desde fuera– y nos autoimponemos –desde dentro– «poder trabajar» todo lo necesario para cumplir con las exigentes demandas de la empresa –y de la sociedad–, para luego consumir sin descanso, pues el tiempo de ocio debe ser tiempo también de negocio, de consumo.¹

2. Los riesgos psicosociales. Marco conceptual

Los factores psicosociales en el trabajo son complejos y difíciles de entender, dado que representan el conjunto de las percepciones y experiencias del trabajador y abarcan muchos aspectos.

Los mismos fueron definidos en 1984 por la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) como *“las interacciones entre el medio*

¹ MOLINA NAVARRETE, C.: *“Redescubriendo el lado humano de los riesgos globales y su proyección en la actualidad jurídico-laboral: cuidar cabezas y corazones sin descuidar carteras”*. Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 437-428, 2019.

ambiente de trabajo, el contenido del trabajo, las condiciones de organización y las capacidades, necesidades, cultura del trabajador, y consideraciones personales externas al trabajo que pueden, en función de las percepciones y la experiencia, tener influencia en la salud, rendimiento del trabajo y satisfacción laboral” (Informe del Comité Mixto OIT/OMS de Medicina del Trabajo, 1984).

Los primeros análisis que se realizan sobre los riesgos psicosociales los vinculan con circunstancias de índole subjetiva –características personales, estructura psicológica y capacidad de respuesta individual–; sin embargo, en el momento presente, es incuestionable la evidencia de que los aspectos organizacionales del trabajo son determinantes, como factor objetivo, más allá y sin perjuicio de la incidencia de otros factores causales. En efecto, la gestión de riesgos psicosociales se halla vinculada -condicionada- con las vivencias personales, por supuesto, pero en un contexto organizacional. Los factores de riesgo psicosocial no se asocian a factores estrictamente personales o a relaciones interpersonales, sino eminentemente organizativos.

El entorno laboral resulta determinante para que se padezcan todo tipo de patologías derivadas del estrés, pero también para que afloren comportamientos hostigadores. La forma en que se afronta la organización del trabajo está siendo, por tanto, causa importante de la aparición de riesgos psicosociales que están dañando de forma alarmante la salud de los trabajadores. Y frente a dicha realidad, los empleadores y la sociedad en general naturalizan el problema, atribuyendo estos daños a la flaca capacidad de resistencia y adaptación de los afectados –que se autocolpabilizan como débiles– y son mandados a un psicólogo o psiquiatra para ayudarlos a sobrellevar la situación y volver rápidamente al trabajo. Pero la solución no pasa por curar a las personas trabajadoras, sino por curar a la organización.²

En la doctrina especializada (Forastieri, 2016 y González Cobaleda, 2021) suele distinguirse entre los factores psicosociales propiamente dichos, los cuales pueden tener tanto efectos positivos como negativos en la persona trabajadora y son simplemente descriptivos; es decir, esas características o condiciones, positivas (por contribuir favorablemente al bienestar, la motivación o la satisfacción) y negativas (susceptibles de generar malestar o daños dado su deficiente diseño), descriptivas de una organización y conectadas con aspectos tan variados como, entre otros, la estructura jerárquica, la cultura corporativa, el clima interno, el estilo

² Julio César Neffa: “La falta de prevención daña la salud física, psíquica y mental de los trabajadores, el funcionamiento de las empresas u organizaciones y la macroeconomía” *Actualidad Económica* Año XXIX, N° 97 © Enero / Abril 2019.

de liderazgo, el tipo de supervisión, las relaciones (con compañeros, mandos, usuarios y clientes) o el diseño de los puestos, y los factores psicosociales de riesgo, entendidos como los particulares aspectos organizacionales, ambientales, interpersonales o laborales capaces de incrementar la probabilidad de que se produzcan resultados perjudiciales sobre la salud física o psicológica de los recursos humanos, a raíz de una inadecuada configuración o implementación.

No siempre es fácil la identificación de los elementos eventualmente lesivos para las personas trabajadoras, toda vez que los aspectos a considerar son múltiples, heterogéneos y hasta inéditos (Forastieri, 2016: 14; y González Cobaleda, 2021: 52), pero, entre otros, cabría reseñar los siguientes: i) La sobrecarga de información o de tareas. ii) La exigencia de una permanente capacidad de adaptación a las transformaciones, la mayor complejidad inherente a determinados cometidos profesionales. iii) La intensificación del ritmo de trabajo (v.gr. ante la presión de querer o tener que dar una pronta respuesta a las comunicaciones recibidas, la conexión persistente propiciada por las NTIC -en cualquier momento y lugar-, el acortamiento de los tiempos de descanso, la necesidad de realizar varias tareas de manera simultánea, las exhaustivas o sofisticadas opciones de vigilancia y control de la actividad laboral facilitadas por la tecnología, etc. iv) La difuminación de frontera, en ocasiones conflictiva, entre las vidas familiar y profesional a raíz de la cada vez más usual extensión del horario laboral por encima de la pertinente jornada. v) Las restringidas posibilidades de interacción social, particularmente cuando la actividad se ejecuta a distancia o en régimen de teletrabajo. vi) Las incertidumbres y miedos generados por las significativas mutabilidad e inestabilidad de los mercados laborales contemporáneos (no solo en cuanto al mantenimiento del empleo, sino también en relación con la promoción, el reconocimiento, etc.)³.

En similares términos, el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo núm. 104/2021, 13 de abril, sobre riesgos psicosociales, que atiende a la siguiente clasificación de factores desencadenantes: “1) contenido del trabajo: monotonía, tareas sin sentido, fragmentación, falta de variedad, tareas desagradables, por las que se siente rechazo; 2) carga y ritmo de trabajo: carga de trabajo excesiva o insuficiente, presión de tiempo, plazos estrictos; 3) tiempo de trabajo: horarios muy largos o impredecibles, trabajo a turnos o nocturno; 4) participación y control: falta de participación en la toma de decisiones, falta de control (por ejemplo, sobre el método, el ritmo de trabajo, los horarios o el entorno); 5) cultura organizacional:

3 Megino Fernández, Diego. (2023). *La formación como principio y fin de la acción preventiva frente a los riesgos psicosociales derivados de la digitalización y la automatización*; Lan Harremanak, 49, 115-154. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24829>).

comunicaciones pobres, apoyo insuficiente ante los problemas o el desarrollo personal, falta de definición de objetivos; 6) relaciones personales: aislamiento, relaciones insuficientes, conflictos, malas relaciones, conductas inadecuadas; 7) rol: ambigüedad, conflicto de rol, responsabilidad sobre otras personas; 8) desarrollo personal: escasa valoración social del trabajo, inseguridad en el trabajo; falta o exceso de promoción y 9) interacción casa-trabajo: conflicto de exigencias, problemas de doble presencia⁴”.

En suma, el término ha ido evolucionando a lo largo de los años, desde estresores, factores de estrés, factores psicosociales a factores de riesgo psicosocial o riesgos psicosociales. Las acepciones “factores de riesgo psicosocial” (peligros psicosociales) y “riesgos psicosociales” se utilizan a veces indistintamente en la literatura científica, si bien en la actualidad existe un consenso razonable entre la comunidad científica respecto de la naturaleza de los factores de riesgo psicosocial; sin embargo, hay que tener presente que, como se expondrá, las nuevas formas de trabajo y un entorno laboral en continuo cambio van a propiciar la aparición de nuevos factores de riesgo y, qué duda cabe, una reformulación conceptual de los factores de riesgo psicosocial OIT. ⁵

Y es que el concepto actual de *mundo del trabajo* difiere del concepto de trabajo asociado con profesiones tradicionales, localizaciones y formas más estandarizadas de empleo. La globalización de la economía, la descentralización y digitalización de los procesos productivos y la incorporación de la tecnología en el entorno laboral han introducido cambios importantes en el modelo de relaciones laborales en cuanto a la organización, gestión y control de las prestaciones de servicios y de las personas trabajadoras.

La Industria 4.0 ha generado, está generando, y continuará haciéndolo, nuevos empleos y nuevas profesiones que requerirán identificar sus nuevos factores de riesgo propios, desafiando así a los sistemas de salud y gestión preventiva. El

4 Este factor de riesgo psicosocial se considera específico de género debido a los roles tradicionales que sitúan a las mujeres en los espacios privado-doméstico y en el desempeño de trabajos no remunerados en este ámbito. La parcialidad en España se sitúa en el 14%, con una importante brecha de género, que se ha mantenido constante en el tiempo: la tasa de parcialidad femenina triplica a la masculina. Para el total nacional, ellas presentan una parcialidad del 22%, frente a un 7% para ellos.

La parcialidad por cuidados es el segundo motivo por el que existen contratos a tiempo parcial en España y en Euskadi, aunque este motivo es utilizado prácticamente en exclusiva por las mujeres: alcanza a un 20% de las mujeres en España y un 22% en Euskadi, frente a un 3,6% de hombres en España y un 6,4% en Euskadi. Como consecuencia, el 95% de las personas que trabajan a jornada parcial por cuidados son mujeres. (*Trabaja a tiempo parcial: precariedad laboral y brechas de género. Iseak. Informe 2024/2*. Lucía Gorjón. Sara de la Rica)

5 *Estrés en el trabajo. Un reto colectivo*, OIT Ginebra, 2016.

vertiginoso desarrollo de la automatización y la digitalización (las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), la cibernética y la robótica avanzadas y colaborativas, la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos, las realidades virtual y aumentada, el internet de las cosas, las impresiones 3D y 4D, la nano-ciencia, el *blockchain*, el *big data*, el *cloud computing*, etc.) ha obligado a las empresas, de todos los sectores económicos y con independencia de su tamaño, a invertir en este tipo de herramientas, so riesgo de quedar rezagadas y arriesgarse a perder cuota de mercado, productividad, competitividad y rentabilidad. Las plataformas digitales están consolidándose en todos los países como una nueva forma de negocio. La «*on-demand economy*» está cada vez más presente y las *rental platforms*, *craft platforms* o *financing platforms* y *gig platforms* forman parte ya desde hace unos años de nuestro modelo económico y social. Se ha normalizado el hecho de acudir a páginas web o apps para obtener cualquier tipo de servicio. De hecho, son precisamente los sectores de actividad más tradicionales (restauración, viajes, televisión, transporte...) los que prestan sus servicios a través de plataformas digitales como Uber, Airbnb, Booking.com, TripAdvisor, BlaBlaCar, Glovo, HBO, Netflix, Amazon..., de tal manera que las *startups*, al igual que la economía colaborativa, o el crowdsourcing, han pasado a formar parte de la cotidianeidad en la oferta y la demanda de gran parte de los servicios prestados a la comunidad.⁶

Y al compás de los innegables efectos positivos que, en el sistema de relaciones laborales, conlleva la incorporación al trabajo de la tecnología -comúnmente conocida como *cuarta revolución industrial* o *industria 4.0* (recientemente ha visto la luz el concepto complementario (no sustitutivo) acuñado por la Comisión Europea de *industria 5.0*, donde el énfasis no solo recae en la innovación, sino también sobre las personas y el entorno y donde la sostenibilidad, el protagonismo del ser humano y la resiliencia se han de convertir en los tres principales vectores de la industria moderna)- los riesgos se sofistican al ritmo de los cambios del modelo productivo y entrañan importantes riesgos para la salud y la seguridad de las personas trabajadoras, en particular su salud mental, su derecho a la intimidad y su dignidad como personas.

El elenco de factores de riesgo psíquico derivados del mentado contexto deviene interminable: la fragmentación del trabajo, la prolongación de la jornada, la intensificación de la carga mental, el aislamiento, la inestabilidad, la precariedad, la flexibilización, la telesubordinación asociada a los nuevos sistemas de supervisión, la delgada línea divisoria entre el trabajo y la vida privada, la demanda de una

6 FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: "La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital", *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, pág. 2.

constante recualificación, la necesidad de resolución de problemas no siempre bien definidos, la continua conectividad, la adaptación permanente a la evolución de la nueva tecnología, la gestión del trabajo de las *personas* mediante algoritmos, caídas de red, pérdidas de empleo, etc.⁷

Ítem más, a los riesgos laborales derivados del uso de las nuevas tecnologías digitales se suman los relacionados con las nuevas fórmulas de producción, organización y gestión empresarial imperantes; en muchos casos no se contrata siquiera a *trabajadores* sino a nuevos prestadores de servicios a un módico precio lo que supone para los mismos una búsqueda permanente de tareas, la necesidad de compatibilizar diferentes trabajos y la asunción directa de los costes de ejecución del trabajo e incluso de las condiciones de seguridad y salud laboral sin que se disponga de un marco regulatorio nacional adecuado y suficiente en el que encuadrar las nuevas formas de trabajo y la incipiente incorporación de la inteligencia artificial propia de la era digital.

A lo que ha de añadirse que la automatización digital conlleva un modelo de negocio basado en la optimización del rendimiento: hacer y servir todo lo más pronto (antes que nadie), lo más barato (precio más reducido que nadie -*low cost*-) y lo más rápido (con mayor celeridad que nadie). El ser humano, en su conjunto, se convierte en una “máquina del rendimiento”, pero, a diferencia de lo que sucedería con las genuinas máquinas (aunque estas también ven agotarse cada vez más pronto su tiempo útil, con la llamada obsolescencia programada), tiene un “lado adverso”, un reverso tenebroso de la libertad de poder (rendir al máximo), lo cual produce “un cansancio y agotamiento excesivos, (de manera que) el exceso del aumento del rendimiento provoca el infarto del alma”.

3. Contexto normativo de los riesgos psicosociales

3.1. La regulación en la Unión Europea

La primera iniciativa de las instituciones europeas sobre los riesgos psicosociales fue la aprobación de las Directivas que regularon el acoso dentro de las conductas discriminatorias contrarias al derecho a la igualdad de trato; en concreto, la Direc-

⁷ (Nota Técnica de Prevención (NTP) 1122: *Las tecnologías de la información y la comunicación 1: nuevas formas de organización del trabajo*, 2018 ó NTP 1123: *Las tecnologías de la información y la comunicación II: factores de riesgos psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, 2018).

tiva 2000/78, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, que estableció un primer concepto de acoso por razones discriminatorias y de la Directiva 2002/73 que posteriormente se refundió en la Directiva 2006/54, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*, que estableció las definiciones de acoso sexual y por acoso por razón de sexo.

Posteriormente se aprobó la Directiva 2003/88, *sobre Ordenación del Tiempo de Trabajo*, si bien la misma no toma en consideración los principios de la gestión preventiva que contiene la Directiva Marco 89/391/CEE, pese a resultar la cuestión objeto de tratamiento uno de los factores psicosociales más reconocidos, motivo por el cual su transposición en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en el de muchos de los Estados de la Unión, apenas tuvo incidencia en la normativa preventivo-laboral, toda vez que se hizo a través de las normas que regulan las relaciones laborales.

Y es que la distribución de los tiempos de vida y de trabajo incide de lleno en la salud y en la seguridad de las personas, conformándose la autonomía sobre el tiempo de prestación de servicios, no solo su prolongación e intensidad, como uno de los factores de riesgo psicosocial más relevantes, según reconocen de forma unánime todos los métodos de evaluación de riesgos de esta naturaleza. Y es por ello que deben evaluarse como factores de riesgo para la salud psicosocial, a efectos de la gestión preventiva y de conformidad con las directrices de la Directiva 391/1989, pese a ser tiempo de descanso a efectos de gestión retributivo-laboral a tenor del artículo 2 de la Directiva 2003/88. Así lo ha reconocido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos recientes decisiones: el asunto C-344/19 y el asunto C-580/19, ambos resueltos el mismo día.

En el asunto C-344/19 se aborda la situación de un técnico especialista que, durante siete años, prestó servicios en centros de radiodifusión alejados de su domicilio. Las dificultades para acceder a ellos obligaban a residir en las inmediaciones de esos lugares. Por eso, la empresa acondicionó, en las propias instalaciones de esos dos centros de transmisión, la residencia del trabajador y de otro técnico, ambos presentes simultáneamente. Tras la finalización del trabajo, ambos podían descansar en la sala de estar o relajarse en las proximidades. Su trabajo se realizaba por franjas horarias, uno trabajaba entre las 6:00 y las 18:00 horas y el otro entre mediodía y medianoche. El trabajo en esta franja, que implica parte de nocturnidad, exigía la presencia en el lugar de trabajo durante 6 horas. La

retribución se diferenciaba según el trabajo fuera de disponibilidad presencial y no presencial. Durante este último periodo, no presencial, podía abandonar el centro, pero debía estar localizable en caso de llamada y, de ser necesario, presentarse en el plazo de una hora, salvo actividades urgentes, las cuales tenía que ejecutar de inmediato. Por este periodo de guardia no presencial, la empresa abonaba una compensación equivalente al 20% del salario base, salvo que debiera intervenir de modo efectivo, en cuyo caso ese tiempo sí que se contabilizaba y remuneraba como tiempo de trabajo. La persona trabajadora reclamó ante los tribunales de su país (Eslovaquia) que las horas durante las que debía prestar guardia bajo el régimen de disponibilidad no presencial se le abonaran como horas extraordinarias, porque, de facto, debía pasar casi todo el tiempo en el centro de trabajo pues, teniendo en cuenta lo alejado del lugar, apenas tenía posibilidad de realizar actividades de ocio, permaneciendo en las instalaciones de los centros de transmisión que había de atender.

En casación, el TS eslovaco planteó cuestión prejudicial; sus dudas de calificación tienen que ver más con el impacto de las circunstancias del entorno en que se realiza el servicio: las características geográficas de la estación de radiodifusión hacen imposible, o muy difícil, volver a diario al domicilio, además de reducir notablemente las posibilidades de tiempo libre y ocio, así como de atención a sus intereses, respecto de las que tendría de poder regresar a su domicilio y desconectar realmente.

En el asunto C-580/19 se somete a consideración del TJUE un supuesto de disponibilidad en un lugar no fijado por la empresa, pero con llamamientos recurrentes al servicio. Se trata de un bombero que debe estar localizable en todo momento, tener el uniforme de intervención y un vehículo de servicio facilitado por su empresario. Debe responder a las llamadas que reciba en las que se le informe de los incidentes y tomar decisiones. En determinadas situaciones, debe desplazarse al lugar de la intervención o a su puesto de trabajo. En caso de aviso, tiene que llegar al término municipal de la ciudad de Offenbach del Meno (Alemania), en uniforme y con el mencionado vehículo, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia que le asisten, en veinte minutos. El trabajador solicitó que tal servicio se le reconociese como tiempo de trabajo y se retribuyese en consecuencia. Su empresario se lo denegó por lo que interpuso recurso ante el Tribunal de lo Contencioso-administrativo, el cual presenta cuestión prejudicial que versa sobre si el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el periodo de guardia durante el cual un trabajador debe poder presentarse en el término municipal de la

ciudad en la que está destinado en un plazo de veinte minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por su empresario, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia vinculados a ese vehículo, constituye “tiempo de trabajo” en el sentido de dicho artículo, y si debe tomarse en consideración, a efectos de tal calificación, la frecuencia media con la que dicho trabajador es efectivamente llamado a intervenir. (servicio de bomberos) que restringen su elección de paradero y sus posibilidades de autodeterminación para satisfacer sus intereses personales y sociales.

En ambos casos, el TJUE, aparte de la decisión en cuanto a la cuestión nuclear (si las dos situaciones de guardia de disponibilidad no presencial, pero netamente restrictivas de la autodeterminación de vida personal, son calificables de tiempo de trabajo o, en caso contrario, de tiempo de descanso), adopta una perspectiva innovadora y reorienta también el análisis de la cuestión desde la perspectiva de la gestión preventiva de los factores de riesgo psicosocial.

Y así, en el asunto C-344/19, expone el TJUE los siguientes razonamientos (a los que se remite también la sentencia dictada en el caso C-580/19): “(...) *la calificación de un período de guardia como «período de descanso» a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88 se entiende sin perjuicio del deber de los empresarios de cumplir las obligaciones específicas que les incumben en virtud de la Directiva 89/391, con el fin de proteger la seguridad y la salud de sus trabajadores*” (ap. 61), avalando la aplicación plena de esta última Directiva en materia de períodos mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de duración máxima del trabajo semanal, sin perjuicio de las disposiciones más exigentes o específicas contenidas en la Directiva 2003/88; en consecuencia, señala el Tribunal, (...) *los empresarios están obligados a evaluar y a prevenir los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores vinculados a su entorno laboral entre los que figuran ciertos riesgos psicosociales, como el estrés o el agotamiento profesional.* (ap. 62). Por ello (...) *cuando tales servicios de guardia se prestan de forma continuada durante largos períodos o se producen a intervalos muy frecuentes, de modo que suponen una carga psicológica recurrente para el trabajador, aunque sea de baja intensidad, puede resultar muy difícil, en la práctica, que este se evada completamente de su entorno laboral durante un número suficiente de horas consecutivas que le permita neutralizar los efectos del trabajo sobre su seguridad y su salud. Más aún cuando estos servicios de guardia tienen lugar durante la noche.*”(ap. 64). “*De ello se desprende que, habida cuenta de su obligación de proteger a los trabajadores contra los riesgos psicosociales que puedan surgir en su entorno laboral,*

los empresarios no pueden introducir períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos períodos se califiquen de «períodos de descanso» en el sentido del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2003/88. Corresponde a los Estados miembros definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación». (ap.65).

En el ámbito de las políticas públicas de la Unión Europea, cabe reseñar la Estrategia Comunitaria para el período 2002 y 2006, en la que se aludía en varias ocasiones a los “riesgos psicológicos y sociales” dentro de los entonces llamados “riesgos emergentes” que deberían integrarse en la gestión preventiva, alertando de que (...) *la creciente incidencia de los trastornos y las enfermedades psicosociales plantea nuevos retos para la salud y la seguridad en el trabajo y compromete la mejora del bienestar en el trabajo. Las diversas formas de acoso psicológico y violencia en el trabajo representan actualmente un problema particularmente peliagudo, que justifica una acción de carácter legislativo.*

Tales propósitos no han tenido a fecha actual realización práctica alguna debido a la falta de consenso entre los Estados Miembros, produciéndose una devaluación de los mismos en los sucesivos marcos estratégicos que se fueron diseñando. Así, en la Estrategia 2007–2012, en la que sí se mencionaba expresamente a los riesgos psicosociales, se redujeron los objetivos de la Unión a que (...) *Las prioridades en materia de investigación deben incluir, en particular, las cuestiones psicosociales y a que dentro de la promoción de la salud (...) El lugar de trabajo puede ser un lugar privilegiado para la prevención de trastornos psicológicos y para la promoción de una mejor salud mental,* destacando, en tal sentido, las acciones de promoción e investigación llevadas a cabo por la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo desde 2002 en adelante.

Tras un largo parón generalizado a todas las iniciativas en materia de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de Unión, se llega a la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2017⁸ sobre “Trabajo más seguro y saludable para todos-Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo” que estableció los principios de acción de los Estados

8 La publicación del Criterio Técnico 104/2021 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales, indudable avance en la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos psicosociales, viene a actualizar los criterios de la actuación inspectora en esta materia, en consonancia con las orientaciones y principios de acción que estableció la Comisión Europea en su Comunicación de 10 de enero de 2017.

Miembros sobre las políticas de seguridad y salud en el trabajo para los siguientes años, optando por un proceso de *desnormativización* en la materia (Ballester Pastor, 2013), desarrollando fórmulas *soft-law* -guías y directrices- que ayuden a las empresas y a los inspectores de trabajo a actuar sobre los llamados riesgos emergentes, entre ellos, los psicosociales.

Siguiendo las directrices de la Comunicación anterior, la Comisión Europea aprobó en 2017 una *Guía para Empresarios* sobre estos aspectos y, por su parte, el SLIC (Comité Europeo de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo) fue mandado para realizar un procedimiento que permitiera valorar la calidad de las evaluaciones y las medidas de gestión del riesgo con respecto a los riesgos psicosociales, los riesgos ergonómicos y a formular principios que ayuden a los inspectores de trabajo a evaluar los riesgos teniendo en cuenta la igualdad y diversidad. Como consecuencia de esto último, en 2018 aprobó los “Principios de actuación para los inspectores de trabajo con respecto a la diversidad, en particular con respecto a la edad, el género y otras características demográficas” y las guías para valorar la calidad de las evaluaciones de riesgo y gestión de la prevención con respecto a la prevención de los riesgos psicosociales.

A pesar de esta *desnormativización* de los riesgos psicosociales, se desarrollaron entre 2004 y 2007 dos Acuerdos Marco Europeos, uno sobre el estrés laboral, de 8 de octubre de 2004, y otro sobre el acoso y la violencia en el trabajo, de 26 de abril de 2007, que, a pesar de sus limitaciones, fueron imprescindibles para el reconocimiento de los riesgos psicosociales por parte de los Estados miembros y que estos fueran incluidos en las normas preventivas, con especial atención a aquellos con un carácter y consecuencias más graves, como el acoso discriminatorio.

Más recientemente, la Comisión Europea, consciente de que la prevención de riesgos psicosociales está llamada a ser uno de los ejes centrales en la actuación de las autoridades de la UE en aras a la mejora de las condiciones laborales de las personas trabajadoras, ha intensificado las acciones en tal sentido: primero a través de la adopción del Marco Estratégico de Salud y Seguridad en el Trabajo 2021-2027, que incluye iniciativas que priorizan los riesgos psicosociales, y consultas sobre teletrabajo y desconexión digital. Después, en su Comunicación sobre el enfoque global de la salud mental que contempla, dentro de sus iniciativas, la revisión de los enfoques legislativos y de aplicación adoptados para abordar los riesgos psicosociales en el trabajo por los distintos ordenamientos nacionales, en aras de la protección del conjunto de personas trabajadoras de la Unión Europea.

A finales del año pasado fueron publicados los resultados de dicha revisión y, por lo que respecta a España, se valora que, a pesar de la ausencia de un enfoque integral en la materia del que es un exponente la ausencia de mención específica de los riesgos psicosociales en el corpus principal de la ley de seguridad y salud en el trabajo (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales), nuestro país está avanzando hacia un enfoque más cohesivo en la gestión y prevención de riesgos psicosociales. Reformas recientes, especialmente en cuestiones transversales sobre la organización del tiempo de trabajo, la conciliación laboral, el derecho laboral y la legislación de Seguridad y Salud en el Trabajo, dan cierta razón para el optimismo. Aun así, se alerta de que queda mucho por hacer para mejorar la conciencia general y la comprensión de las cuestiones psicosociales y para integrar estos temas a nivel empresarial.

Con todo, no puede decirse, sin embargo, que hasta la fecha la intervención normativa de las instancias comunitarias al respecto haya respondido adecuadamente a las exigencias planteadas por esta problemática, lo cual propiciaría el establecimiento de contextos, si no armonizados u homogéneos, sí más equivalentes o comparables. El referido Marco Estratégico de Salud y Seguridad en el Trabajo 2021-2027 desvela que no se halla entre los propósitos de la Comisión la promoción de acciones legislativas a nivel europeo ni de los Estados en esta materia, conformándose con la realización de estudios científicos de dimensión europea, con que se lleven a cabo más análisis comparados entre Estados y que los Estados prosigan reuniendo datos e información sobre esta materia e intensifiquen la supervisión sin que se vea la necesidad o la oportunidad de establecer orientaciones o directrices generales a este respecto.

En este contexto, el Parlamento Europeo ha emitido una reciente Resolución, de eficacia jurídica limitada por su nulo valor normativo, pero de incuestionable impacto como acicate político. Se trata de la Resolución de 5 de julio de 2022, *sobre la salud mental en el mundo laboral digital*, en la que el Parlamento se carga de razones para pedir a la Comisión y a los Estados miembros que creen los mecanismos suficientes para la mejora de la salud mental y la seguridad de los trabajadores, especialmente por lo que respecta a la evaluación y la gestión de los riesgos psicosociales.

Muestra el Parlamento Europeo su preocupación por la (...) *desconexión entre la actual política en materia de salud mental y las actitudes reales en el lugar de trabajo, que no contemplan adecuadamente el hecho de que proteger al empleado es un activo clave y en los que, además, el miedo a la estigmatización y a la dis-*

criminação hace que los trabajadores a menudo no se sientan capaces de hablar sobre cuestiones de esta índole”, siendo necesario (...) facilitar en los lugares de trabajo el acceso a los servicios de apoyo a la salud mental'.

De igual forma, considera (...) que las actuales medidas para mejorar la salud mental y la seguridad de los trabajadores son insuficientes, especialmente en lo que respecta a la evaluación y a la gestión de los riesgos psicosociales, pidiendo al a Comisión que cree mecanismos para la prevención de la ansiedad, la depresión y el agotamiento profesional (...) siendo fundamental un enfoque individual y organizativo... y resultando conveniente una revisión de la Recomendación de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista de europea de enfermedades profesionales, añadiendo los trastornos de salud mental relacionados con el trabajo (...) por lo que, previa consulta a los interlocutores sociales, pide a la Comisión la elaboración de una Directiva por la que se cree una lista mínima de enfermedades profesionales”.

Esto es, el reconocimiento de las enfermedades mentales como enfermedades profesionales figura como otra de las acciones que se estima prioritaria y que debiera integrar esa estrategia europea global de salud mental, estrategia europea de cuidados completada por planes de acción nacionales por la que aboga el Parlamento Europeo en su Resolución. Este es el sendero que ya ha emprendido la OIT al incorporar en el Anexo de su Recomendación 194, sobre la lista de enfermedades profesionales (2002, revisada en 2010), el apartado 2.4, relativo a “trastornos mentales y del comportamiento”. En él se incluyen: (...) *el trastorno de estrés postraumático (2.4.1) (... y) otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el(los) trastorno(s) mental(es) o del comportamiento contraído(s) por el trabajador» (2.4.2).*

Las enfermedades que tienen su causa en el trabajo (profesionales en sentido material), pero no están listadas (sentido formal), no son propias enfermedades profesionales, pero sí son accidentes de trabajo. En sentido formal, no es enfermedad profesional sino la que aparece incluida en la lista oficial recogida en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, y que es producida en alguna de las actividades y por los elementos definidos o enumerados en la lista. Es decir, el elemento formal del concepto es en realidad triple. En primer lugar, la enfermedad ha de estar numerada en la lista (de modo específico o de modo genérico);

en segundo término, se ha de producir en la actividad expresada en la lista; por último, por causa de las sustancias que en la lista se indican.

Y las psicosociales no forman parte del catálogo oficial de enfermedades profesionales. Estas son consideradas, por regla general, como dolencias derivadas de una enfermedad común y sólo cuando se prueba por parte de quien la padece que su origen es exclusivamente laboral, podrán ser calificadas como accidentes de trabajo por la vía del artículo 156.2 e) LGSS. Esta situación provoca que este tipo de patologías no sean adecuadamente tratadas y que sus perniciosas consecuencias no sean objeto de la necesaria tutela preventivo-reparadora, pues están excluidas del ámbito de las enfermedades profesionales. Y es que las diferencias entre la enfermedad profesional y la enfermedad asimilada a accidente de trabajo son importantes. Desde una perspectiva preventiva, porque la inclusión de una enfermedad en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales, siempre y cuando se ocasione por los agentes y en los ámbitos profesionales incluidos en tal cuadro, obliga a las empresas implicadas a adoptar medidas de prevención específicas del riesgo (como reconocimientos médicos periódicos, intensificándose las medidas en el supuesto de que se diagnostique la enfermedad a la persona trabajadora (notificación y registro de la enfermedad; traslado/adaptación del puesto de trabajo); en caso contrario, si la enfermedad no se halla incluida, la imposición de medidas tan específicas de prevención no es tan inmediata, ni tan completa por cuanto que el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales es, por sí mismo y con independencia de otras normas, una fuente eficaz de obligaciones preventivas específicas para la empresa.

Desde una perspectiva reparadora, la inclusión de una enfermedad en el cuadro reglamentario de enfermedades profesionales, si es causada por los agentes y en las profesiones incluidas en tal cuadro, facilita la identificación de las empresas, gestoras y mutuas responsables, y también facilita la prueba de la causalidad laboral en beneficio de la persona trabajadora; mientras que, si no está incluida, la prueba de la causalidad le corresponde a la persona trabajadora y siempre cabe contraprueba de causa extralaboral.

Ciertamente, no se presenta halagüeño el estado actual de la situación en cuanto a la materialización de una iniciativa tan ambiciosa, al menos a corto o medio plazo. La propia doctrina advierte que la elaboración de un hipotético listado de este tipo de trastornos o dolencias y su vinculación con agentes, subagentes y actividades susceptibles de producirlas es una tarea muy complicada y espinosa, entre otros motivos, por los problemas de acreditación y por el origen multifactorial de estas

patologías que hace difícil su catalogación. Es por ello que la mayor parte de las dolencias psíquicas son consideradas como afecciones de etiología común, dado su carácter multifactorial y la dificultad probatoria que envuelve su origen y circunstancias concurrentes.

Ello no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico existen cauces para conseguir su reconocimiento como contingencias profesionales a través de la aplicación de la presunción de laboralidad del art. 156.3 de LGSS, pudiendo también ser consideradas como enfermedades del trabajo -art. 156.2 LGSS-, por ser producidas exclusivamente a partir de factores profesionales, algo difícil de acreditar, sin duda, por el referido carácter multifactorial que las mismas suelen presentar, particularmente las de causalidad compleja, lo que dificulta sobremanera la exigible acreditación de la directa relación de causalidad entre la prestación de servicios y la patología en cuestión.

Por ello y pese a la persistencia de los obstáculos legales para reconocer la etiología profesional de estas patologías, cada vez son más las decisiones judiciales que reconocen la relación directa del trabajo con la patología (crisis de ansiedad por exceso de carga de trabajo; bajas por ansiedad derivada de condiciones de trabajo estresantes, o por mala gestión empresarial de conflictos interpersonales, etc.), advirtiéndose una evolución expansiva de la jurisprudencia en cuanto a la consideración de estos trastornos como accidente de trabajo, aunque bastante alejada de la interpretación dispensada a las enfermedades físicas.

Por último, y por lo que respecta a los Estados miembros, la mayoría ha ido aún más lejos al incluir en su legislación nacional en materia de seguridad y salud una referencia explícita a los riesgos psicosociales, o a algunos aspectos de estos. En total, son diecinueve Estados miembros los que cuentan con una legislación que incluye esta referencia explícita. Estos son: Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovenia y Suecia. En algunos casos, como en Letonia y Malta, las referencias se limitan simplemente a añadir riesgos psicológicos a la lista de otros riesgos a tener en cuenta. En otros países, sólo se hace referencia a los riesgos psicosociales: la legislación francesa se refiere al acoso y al comportamiento sexista; la legislación italiana al estrés; la legislación de Luxemburgo al acoso; y la legislación polaca al bullying.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, la legislación es más concreta en su tratamiento de los riesgos psicosociales y, a menudo, incluye una definición de los

factores de riesgo. La legislación belga, por ejemplo, define los riesgos psicosociales como “la probabilidad de que uno o más empleados pueda sufrir daño mental, pudiendo estar acompañado también de daño físico, debido a la exposición a elementos de la organización del trabajo, el contenido laboral, las condiciones laborales, las condiciones de la vida laboral y las relaciones interpersonales en el trabajo, en las que el empleador tiene una repercusión, y que suponen de manera objetiva un peligro”. En Alemania también se produjo un cambio normativo y la Ley sobre Seguridad y Salud Ocupacional (ArbSchG) fue modificada en octubre de 2013, mencionándose ahora específicamente la necesidad de organizar el trabajo de tal forma que, en la medida de lo posible, evite los riesgos mentales y físicos para la salud, e incorpora los riesgos psicosociales del trabajo (“psychische Belastungen bei der Arbeit”) como una de las cuestiones a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo una evaluación de riesgos.

Obviamente, el hecho de que haya países cuya normativa interna no recoge una referencia específica a los riesgos psicosociales no significa que estos riesgos no se hallen cubiertos por la legislación nacional que ejecuta la Directiva marco, tal y como ocurre, entre otros, en España.

3.2. Normativa estatal.

En efecto, España no cuenta con una legislación específica en materia de riesgos psicosociales y tampoco existe un tratamiento jurídico sistemático de los mismos riesgos; es más, no se dispone siquiera de un concepto general de riesgos psicosociales ni en la normativa preventiva ni en la de Seguridad Social; asimismo, tampoco se ha aprobado ningún Reglamento de desarrollo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, *de Prevención de Riesgos Laborales* (en adelante, LPRL) dedicado a este factor específico de riesgo laboral.

Ahora bien, comoquiera que la LPRL establece una deuda general de protección eficaz frente a los riesgos laborales por parte del empresario (art. 14 LPRL) y una obligación de evaluar todas las condiciones de trabajo, entendiéndose por tal, «todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyen en la magnitud de los riesgos a los que esté expuesto el trabajador» (art. 4.7.d, LPRL), cabe concluir, sin ambages, que el riesgo psicosocial queda subsumido dentro del genérico concepto de riesgo laboral.⁹

9 Así lo entendió igualmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007, de 2 de julio de 2007, al basarse en el art. 14 LPRL, por el que en cumplimiento del deber de protección (...) el empresario y la Administración

Un análisis estructurado y conjunto de la normativa sobre prevención de riesgos laborales abunda en la efectiva, y no imaginaria, obligación por parte de las empresas de acometer la evaluación de riesgos psicosociales ante determinados supuestos.¹⁰ La obligación normativa de integrar la evaluación de riesgos psicosociales se desprende de los artículos 15.1h) y 16 de la Ley 31/1995, cuyo incumplimiento puede ser calificado como una sanción grave. De otro lado, el artículo 6 RSP y el 16.2.a dejan de manifiesto que la evaluación se debe revisar en aquellos supuestos en que se hayan producido o detectado incidentes, quejas internas, denuncias y daños a la salud que pudieran poner de manifiesto que las medidas de prevención hayan sido inadecuadas o insuficientes. Constatada la existencia de conflicto en el trabajo, a tenor del artículo 18 RSP, la empresa ha de informar a los trabajadores, también en materia psicosocial, así como de los riesgos que los mismos puedan generar y a continuación (artículo 19 RSP) formar en materia psicosocial.

De hecho, el Criterio Técnico 104/2021, *sobre actuaciones de la ITSS en riesgos psicosociales*, secunda la interpretación común a todas las instancias inspectoras de nuestro entorno al entender que los riesgos psicosociales están incluidos, tácita e implícitamente, en la Directiva Marco y que, en consecuencia, los riesgos psicosociales son uno de los riesgos frente a los que el empresario tiene que proteger a la persona trabajadora.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, *de trabajo a distancia*, ha sido la primera norma con rango de ley que, en la sección dedicada a la prevención de riesgos laborales, se ha referido, de manera expresa, a los factores psicosociales. En concreto, cuando regula la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, el art. 16 señala que deberán tenerse en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención, entre otros, en los factores psicosociales.

Como previsiones normativas relativas a determinada tipología de riesgos de carácter psicosocial cabe mencionar la que contiene el art. 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de protección de datos personales y garantía de*

deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, imponiéndole, en relación con ello y en el marco de sus responsabilidades, la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (STC 160/2007, de 2 de julio de 2007, FJ 5).

10 J. SÁNCHEZ PÉREZ, Salud mental, prevención de riesgos psicosociales y suicidio, en Boletín Cuatrimestral LARPSICO, 2022, n. 2.

los derechos digitales, en el que se hace referencia al riesgo de fatiga informática, consistente en el uso desenfrenado de las tecnologías en el entorno laboral con la consecuente materialización de efectos nocivos en la salud física y mental de las personas trabajadoras, introduciendo además, a través de la DF 13^a, el art. 20 bis LET, que contempla los nuevos derechos a la intimidad y la desconexión en los entornos de trabajo digitales, otorgando reconocimiento positivo a la organización digital del trabajo como relevante factor de riesgo para las personas trabajadoras. También la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual* (LOGILS) alude expresamente a la violencia sexual como un riesgo laboral. El citado artículo señala que “las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras”; más en concreto, en el artículo 12.2, la LOGILS introduce una serie de obligaciones específicamente preventivas, tales como: el deber de realizar una evaluación de riesgos laborales y el de informar y formar en materia de riesgos laborales, obligaciones que, sin embargo, únicamente resultan de aplicación para las trabajadoras mujeres.

Por último, también resulta destacable el art. 1.2 del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, *para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar*, que ha añadido una disposición adicional decimoctava a la LPRL, en la que se recoge una referencia a la violencia contra las mujeres, si bien, dicha disposición resulta aplicable, únicamente, en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Cuando en el mes de febrero de 2024 se celebró la primera reunión de la Mesa de Diálogo Social para tratar la reforma de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, *de prevención de riesgos laborales*, se convino en que uno de los principales temas a abordar debía ser la adaptación de la actual normativa de prevención de riesgos laborales para adecuarla a las nuevas formas de trabajo, prestando especial atención a los riesgos psicosociales. De hecho, los riesgos psicosociales tienen un peso importante en la nueva Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, que se refiere a ellos en distintas ocasiones. En concreto, prevé una serie de medidas, como, por ejemplo, el desarrollo de campañas de la ITSS sobre estrés laboral, la elaboración de orientaciones prácticas y herramientas electrónicas para gestionar los riesgos psicosociales, la constitución de un grupo de trabajo sobre esta temática en la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo o, en fin, la generación de conocimiento sobre el burnout y estrés post-traumático en el sector sanitario, sociosanitario y asistencial.

4. Efectos sobre la salud mental de las personas trabajadoras. Tutela reparadora. Apuntes recientes de praxis judicial

4.1. El estrés laboral

(...) Los ataques de pánico comenzaron después de que Chloe viera morir a un hombre.

Pasó las últimas tres semanas y media entrenando, tratando de endurecerse contra la embestida diaria de publicaciones perturbadoras: el discurso de odio, los ataques violentos, la pornografía gráfica. En unos días más, se convertirá en moderadora de contenido de Facebook a tiempo completo, o lo que la empresa para la que trabaja, un proveedor de servicios profesionales llamado Cognizant, llama opacamente un “ejecutivo de procesos”.

Para esta parte de su educación, Chloe tendrá que moderar una publicación de Facebook frente a sus compañeros de aprendizaje. Cuando es su turno, camina hacia el frente de la sala, donde un monitor muestra un video que se ha publicado en la red social más grande del mundo. Ninguno de los aprendices lo había visto antes, incluida Chloe. Le da al play.

El video muestra a un hombre siendo asesinado. Alguien lo apuñala, decenas de veces, mientras él grita y suplica por su vida. El trabajo de Chloe es decirle a la sala si esta publicación debe ser eliminada. Sabe que la sección 13 de las normas comunitarias de Facebook prohíbe los videos que representan el asesinato de una o más personas. Cuando Chloe explica esto a la clase, escucha que su voz tiembla.

Al regresar a su asiento, Chloe siente un impulso abrumador de sollozar. Otro aprendiz ha subido a revisar la próxima publicación, pero Chloe no puede concentrarse. Ella sale de la habitación y comienza a llorar tan fuerte que tiene problemas para respirar.

Nadie trata de consolarla. Este es el trabajo para el que fue contratada. Y para las 1.000 personas como Chloe que moderan contenido para Facebook en el sitio de Phoenix, así como para los 15.000 revisores de contenido en todo el mundo, hoy es solo otro día en la oficina ¹¹

11 *El Piso del Trauma. La vida secreta de los moderadores de Facebook en Estados Unidos. La interfaz. Boletín vespertino de Casey Newton sobre Facebook, redes sociales y democracia. 2020.*

El estrés¹², así como la ansiedad, han acompañado al ser humano desde que el mundo es mundo. Consiste en una reacción natural de nuestro organismo que facilita la respuesta y adaptación al entorno, imprescindible para la propia supervivencia, y que ayuda a los seres humanos a desempeñarse eficazmente en sus actividades (Ivancevich y Matteson, 1989; Peiró, 2005). En el ámbito laboral, el estrés es considerado con frecuencia como una experiencia subjetiva de la persona trabajadora derivada de la percepción de tener que tratar con demandas excesivas o amenazantes difíciles de controlar, lo cual no afecta sólo a su salud y bienestar psicofísico, sino que también repercute en su actividad en el trabajo y en su relación con el entorno.

Los efectos negativos del estrés – en sus diversas variantes – sobre la salud de las personas trabajadoras son sobradamente conocidos: falta de motivación y disminución del rendimiento, fatiga, insomnio y trastornos del sueño, alteraciones fisiológicas (digestivas, endocrinas, respiratorias, cardiovasculares), cefaleas, depresión, ansiedad, irritabilidad, etc. Pueden inducir también a una reducción de hábitos saludables como el ejercicio físico, el ocio y las relaciones sociales, así como al abuso del consumo de alcohol y otras sustancias (v. gr. el recurso al “dopaje mental” para resistir los ritmos y tiempos de trabajo).

Ahora bien, ha sido en la era tecnológica cuando las circunstancias antes apuntadas, en ocasiones de difícil identificación, están provocando la aparición de nuevas situaciones de estrés laboral o, por mejor decir, de “tecnoestrés”, particularmente motivadas por la falta de habilidad y competencia ante la introducción y el uso, con los efectos inherentes al mismo, de las nuevas tecnologías en una convivencia laboral nada pacífica. Es decir, hay un desajuste entre la percepción de las demandas y los recursos relacionados con el uso de tales herramientas que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica nada positiva para la persona trabajadora, sino todo lo contrario, generadora de efectos y comportamientos negativos.

Dentro de este concepto de “tecnoestrés”, encuentran cabida distintas realidades entre las que destaca, en primer lugar, la “tecnoadicción”, caracterizada por compulsión a utilizar las tecnologías de la información y la comunicación en todo momento y a estar siempre al día con los avances, generando una auténtica dependencia y síndromes de abstinencia en las interrupciones momentáneas; en segundo término, la “tecnoansiedad”, donde la *persona* experimenta altos nive-

12 Para la OMS, se trata de una reacción del individuo ante “exigencias y presiones laborales que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades, y que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación” (OMS: *La organización del trabajo y el estrés*, Ginebra, 2004).

les de tensión y malestar, frente al uso de herramientas tecnológicas que lleva a pensamientos negativos sobre tales instrumentos y sobre su propia capacidad y competencias *personales* y profesionales y un manifiesto temor a la pérdida del empleo, así como una baja autoestima; en tercer lugar, la “*tecnofobia*”, que se manifiesta en una resistencia a hablar e incluso pensar sobre tecnología, generando una alarma o ansiedad ante ella y pensamientos hostiles al respecto¹³; en cuarto lugar, la “*tecnofatiga*” o agotamiento mental y cognitivo consecuencia del uso de las herramientas informáticas, cuya manifestación más extrema es el síndrome de “*data smog*”, causado por la sobrecarga de datos manejados al utilizar internet; o, por último, la “*tecnoinvasión*”, derivada de una supervisión constante, sea en orden a la localización y desarrollo de la prestación laboral, sea en la extensión de la disponibilidad del *trabajador*, compelido a estar siempre conectado a los dispositivos digitales empleados en su actividad profesional.

Todo ello sin olvidar tampoco otras tantas manifestaciones como la “*locura multitarea*” (*multitasking madness*); los “*problemas informáticos*” (*computer hassles*), causados por la lentitud y averías del sistema, la cantidad de mensajes electrónicos recibidos, incluidos spam, informaciones fraudulentas y anuncios (pop-ups), virus, actualización de aplicaciones y pérdida de ficheros; el “*agotamiento emocional*” (*burnout technological*), consecuencia de un cúmulo de demasiada presión y pocos motivos de satisfacción que provocan una frustración laboral prolongada con una pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y carga emocional difícil de asumir, especialmente cuando las relaciones con otras *personas* constituyen el eje central del trabajo¹⁵⁷; la “*infoxicación*”, fruto de la imposibilidad de seguir y entender todas las referencias que circulan por la red; o, por no seguir, “*el síndrome del zoom*” o postración por estar sometido a constantes reuniones virtuales o eventos en línea.

Y por supuesto, sin obviar ni minusvalorar la incidencia que debe atribuirse a la angustia derivada de la precariedad de las condiciones laborales (estrés económico o “*rustout*”) -elevadas tasas de temporalidad, inseguridad en el puesto e inexperiencia, temor a quedarse sin empleo, reducción drástica de los ingresos- que genera elevadas dosis de incertidumbre y ambigüedad respecto a la situación laboral que provoca que la persona trabajadora no pueda desarrollar

13 Cabe describir tres categorías: a) los usuarios incómodos: son quienes no dominan las nuevas tecnologías; las usan, pero no están cómodos al hacerlo; b) los tecnofóbicos cognitivos: las utilizan pero con temor, pues sienten que no están del todo capacitados; c) los tecnofóbicos ansiosos: grupo patológico, en tanto la *persona* experimenta un miedo irracional hacia el uso de las nuevas tecnologías. WEIL, M.M. y ROSEN, L.: *Technostress: Coping with technology work home play*, Los Ángeles (J. Willey).

estrategias de afrontamiento efectivas y apropiadas, máxime cuando la incidencia de los avances técnicos en la actualidad es, en no pocas situaciones, inasumible.

Y si bien es normal, inevitable incluso, que en el lugar de trabajo haya un cierto nivel de estrés y es natural que al trabajar se experimente estrés en determinadas circunstancias, una situación sostenida de estrés laboral, ya de modo regular o continuado y permanente, es evidente que puede tener un impacto negativo directo sobre la salud física y, sobre todo, mental.

El 3 de mayo de 2017, Mark Zuckerberg anunció la expansión del equipo de “operaciones comunitarias” de Facebook. Los nuevos empleados, que se sumarían a los 4.500 moderadores existentes, serían responsables de revisar cada pieza de contenido denunciada por violar las normas comunitarias de la compañía. A finales de 2018, en respuesta a las críticas sobre la prevalencia de contenido violento y explotador en la red social, Facebook tenía más de 30.000 empleados trabajando en seguridad y protección, aproximadamente la mitad de los cuales eran moderadores de contenido.

Uno de estos trabajadores comenzó a prestar sus servicios en el año 2018 en la ciudad de Barcelona para una empresa (CCC Barcelona Digital Services, SL) que forma parte del grupo TELUS International, cuya actividad principal es la moderación de contenidos en línea, a través de un *call center*. La actividad laboral consistía en el visionado de vídeos violentos para filtrar lo que se publica en redes sociales, debiendo visionar escenas relativas a terrorismo, suicidios, automutilaciones, decapitaciones de civiles por grupos terroristas y torturas. Cada escena la tenía que ver varias veces, de manera completa, para asegurarse de que la política aplicada a ese contenido gráfico era la adecuada. Fue asignado a la sección de alta prioridad (*high priority*), que exigía ver repetidamente contenido relacionado con terrorismo, suicidios, autolesiones, decapitaciones de civiles asesinados por grupos terroristas o torturas, actividad con alta presión de tiempo y le obligaba a la toma de decisiones inmediatas para validar o descartar el material. En el año 2019 el trabajador comienza una situación de baja laboral por los trastornos psíquicos padecidos que se prolonga hasta el 10 de febrero de 2021, motivada por la patología padecida con síntomas como ataques de pánico, conductas de evitación, aislamiento en el domicilio y rumiaciones hipocondríformes, sensación de disfgia, despertares nocturnos e importante tanatofobia.

Este es el supuesto que recientemente ha sido enjuiciado por el Juzgado de lo Social n.º 28 de Barcelona en sentencia núm. 13/2024, de 12 de enero, a raíz de la discrepancia entre los litigantes en cuanto a la consideración como profesional de la enfermedad mental diagnosticada al trabajador.

Concluye el juzgador que no constan, ni se han identificado, otros factores causales que hubieran podido determinar la citada baja médica, considerando probado que el estrés laboral que vino sufriendo de modo continuado fue el factor único, exclusivo e indubitado que operó como desencadenante de la incapacidad temporal que causó el 10 de mayo de 2019. El riesgo psicosocial al que quedaba expuesto el trabajador no sólo deriva de la propia naturaleza de la actividad y del contenido gráfico del trabajo, catalogado como “contenido altamente sensible” (*high priority*), sino también del ritmo de trabajo y de sus exigencias cuantitativas (carga de trabajo), así como de exigencias cualitativas (esconder emociones, conflicto de rol), aspectos que se hallaban identificados y reconocidos en la evaluación de riesgos psicosociales de la empresa.

Otro episodio digno de mención, más doméstico y quizá con menos potencial de impacto mediático, pero no por ello menos relevante, es el caso analizado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en sentencia núm. 1173/2019, de 9 de mayo, referido a una educadora social que, durante un curso de relajación recomendado por la Consejería de Igualdad de la Junta de Andalucía, sufre una gran cefalea que tiene causa en una hemorragia subaracnoidea. Aunque la baja laboral se inicia cuatro días después, tiene su origen en el mismo hecho: las condiciones de ansiedad y estrés a que se veía sometida en su trabajo diario de educadora en el centro de menores al que se encontraba adscrita, que habían justificado incluso el reconocimiento en sede judicial del derecho al devengo de un plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad. Amén de ello, considera el Tribunal que la patología afloró en tiempo y lugar de trabajo, pues, aunque el curso no era obligatorio, era altamente recomendable para su profesión.

4.2. El agotamiento profesional

La sobre exigencia en determinados puestos de trabajo por un tiempo continuado y con reducido control sobre su evolución genera un considerable riesgo de contraer enfermedades como fatiga crónica, ansiedad, estrés o depresión, patologías que derivan de la interacción del sujeto con condiciones psicosociales nocivas de trabajo que, si no son corregidas, son susceptibles de generar cuadros clínicos severos.

Cuando el desequilibrio entre altas cargas de trabajo y reducido control se cronifica, el riesgo escala hacia estados de agotamiento profesional. La praxis judicial

ha puesto el acento sobre la obligación empresarial de evaluar las cargas de trabajo para evitar el estrés y el agotamiento de las personas empleadas, incurriendo, en caso contrario, en un claro y sancionable incumplimiento de la obligación de seguridad y salud que incumbe al empleador, ya sea en el ámbito privado o en el sector de las Administraciones Públicas.

Empero lo anterior, ni el riesgo psicosocial de agotamiento profesional está nominado, menos aún precisado, en el vigente sistema normativo de gestión preventiva, ni tampoco sus principales factores o agentes, entre ellos la sobrecarga de trabajo (física, mental, emocional, psicosocial, etc.) y ello pese a que desde el año 2022 el agotamiento profesional, como síndrome de cansancio emocional escalado, que conlleva a una pérdida de motivación y reacciones de estrés que, si se cronifican, suelen progresar hacia sentimientos de fracaso personal y profesional (burnout o síndrome del quemado profesional), está catalogado oficialmente por la OMS como un problema de salud laboral directa y exclusivamente relacionado con el trabajo (Clasificación internacional de enfermedades: CIE-11)¹⁴.

La sobrecarga de trabajo como uno de los factores desencadenantes de afecciones psicosociales en un entorno laboral es objeto de tratamiento en la Sentencia núm. 485/2020, de 26 de mayo, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en la que se analiza la naturaleza jurídica de la incapacidad temporal asociada a una situación de ansiedad padecida por una trabajadora, con la categoría de letrada, al servicio de un Ayuntamiento. La sobrecarga extrema de tareas y la falta de instrucción y adiestramiento sobre las funciones a desarrollar durante varios años abocaron a la empleada a una situación de tensión y estrés laboral insostenible. Al padecimiento de episodios recurrentes de ansiedad sufridos por la trabajadora también contribuyó decisivamente un “conflicto de rol” debido a la ausencia de un jefe o responsable del servicio capaz de dar instrucciones precisas, que conllevaba una equivocidad sobre el cometido laboral a desempeñar y/o los objetivos perseguidos por la organización, siendo frecuente el surgimiento de problemas no bien definidos.

14 La OMS, de hecho, ha reubicado esta dolencia en la CIE que ha sido revisada por décimo primera vez y entró en vigor el 1 de enero de 2022. En ella se ha incluido el síndrome de desgaste profesional (burnout) como un problema asociado al empleo. Si bien no se clasifica como una condición médica (enfermedad), se indica no obstante que este síndrome es resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo, caracterizándose por tres dimensiones: la primera, la existencia de sentimientos de falta de energía o agotamiento; la segunda, el aumento de la distancia mental con respecto al trabajo o la aparición de sentimientos negativos o cínicos con respecto al trabajo; y, tercera, eficacia profesional reducida. Aclara asimismo el documento que el síndrome de desgaste ocupacional se refiere específicamente a los fenómenos en el contexto laboral y que no debe aplicarse para describir experiencias en otras áreas de la vida.

Entiende la Sala que la patología de la letrada -episodios recurrentes de ansiedad- viene motivada por una prolongada situación de tensión vivida en el trabajo, de carácter objetivo (...) *los hechos probados son tan claros, contundentes y reveladores que no permiten hablar de que se trate de una mera visión subjetiva de la trabajadora desvinculada de toda realidad, de modo que no consta que existieran agentes externos al trabajo que causaran su estado depresivo, por lo que no se puede sino concluir que existe un nexo causal directo e inequívoco entre el mal sobrevenido y la ejecución del trabajo.*

Especialmente relevante en este sentido resulta también el pronunciamiento judicial contenido en la Sentencia núm. STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con el sector de residencias de personas ancianas y respecto de la pretensión individualizada de extinción causal ex artículo 50 del ET. La sentencia tiene como objeto la demanda de extinción interpuesta por un trabajador, que ejercía sus funciones en la empresa demandada como gerocultor durante el turno de tarde. La parte actora solicita la resolución del contrato, alegando una modificación sustancial de las condiciones sin fundamento y sin observar los trámites legales, al haber variado el horario del turno de tarde, así como la modificación del sistema de trabajo y rendimiento, y el acoso y vulneración de derechos fundamentales, por la incoación de expedientes disciplinarios contra el actor y falta de condiciones dignas que le han provocado un cuadro de ansiedad y bajas médicas.

Tras descartar, al igual que la sentencia de instancia, la apreciación de una situación de acoso moral en el trabajo, sin embargo, la sentencia dictada en suplicación discrepa con la magistrada a quo al entender que, pese a que no haya existido acoso como tal de conformidad con la doctrina relativa al acoso moral en el trabajo, *“ello no obsta a que pueda apreciarse la existencia de un trato degradante o lesivo de la integridad física y moral del trabajador por el defectuoso ejercicio, abusivo o arbitrario, de las facultades empresariales”*, haciendo hincapié en la importancia de discernir entre lo es que propiamente hostigamiento psicológico, en el que se agreden derechos fundamentales de la persona, con el defectuoso ejercicio de las facultades empresariales, que se limita a afectar estrictos derechos laborales.

El Tribunal llega a dicha conclusión, *“al entender que la carga de trabajo del actor superaba en mucho más del doble la que la normativa vigente establece ha de observarse en la prestación del servicio—para 170 personas residentes necesitaría 43 personas prestadoras de servicios, cuando solo disponía de 32 y desigual-*

mente repartidas por turnos-, (...) lo que determina que al estrés inherente a su profesión, se añada la grave situación de carencia de personal que dificulta en grado suma su desempeño, debiéndose tener en cuenta que (...) no cabe dejar algunas tareas sin realizar porque ello redundaría en la salud de los ancianos. (...) que no solo entraña un grave riesgo para los residentes y un maltrato a los mismos, sino que, además, someter al trabajador que ha de prestarlos a una presión de carga de trabajo cuatro veces superior a la que corresponde, es un trato absolutamente degradante para éste, totalmente incumplidor de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos, al ser manifiestamente deficiente la organización y las condiciones de trabajo”.

Por todo ello, y habiendo quedado probada la lesión de la integridad física y moral del trabajador, que se ha visto efectivamente lesionado al sufrir sucesivas crisis de ansiedad, el tribunal admite la existencia de un incumplimiento muy grave de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos, y que vulnera el art. 15 de la Constitución, precepto que consagra el derecho a la integridad física y moral.

La doctrina judicial española parece alinearse, así, claramente, con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto a la importancia de la obligación empresarial de incluir en el sistema de gestión de la actividad preventiva de cualquier organización productiva, cualquiera que sea su ámbito y también en el sector público, aspectos vinculados a la organización del trabajo esenciales para su funcionamiento, como las cargas de trabajo, tanto de esfuerzo físico como emocional, mental o psicosocial, los tiempos y ritmos de trabajo, etc. La dimensión organizativa es, pues, determinante, junto a la personal y de interacción interpersonal o grupal, para la gestión de salud psicosocial en el trabajo.¹⁵

Poniendo el acento en la regulación de la carga de trabajo a los efectos de salud laboral -con finalidad preventiva- en una profesión como la judicial, cuyo ejercicio está caracterizado por elevadas exigencias de responsabilidad y una continua saturación de tareas, la sentencia núm. 581/2023, de 22 de septiembre, dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo declara que el Consejo General del Poder Judicial ha incumplido su obligación, documentada en el apartado 5.2 del Plan de Prevención de Riesgos Laborales Carrera Judicial, de regular la carga de tra-

15 Moreno Pérez, José María. (2021). Evaluar la carga de trabajo, prevenir el agotamiento profesional: ¿calidad de servicios públicos (justicia, salud, residencias) sin cuidar la salud mental de quienes los prestamos? Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo, y de Madrid 410/2020, de 16 de junio, y 222/2021, de 23 de marzo. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 461-462, 200-212.

bajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral, con condena a la regulación de la carga de trabajo conforme a un criterio de dedicación o rendimiento adecuado para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial.

En casa de herrero, cuchillo de palo; este es el dicho agudo de uso común al que recurre el profesor Lousada Arochena en su comentario a dicha sentencia¹⁶ para destacar cómo la Carrera Judicial ha tardado casi veinte años desde la entrada en vigor de la LPRL (1995) en conseguir la aprobación de un Plan de Prevención de Riesgos Laborales (2015).

Afortunados ellos, nunca es tarde si la dicha es buena, cabría añadir por continuar con el recurso al acervo popular; y es que en el ámbito de la Carrera Fiscal, a día de hoy, no se ha efectuado una medición de la carga de trabajo, absolutamente oportuna y, yo diría que urgente, en aras a prevenir frente a los factores de riesgo psicosociales asociados a la misma y sus predecibles efectos perniciosos en la salud psicofísica de los y las fiscales como consecuencia del desempeño de una labor de servicio público, la cual, funcionalmente, también aparece jalonada por elevadas exigencias de responsabilidad y una sobrecarga de tareas, al igual que les sucede a los miembros de la Carrera Judicial.

4.3. El suicidio

El suicidio puede ser la consecuencia más trágica de la exposición en el trabajo a factores psicosociales de riesgo (carga de trabajo, ritmo de trabajo, participación/control, desempeño de rol, apoyo social, y un largo etcétera) y a riesgos psicosociales tales como el estrés laboral; además, el suicidio vinculado con causa profesional es un problema creciente en el ámbito de las relaciones laborales.

Durante los años 2008 y 2009, diecinueve empleados de la empresa *France Télécom* se suicidaron o intentaron suicidarse como respuesta a una serie de cambios organizacionales, cuyo propósito era reducir costes mediante presiones intensas y transformaciones en las condiciones laborales.

En octubre de 2006, France Télécom contaba con una plantilla de 110.000 trabajadores y ese mismo mes el director general Didier Lombard junto con Louis-Pie-

16 LOUSADA AROCHENA, J.F. Salud laboral y carga de trabajo (en la Carrera Judicial y no solo en la Carrera Judicial). Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 9/2023.

re Wenés, segundo director, y Oliver Barberot, director de Recursos Humanos, hicieron un anuncio: en un plazo de dos años, se propusieron alcanzar la cifra de 22.000 salidas voluntarias, sin recurrir a despidos forzados, sin posibilidad de ser despedidos por causas económicas debido a su condición de funcionarios; además, 14.000 trabajadores iban a ser cambiados de puestos o de localización geográfica. Para ello diseñaron e implementaron planes de actuación (Planes Next y Act) que se tradujeron en “incitaciones repetidas a la dimisión”, “maniobras intimidatorias”, “movilidad forzosa” y “adscripción a puestos de categoría inferior”, prácticas que provocaron o acentuaron en muchos trabajadores un enorme sufrimiento que se manifestó de modo diverso, siendo la más dramática el suicidio.

En nuestro país, tradicionalmente, la relevancia del suicidio en el ámbito laboral se ha centrado fundamentalmente en su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social y, solo posteriormente, conforme se ha ido construyendo una noción de salud laboral inclusiva de los riesgos psicosociales, se ha proyectado su interés al campo de la seguridad y salud en el trabajo y la prevención de los riesgos laborales.

Pese a todo, aún hoy podemos encontrarnos con precedentes judiciales donde se sostiene un planteamiento antediluviano en virtud del cual lo destacable, aunque exista una conexión incuestionable entre un acto suicida y el trabajo, es que el trastorno mental que aparece vinculado a la decisión autolítica solo puede ser imputable a la víctima al haber atentado contra lo más sagrado: la vida humana¹⁷; antes al contrario, el acto suicida suele encontrar una explicación en un contexto vital que se deforma, provocando una situación de desesperanza en la que la víctima no alcanza a encontrar salida y piensa que el suicidio es la única alternativa para escapar. Por ello, ya sea por estrés simple, por ser víctima de hostigamiento o de acoso, por *burnt out*, etc., el riesgo potencial de suicidio siempre podría derivar de una mala organización del trabajo o de factores que tienen su origen en el medio ambiente laboral. En Japón, el fenómeno incluso tiene nombre propio: “*karojisatsu*” o suicidio de la persona afectada por el exceso de trabajo; y éste, el exceso de trabajo también tiene su propia denominación: “*karoshi*”.

A nivel interno, y en fecha mucho más reciente, cabe reseñar la situación enjuiciada en la sentencia dictada por la Sala de lo Social TSJ de Madrid, (Sección 5ª) el 30 de octubre de 2023, por la que se confirma la sentencia de instancia, con

17 SÁNCHEZ PÉREZ, J. *Suicidio y trabajo: la insostenible realidad pendiente de una reforma inaplazable*. Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO Volumen 11, número 3, julio-septiembre de 2023.

desestimación del recurso de suplicación, que reconoció como accidente laboral el suicidio de un trabajador en su domicilio. El mismo trabajaba en el departamento de planificación y control de una empresa; tenía una jornada de cuarenta horas semanales, de lunes a viernes de 9:00 a 14:30 horas de presencia en el puesto de trabajo, con flexibilidad horaria de 7:30 a 9:00 horas y de 14:30 a 18:30 horas; sin embargo, además de llevar a cabo su trabajo en la oficina de la empresa, también trabajaba en su domicilio donde tenía un terminal desde el que se conectaba a la intranet de la empresa, trabajando fuera de horario, tanto de día como de noche y fines de semana y festivos.

De igual modo, unos cuatro años antes del suicidio se llevó a cabo una evaluación de riesgos psicosociales en las distintas áreas y departamentos de la empresa por parte del servicio de prevención ajeno (SPA) de que la misma disponía, siendo que las valoraciones de los distintos ítems en el departamento financiero, al que estaba adscrito el trabajador fallecido, arrojaron malos resultados en la evaluación, recogiendo que el riesgo era muy elevado. A la fecha del óbito y de entre todas las medidas propuestas, tanto preventivas como correctoras, en el informe realizado por el SPA no se había adoptado medida alguna para rebajar los niveles de riesgo que se derivaban de la evaluación psicosocial a salvo de la impartición de un curso a todo el personal sobre “gestión del tiempo”, indicándose por los delegados de prevención de la empresa que existía sobrecarga de trabajo.

La empresa fue sancionada por la Inspección de Trabajo por infracción en materia de prevención de riesgos laborales consistente en falta de evaluación del puesto del trabajador, siendo calificada la sanción como grave.

Considera el Tribunal haber quedado demostrado que el trastorno depresivo o ansioso que sufría el fallecido, y que fue el desencadenante del suicidio, tenía su causa última en su actividad laboral, habida cuenta de las condiciones de trabajo en cuanto a horario y jornada que ponían de manifiesto una evidente sobrecarga de trabajo, que desbordaba al trabajador fallecido, y le obligaban a trabajar, de noche, fines de semana y festivos, amén de realizar la jornada laboral. En definitiva, y tal como concluyó la juzgadora de instancia, que el fallecido tenía una situación de estrés en su trabajo que le llevó a quitarse la vida.

En otro supuesto, enjuiciado por la sentencia núm. 128/2023, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 27 de febrero, el Tribunal procede al reconocimiento del acto suicida como contingencia profesional a la vista de que (...) *la decisión de quitarse la vida estuvo vinculada de manera próxima y más que directa con su*

trabajo". Es decir, estima aplicable la teoría de la *ocasionalidad relevante*, que se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento. La conclusión de la sentencia de la Sala contrasta con la dictada por el Juzgado *a quo*. Pese a que la Inspección de Trabajo había declarado que el suicidio producido el primer día de cumplimiento de una sanción impuesta al trabajador por acoso laboral había de considerarse contingencia profesional y pese a que el informe realizó una propuesta de recargo de prestaciones del 45% por omisión de evaluación de riesgos psicosociales, el Juzgado de lo Social dejó sin efecto las conclusiones del dicho informe.

En este caso, la víctima de suicidio era un trabajador – responsable de tienda – contra el que se había presentado una denuncia anónima por acoso ante el Servicio de Prevención. Denuncia que fue investigada por un servicio externo contratado por la empresa y que concluyó en la existencia de indicios suficientes de acoso, así como un “más que probable” conocimiento de ello por parte del responsable de zona. En el proceso de investigación llevado a cabo, el causante acude a la tienda de la víctima de acoso, produciéndose una discusión. Tras una reunión entre los dos responsables y el responsable de zona, se entregó al trabajador una carta de sanción disciplinaria con suspensión de empleo y sueldo; además, se acordó su traslado a otra tienda, habiendo aceptado el traslado pese a ser un destino que el trabajador califica de “un infierno”. La empresa actuó con extraordinaria celeridad, imponiendo una sanción sin atenerse a las exigencias del convenio, ya que éste exige exista actuación inspectora constando el acoso. Diecinueve días después de esa reunión se produjo el suicidio, habiéndose probado la preocupación del trabajador por las posibles consecuencias derivadas de la denuncia por acoso (lo que se acreditó mediante sus últimas búsquedas en internet).

Por su parte, la empresa, para tratar de cuestionar la evidente relación de causalidad que había con el trabajo -el propio perito de la empresa atribuyó en la vista oral en un 60 o 70% al conflicto laboral- recurrió a argumentos tales como: la grave enfermedad que el padre de la víctima había padecido, una supuesta crisis conyugal, no concretada, o una depresión endógena, sin causa – desprovista de etiología – y no diagnosticada por médico alguno.

Frente a ello, concluye la Sala que “(...) *En realidad, lo realmente relevante es que no constan antecedentes psiquiátricos o patologías psíquicas previas que pudie-*

ran desvincular el fallecimiento del actor con la problemática laboral a la que nos venimos refiriendo y, por ello, concluimos que la decisión de quitarse la vida estuvo vinculada de manera próxima y más que directa con su trabajo y, en concreto, con la situación derivada de la demanda por acoso laboral y las consecuencias de la misma. Entendemos que la conflictividad laboral, una previsible interposición de una denuncia penal contra él y la próxima incorporación a un nuevo centro de trabajo fuera del lugar de su residencia, tres días antes del suicidio, incidieron en su estado de ánimo y en la posterior decisión de acabar con su vida. De modo que el fallecimiento del trabajador tiene como causa inmediata su trabajo, acreditándose por ello el nexo causal entre su muerte y el trabajo ejecutado”.

5. Y la tutela penal...

Llegados a este punto, cabe plantearse si la configuración típica del artículo 316 de CP, tal y como se interpreta por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, resulta adecuada para lograr la finalidad preventiva pretendida por el legislador mediante una anticipación de la intervención penal -un adelanto de las barreras punitivas, consecuencia, primordialmente, de un agotamiento de exigencias preventivas- en supuestos tales como que una o varias personas trabajadoras se hallen expuestas a un contexto laboral con un componente de riesgo psicosocial grave, propiciado por el incumplimiento de las obligaciones normativas preventivo-laborales que incumben a su empleador y susceptible de ocasionar el padecimiento de una perturbación mental, antes de que se constate la manifestación sintomática -y subsiguiente diagnóstico, en su caso- de dicha enfermedad en la persona trabajadora.

Los delitos de peligro se consuman, como es sabido, sin necesidad de constatar una efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico tutelado por el delito que se trate. Es la puesta en peligro de ese bien jurídico la que fundamenta el tipo de injusto, suponiendo pues, siempre y en todo caso, un adelanto de la barrera de intervención del *ius puniendi*, en términos preventivos, pues el legislador no espera para intervenir a ese menoscabo de bien jurídico, sancionando una conducta que considera peligro.

Volviendo al supuesto del moderador de contenidos de internet antes mentado, una vez constatado el trabajador estaba expuesto a un riesgo psicosocial derivado de la *propia naturaleza* de la actividad, así como de las condiciones del trabajo impuestas por la empresa (el ritmo, la carga de trabajo y las intensas exigencias emocionales) y, tras acreditar que la visualización de los contenido tiene

la capacidad *per se* para perturbar la salud mental así como que la empresa no disponía de un sistema de evaluación del impacto que estas imágenes estaban provocando en el empleado (lo que suponía un grave incumplimiento de una obligación preventiva básica), ¿sería viable reputar delictiva dicha situación antes y con independencia de que el trabajador damnificado comenzara una situación de baja laboral, con verificación clínica de la sintomatología provocada por los trastornos psíquicos padecidos?

No lo parece; de hecho, la praxis judicial penal resulta prácticamente inédita en este sentido, esencialmente porque el delito en cuestión es considerado como un clásico delito de peligro concreto cuya estructura típica de peligro concreto toma como punto de referencia bienes jurídicos individuales en ámbitos de protección colectivos, exigiendo la verificación de un resultado de peligro cuyo término de referencia del peligro es el bien jurídico individual, con independencia de que se proteja también el colectivo en el que el delito se encuadra, en este caso, las condiciones de seguridad y salud laborales, cuando van referidas a la vida, la integridad física y la salud de las personas trabajadoras.

En apoyo de esta postura exegética se aduce que cuanto mayor es el adelantamiento respecto a la efectiva lesión de un bien jurídico concreto, mayores problemas se presentan desde el punto de vista de los principios constitucionales que informan y configuran el Derecho penal, a la vez que se confronta al Juez con la difícil situación del eventual solapamiento con un ilícito administrativo¹⁸; que el derecho penal puede y debe ser empleado para la tutela de bienes jurídicos de carácter colectivo, pero siempre que tras los mismos subyazca una verdadera tutela o protección de intereses reconducibles a la esfera individual o ciudadana, o que al menos no caiga en un modelo de protección transpersonalista completamente desvinculado de los derechos de las personas y superando (cuando no conculcando frontalmente) los principios esenciales de nuestro Derecho penal; y que sólo pueden considerarse típicos y antijurídicos aquellos comportamientos que conllevan peligrosidad real para el bien jurídico que se pretende salvaguardar.

Ahora bien, no puede obviarse que las dolencias psíquicas no surgen a raíz ni como consecuencia de una sola acción, puntual y/o súbita, sino que son producto de una situación de exposición reiterada a uno o varios factores dañinos en el entorno laboral. De igual modo, y aunque se identifican diversos estresores propiciatorios

18 Así: Demetrio Crespo, E.: «Tipicidad», en VV. AA., Curso de Derecho Penal Parte General, Ed. Experiencia, 3.ª edic., Barcelona, 2016, p. 214.

de estas dolencias, las mismas no vienen provocadas por un único factor, sino que son de etiología múltiple; de hecho, no es fácil diferenciar las enfermedades psíquicas derivadas predominantemente del trabajo de aquellas cuyo origen sea diverso, esto es, que vengan desencadenadas por una multiplicidad etiológica.

En esta tesitura, es manifiesta la incompatibilidad de la técnica de peligro concreto con el objetivo preventivo perseguido con la introducción del tipo penal que contempla el artículo 316 CP. Esta cuestión es abordada en la Memoria de la Unidad Especializada de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Fiscalía General del Estado, correspondiente al año 2023, planteando si para otorgar una (...) *adecuada y efectiva protección al derecho a que los trabajadores no vean perjudicada su salud en el desempeño de su actividad laboral no debería abarcar acciones que individualmente consideradas no sean idóneas para generar una puesta en peligro concreto, ya que se requiere la reiteración de un número indeterminado de ellas para que el trabajador contraiga la enfermedad o esté expuesto al peligro concreto de contraerla (...) toda vez que (...) Considerar cometido el delito de riesgo una vez que se han producido los primeros síntomas de una enfermedad profesional desnaturaliza el propio delito de riesgo, al no permitir que cumpla con su función de anticipación de la barrera de protección. Incluso en los supuestos en que el peligro se materializa en un resultado lesivo mediante la aparición de los síntomas de la enfermedad (resultados a “largo plazo”), la protección penal sería más efectiva mediante la configuración de un delito que contemplara la prohibición de una conducta abstractamente peligrosa, sin exigir la identificación de un instante donde la lesión es inminente —peligro concreto— (...).*

Esto es, un tipo que abarcara conductas que de un modo presunto se consideran ya abstractamente peligrosas para un determinado interés jurídico-penal, sin necesidad de que el tipo exprese que la conducta deba generar un determinado peligro para ese o esos intereses y sin que, por tanto, sea necesaria la demostración de tal estado de peligro en cada caso.

Ahora bien, ¿resulta conciliable con un Derecho Penal cuya función es la protección de bienes jurídicos y, por tanto, de represión de comportamientos que evidencien su lesividad para aquellos la imputación subjetiva de un hecho cuya peligrosidad no se constata en el caso concreto, sino que se da por supuesta a través de una presunción o de la existencia de una regla general de experiencia?

Y en el plano de la imputación objetiva, debe repararse en que para que una conducta resulte imputable al sujeto, será necesario que la misma genere un riesgo

jurídicamente desaprobado. Y no está jurídicamente desaprobado el riesgo que todavía se mueve dentro de los límites de lo permitido, lo que comportaría la exigencia de acreditar que el peligro, aun abstracto, sea real.

6. A modo de cierre

La salud mental en el mundo del trabajo –particularmente en los entornos digitalizados– ocupa el centro del debate. Los nuevos y cambiantes contextos laborales y las exigencias psíquicas que imponen para la población trabajadora, unidas a otros factores diversos, exigen actuaciones legislativas en sede preventiva (evaluación de riesgos y medidas específicas adecuadas al tipo de riesgo) y en el ámbito de la tutela reparadora. La exposición a riesgos laborales novedosos, y en muchas ocasiones completamente desconocidos por lo que respecta a sus efectos, requiere reflexionar sobre la adecuación y efectividad reales de nuestra normativa preventivo-laboral vigente en cuanto a las nuevas condiciones laborales introducidas por la cuarta revolución industrial.

Estas nuevas realidades demandan una apuesta decidida por una prevención de riesgos laborales orientada a la salud integral de las personas, de lo que se deriva una incuestionable necesidad de modificar el modelo preventivo-laboral español, adecuando la legislación y el marco regulatorio en materia de salud laboral en materia de riesgos psicosociales y problemas de salud mental, toda vez que el mismo sigue anclado, prioritariamente, en la seguridad y la higiene industrial y otorga escasa atención a la psicología y a la ergonomía que, aunque difíciles de medir y gestionar, son clave en el trabajo digital y robotizado.¹⁹

El incremento de las enfermedades y trastornos mentales provocados por el trabajo, que a día de hoy no son reconocidas ni tratadas como profesionales, así como la gravedad de sus efectos, con bastante frecuencia incapacitantes e, inclusive, en muchas ocasiones, causa de suicidios, exige recodificar el concepto y contenido de la Salud Laboral²⁰ adaptándolo paralelamente al nuevo escenario tecnológico lo que implica una reconsideración de la propia definición legal de enfermedad derivada del trabajo en la que, superando la causalidad exclusiva,

19 Incluso, la propia Constitución Española en el art. 40.2 utiliza una terminología restrictiva cuando tipifica la obligación de los poderes públicos de velar “por la seguridad e higiene en el trabajo”, obviando la mención al aspecto salud.

20 Fernández Ramírez, M: *Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. en especial a la luz de los nuevos retos 4.0*. TEMAS LABORALES núm. 153/2020. Págs. 101-144.

sitúe el elemento determinante en la prevalencia de los agentes laborales en el origen de la dolencia psíquica (o psicofísica) padecida por la persona trabajadora.

De otro modo, no hay garantía de que el Derecho del Trabajo se mantenga fiel a su tradicional función de proteger a los trabajadores frente a los nuevos desafíos laborales y, por ende, preventivos.

7. Bibliografía

- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Observaciones sobre el sistema normativo de tutela de los riesgos psicosociales en clave de género: por un enfoque transversal e integrador”. Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 10 (2024): 13-33.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Redescubriendo el lado humano de los riesgos globales y su proyección en la actualidad jurídico-laboral: cuidar cabezas y corazones sin descuidar carteras”. Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 437-428, 2019.
- EU-OSHA: Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025, 2018. <https://osha.europa.eu/en/publications/foresight-new-and-emerging-occupational-safety-and-health-risks-associated/view>
- MEGINO FERNÁNDEZ, DIEGO. (2023). “La formación como principio y fin de la acción preventiva frente a los riesgos psicosociales derivados de la digitalización y la automatización”. Lan Harremanak, 49, 115-154. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24829>).
- CASTRO TRANCÓN, N.: “Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género”, Lan Harremanak, núm. 44, 2020.
- GONZÁLEZ COBALEDA, ESTEFANÍA. (2021). *Nuevo reto de la gestión de riesgos psicosociales: el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad (offline, online), aun no siendo de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 461-462, 187-199.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO: “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”.

- MOLINA NAVARRETE, C.: *“La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el neotaylorismo digital en clave de pérdida de bienestar”*, en AA.VV (CORREA CARRASCO, y QUINTERO LIMA, M.G., Coords.): Los nuevos retos del trabajo decente: la *salud mental* y los riesgos psicosociales, Universidad Carlos III de Madrid, 2020.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ M., C.: *“Cómo se está legislando sobre riesgos psicosociales en el trabajo en la Unión Europea”*, en AA.VV (CORREA CARRASCO, y QUINTERO LIMA, M.G., Coords.): Los nuevos retos del trabajo decente: la *salud mental* y los riesgos psicosociales, Universidad Carlos III de Madrid, 2020.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J. *“Suicidio y trabajo: la insostenible realidad pendiente de una reforma inaplazable”*. Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO Volumen 11, número 3, julio-septiembre de 2023.
- JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ: *“Evaluar la carga de trabajo, prevenir el agotamiento profesional: ¿calidad de servicios públicos (justicia, salud, residencias) sin cuidar la salud mental de quienes los prestamos?”*, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF 461-462, 200-212.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *“La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos productivos: apunte sobre cuestiones pendientes”*, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, núm. 22, 2020, págs. 39 y ss.
- IGARTÚA MIRÓ, M.T.: *“Digitalización, motorización y protección de la salud: más allá de la fatiga informática”*, en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., Dirs.): Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital, Pamplona (Aranzadi), 2020, pág. 620.
- BUSTOS RUBIO, M.: *“Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal”*.
- MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: *“Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. en especial a la luz de los nuevos retos 4.0”*.



La inspección de trabajo y seguridad social en la vigilancia del cumplimiento del derecho digital del trabajo



Juan Pablo Parra Gutiérrez

Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Doctor en Derecho

Where do we go now, where do we go?

Guns n' Roses, Sweet child o' mine

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto dar una visión global de la realidad laboral a la que ya se someten las empresas españolas, en la que el empleo de herramientas de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente las alimentadas por algoritmos e inteligencia artificial, está alterando sustancialmente el desarrollo de las relaciones laborales.

Este entorno constituye un nuevo ámbito jurídico al que llamaremos “Derecho Digital del Trabajo”, el cual se compone de tres pilares fundamentales: la protección de datos de carácter personal, la inteligencia artificial y el Derecho del Trabajo. Este bloque normativo requiere una nueva forma de control del cumplimiento, en el que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá desarrollar sus funciones junto a la Agencia Española de Protección de Datos y la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial.

Sobre esta base, el presente artículo describe los elementos más relevantes de la economía digital y la Industria 4.0, y señala aquellas facetas de esta nueva forma de producción y su incidencia en el mundo del trabajo, para lo que presta atención a estas herramientas en la dirección y el control de la actividad empresarial y la gestión de los recursos humanos, así como a los riesgos laborales que se pueden presentar con mayor intensidad.

En la tercera parte del estudio se señalan las normas más importantes del Derecho Digital del Trabajo, y se detallan las obligaciones de mayor incidencia en las relaciones laborales para, a continuación, exponer el sistema público de control del cumplimiento de tales normas, caracterizado por la actuación de las tres entidades antes señaladas, que, en aras de la seguridad jurídica y la eficacia administrativa, deberá ser armoniosa y congruente.

El trabajo concluye con unas conclusiones.

1. Introducción

La Memoria General de la Inspección de Trabajo del año 1920 señala en el capítulo dedicado a la Séptima Región:¹

“Ya hemos citado lo que ocurre en los talleres del Ferrocarril del Norte, de Valladolid, donde se pagan altos salarios con jornada de ocho horas, merced a la perfección de sus máquinas y los irreprochables métodos del trabajo y su inmejorable organización.

Una de aquellas máquinas hace hoy siete tornillos y hace un año esa máquina, menos perfecta, sólo hacía uno en igual tiempo. Este salto de uno a siete es lo que permite la concesión de salarios altos”.

Esta referencia, una de cientos en las memorias generales, es muestra de la atención prestada desde su creación en 1906 por la Inspección del Trabajo a los avances tecnológicos y su repercusión en las relaciones laborales. La Inspección del Trabajo *estaba allí* cuando se generalizó el alumbrado eléctrico en España, cuando nació la aviación comercial, cuando se implantó la industria del automóvil y cuando se introdujeron los ordenadores como herramienta normal de trabajo.

En este primer cuarto del siglo XXI, la ahora Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) ha estado también presente y es parte activa, en cuanto a sus cometidos afecta, en la implantación y desarrollo de la llamada “economía digital”, concepto que podemos definir como el resultado de la incorporación efectiva de las tecnologías digitales de información y comunicación en el desarrollo de la actividad económica, sobre la base y posibilidades que ofrece internet². En gran medida, esta economía digital se identifica con la llamada “Revolución 4.0”, que es el resultado de “una combinación de diversas innovaciones en tecnologías digitales (robótica, inteligencia artificial, *cloud computing*, internet de las cosas, fabricación digital e impresión 3D) integradas en una cadena de valor global interoperativa que conecta los mundos físico y virtual”³, de manera que el mundo virtual se llega a fundir con las instalaciones fabriles⁴, conformando la Industria 4.0.

1 INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES. DIRECCIÓN GENERAL DEL TRABAJO E INSPECCIÓN: *Memoria General de la Inspección del Trabajo correspondiente al año 1920*, Sobrinos de la Suc. De M. de Minuesa de los Ríos, Madrid, 1922, pág. 181.

2 LÓPEZ, Ana M.: “El desarrollo de la economía digital en España: situación y retos postpandemia”, *Economistas*, núm. 172-173, 2021, pág. 246.

3 *Ibidem*, pág. 246.

4 CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo: “Economía digital e Industria 4.0: reflexiones desde el mundo del trabajo para una sociedad del futuro”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm.1, 2018, pág. 270.

Como hemos señalado, la Inspección del Trabajo estuvo ya en la segunda y también en la tercera revolución industrial. En esta cuarta revolución, la ITSS ha adoptado un papel activo desde una época temprana, prueba de lo cual es la actuación pionera a nivel mundial sobre las plataformas de reparto de comida en enero de 2018⁵.

A pesar de la atención que los medios de comunicación han prestado a las actuaciones inspectoras sobre las plataformas de reparto, consideramos que los cometidos de la ITSS en la Industria 4.0 no se agotan con el control del encuadramiento de los repartidores de esta clase de empresas como trabajadores por cuenta ajena. Por el contrario, una vez más la Inspección se abre a un nuevo tiempo para los métodos de producción y las relaciones laborales que los sustentan, que no dejan de ser una expresión más del nuevo vínculo que se ha establecido entre el ser humano, la máquina y aquello que podemos llamar *lo virtual*.

Precisamente, el objeto de este trabajo es dar una imagen de este nuevo entorno de producción y de relación entre las empresas y los trabajadores, desde la perspectiva de la vigilancia y control del cumplimiento de las normas, no sólo del orden social, sino de lo que se comienza a llamar “Derecho Digital del Trabajo”⁶, que completa el marco regulatorio social con otras ramas jurídicas, como son la protección de datos personales y la muy reciente normativa sobre inteligencia artificial. Desde la perspectiva administrativa, a la ITSS y a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), instituciones de control asentadas en este entorno, se suma la reciente Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA).

A tal fin, en primer lugar, expondremos qué elementos de esta nueva realidad tienen relevancia a efectos del cumplimiento de la legislación laboral; en segundo lugar analizaremos las principales normas del Derecho Digital del Trabajo, para terminar con ciertas ideas sobre cómo debe aplicarse esta legislación y ser supervisada por los distintos agentes implicados.

2. La nueva realidad en proceso

Nos permitimos abrir este apartado con una pequeña experiencia, que probablemente muchos hayan vivido también.

5 Un examen amplio de esta actuación puede encontrarse en la SJSO nº. 19 de Madrid nº 188/2019, de 22 de julio.

6 Este concepto aparece en MERCADER UGUINA, Jesús: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Conducir un coche eléctrico de penúltima generación tiene en cierta medida más de videojuego que de manejo de un artefacto mecánico; donde antes había agujas indicadoras ahora hay una *tablet* como la que algunos utilizarán para leer este trabajo. Una de las posibilidades que ofrecen estos vehículos es una asistencia de aparcamiento, en la que en la *tablet* aparece el coche visto desde arriba, acompañado de todos los detalles de su alrededor: columnas, otros coches y otros obstáculos que pueda haber.

Con esta representación del coche en la *tablet*, el conductor, para aparcar o desaparcar, sale de lo real, de sí mismo, se traslada a lo virtual y gobierna lo real desde lo virtual: el coche gira en función de las órdenes que le damos al ver nuestra posición en la pantalla; salimos de nuestro cuerpo para dirigirlo.

Como tecnología incorporada a un producto de consumo de masas, este asistente de aparcamiento de un coche estará probablemente obsoleto, si se compara con lo que hoy mismo estarán probando los fabricantes de coches y mucho más respecto a lo que en los próximos años nos encontraremos. Estos avances, como es evidente, no sólo se están produciendo en el mundo de la automoción, sino en todo lo que nos rodea.

2.1. Los tres pilares de la nueva realidad

Aunque la economía digital se nutre de innumerables elementos, a los que cada año se les unen más creaciones tecnológicas, a los efectos de este trabajo queremos destacar como pilares de esta nueva realidad a tres: los datos, el algoritmo y la inteligencia artificial.

El diccionario de la Real Academia define la informática como el “conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras”. La informática es la ciencia de la información, y el propio Diccionario señala que “dato” es una información sobre algo concreto, es decir, algo que podemos considerar como la unidad de información. El dato en sí o, mejor dicho, un solo dato, no vale para gran cosa, pero un gran número de datos explotables por algoritmos que los conviertan en información utilizable, como puede ser un perfil de usuario⁷, es un activo valioso. El dato

⁷ CEDROLLA SPREMOLLA, Gerardo: “Economía digital e Industria 4.0”, obra cit., pág. 273. Un perfil de usuario es la información de la que una empresa dispone de sus clientes. Un ejemplo puede ser el seguimiento que hace una plataforma de televisión de las películas y series que ven sus espectadores.

es el combustible para la máquina y el *big data* es el queroseno del algoritmo y de la inteligencia artificial.

El segundo elemento protagonista de este entorno digital es el algoritmo, que es un concepto que desborda las fronteras de la informática y de la matemática; un algoritmo es cualquier descripción precisa de los pasos que permiten resolver un problema determinado⁸, como por ejemplo lo son las instrucciones para montar un mueble. La incorporación de la informática al algoritmo permite que los problemas planteados sean más complejos y se puedan resolver en décimas de segundo.

En tercer lugar, el elemento que indudablemente marca esta nueva realidad es la inteligencia artificial, entendida como aquella rama de la informática que busca replicar la manera de pensar humana, pero valiéndose de la máquina, elemento que permite analizar cantidades ingentes de información a una velocidad desconocida⁹, tomando decisiones basadas en datos incompletos o inciertos, mientras emplea el razonamiento y el aprendizaje automático¹⁰. Es resumen, la inteligencia artificial busca pensar como una persona, pero “a la velocidad de procesamiento de un ordenador, con una mayor capacidad de memoria y análisis de un gran volumen de datos”¹¹.

A grandes rasgos, la diferencia entre el algoritmo y la inteligencia artificial es de alcance y capacidad: el primero es un conjunto de instrucciones precisas para realizar una tarea específica, mientras que la segunda engloba diversas técnicas y enfoques para simular a la mente humana. La inteligencia artificial se vale de algoritmos para ser inteligente, para aprender y tomar decisiones. Si el dato es el combustible de estos dos vehículos, el algoritmo sería un tren que puede llevarnos a una solución sobre unas vías de las que no se puede salir. Por su parte, la inteligencia artificial —o lo que esperamos de ella— se parecería más a un coche, a un todoterreno, pues tendría capacidad para llevarnos a una solución de manera libre, saliéndose de la autopista y entrando en caminos de tierra, si lo considera oportuno.

En el mundo del trabajo por cuenta ajena, veremos que, en primer lugar, cualquier relación laboral se asienta sobre unos datos que incluso son anteriores al nacimiento de ésta, los que presentan los candidatos a un empleo al enviar a la

8 MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: implicaciones jurídico-laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 142.

9 *Ibidem*, pág. 143.

10 ERCILLA GARCÍA, Javier: “Robots inteligentes y pérdida de empleo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 117, 2024, pág. 4/30.

11 MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: *Biometría y sistemas*, obra cit., pág. 107.

empresa su *curriculum vitae*. A estos datos se suman los que se aportan para celebrar el contrato de trabajo y, posteriormente, todos los datos derivados de la ejecución de este contrato, como la hora de fichaje de entrada y de salida, el número de llamadas atendidas en un *call center*, las ventas realizadas en unos grandes almacenes o las horas facturadas en un despacho de abogados, a los que podemos añadir aquellos datos nacidos en esta nueva era tecnológica, como los aportados por el GPS en una furgoneta de reparto o por un *wearable* llevado por un trabajador durante su jornada¹², a través del que la empresa sabe cuánto tiempo está parado o en movimiento, sentado o de pie.

Los algoritmos son conocidos en el mundo del trabajo por haber sido la herramienta de organización empleada por las plataformas de reparto, cuyo modelo de negocio, a través de trabajadores por cuenta propia y no por cuenta ajena, ha sido ampliamente cuestionado, e incluso objeto de una reforma de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en adelante, ET) y de una directiva europea¹³. El algoritmo en las empresas de reparto de comida tiene un problema que resolver: buscar al repartidor que en el menor tiempo posible recoja un pedido en un restaurante y lo lleve al lugar donde se encuentra el cliente.

En lo que se refiere a la inteligencia artificial en la empresa, su uso se está desarrollando en diversas áreas, como la atención al cliente, la traducción, la redacción de textos periodísticos o la realización de gestiones administrativas, que reducirán las tareas propias de algunas profesiones e incluso podrán eliminarlas, con una pérdida neta de ocupados en el mercado de trabajo¹⁴.

2.2. Ejemplos de esta nueva realidad

Sobre la base de los datos, los algoritmos y la inteligencia artificial, amén de algunos ingredientes más, son innumerables las utilidades que ya usamos todos, consciente o inconscientemente. Por su incidencia en el mundo del trabajo, queremos

12 Un *wearable* (de *wear*, "llevar" en inglés) es un dispositivo que portamos y que recoge datos de una actividad que realicemos. Un ejemplo es el reloj inteligente que toma datos de los pasos que hacemos al final del día.

13 Para dar respuesta a la situación de los trabajadores de plataformas de reparto se incluyó una disposición adicional vigesimotercera en la Ley del Estatuto de los Trabajadores mediante la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. A la Directiva de trabajo en plataformas nos referiremos más adelante.

14 ERCILLA GARCÍA, Javier: "Robots inteligentes...", obra cit., pág. 18/30.

destacar los llamados “robots de *software*” que, pese a su nombre, no son artefactos palpables, sino programas informáticos.

Cada vez es más difícil que una persona nos atienda cuando tenemos un problema con la empresa de electricidad, del agua o con cualquier otro servicio. Como primer filtro, las empresas colocan unos *asistentes*, representados por simpáticos dibujos animados en la web o por una agradable voz al teléfono, que intentarán darnos una solución al problema que tenemos, mientras evitan que ocupemos el tiempo de un asistente humano. Si el problema es sencillo, el mismo asistente nos solucionará el problema, si tenemos una cuestión complicada que resolver, antes o después el asistente nos remitirá a una persona real.

Pues bien, estos asistentes virtuales se llaman *chatbots*, y son programas o robots de *software* preparados para interactuar con personas de forma abierta y natural mediante conversaciones¹⁵, que pueden ser escritas (cualquier web de un banco tiene ya esta clase de ayudas) o habladas (Alexa, Siri...).

Otra herramienta de interés para este trabajo son los robots de automatización robótica de procesos (“RPA” por sus siglas en inglés). Estos programas no interactúan con personas sino con activos digitales, como hojas de cálculo o archivos de texto, que analizan para posteriormente tomar decisiones¹⁶. Los robots RPA pueden procesar facturas, confeccionar nóminas o leer *curricula*, tareas de las que queda liberado un trabajador humano.

Creemos que estos dos ejemplos, muy cercanos a la gestión diaria de las empresas y a nuestra experiencia como usuarios, ponen de manifiesto que, cuando hablamos de este entorno digital, no hablamos del futuro sino del presente, incluso ya del pasado reciente¹⁷.

2.3. ¿Hay motivos para preocuparse?

Estas nuevas aplicaciones de la informática nos fascinan, pero igualmente nos pueden aterrar. A diferencia de la máquina de hacer tornillos de Valladolid de 1920, en la que se podían adivinar tanto sus posibilidades como sus limitaciones —aunque pasara de uno a siete tornillos en un año, es muy probable que jamás superara los

15 MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: *Biometría y sistemas...*, obra cit., pág. 131.

16 *Ibidem*, pág. 131

17 Siri apareció en el año 2011, integrado en el iPhone 4.

diez—, la inteligencia artificial parece acelerar sus capacidades por semanas, sin que podamos definir una frontera clara para sus posibilidades, determinar hasta dónde puede llegar. Al pensar en esta ausencia de límites de la inteligencia artificial, antes o después a las personas de una generación concreta les vendrá a la cabeza el programa *Skynet*, del que surgió el musculado Terminator (1984)¹⁸.

En este horizonte sin límites podemos añadir como elemento de preocupante incertidumbre la intangibilidad y la incomprendibilidad de los procesos algorítmicos o de inteligencia artificial, de los que en gran medida sólo podemos controlar los datos que cargamos al programa y los resultados que nos aporta, sin llegar a comprender del todo por qué la máquina llega a una conclusión determinada, por qué el encargo lo asume el repartidor A y no el repartidor B, si el segundo estaba más cerca que el primero del restaurante.

Un ejemplo de la incomprendibilidad de estos sistemas son los llamados algoritmos predictivos. Esta clase de algoritmos no funciona sobre relaciones causales, sino que analizan una cantidad ingente de datos con el objeto de detectar correlaciones entre dos sucesos, correlaciones que las personas no llegamos a percibir, de tal manera que si un suceso A suele ocurrir unido a un suceso B, si se da B (aunque no exista una relación aparente entre A y B), el modelo señalará que existe una gran probabilidad de que A ocurra¹⁹.

Es la opacidad lo que puede y debe preocuparnos. El procesamiento de los datos, de nuestros datos, se somete a operaciones complejas que, voluntaria o involuntariamente, pueden estar sometidas a sesgos de quienes las dirigen. Estos sesgos pueden “quedar ocultos y permanecer sedimentados bajo el manto de la opacidad”²⁰, dejando ciegas a la injusticia, tanto a las personas afectadas como a las autoridades encargadas del cumplimiento de las normas correspondientes (laborales, fiscales, medioambientales...).

La opacidad del algoritmo tiene su máxima expresión en las llamadas “cajas negras”, programas en los que el modelo de aprendizaje es libre de evolucionar por sí, tan libre que ni la persona que lo ha creado sabe exactamente cómo está razonando la máquina²¹.

18 CAMERON, James (Director). (1984). *The Terminator* [Película]. Pacific Western; Hemdale.

19 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pág. 67.

20 BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier: “La paradoja de la transparencia en la IA: opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022, pág. 266.

21 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: *Inteligencia artificial...*, obra cit., pág. 78.

En gran medida, la preocupación que genera este nuevo entorno digital no sólo viene del lado de la tecnología, sino también del lado humano. La relación que tenemos con la máquina no es como la relación que tenemos con las personas; pensemos en las discusiones entre conductor y copiloto cuando el GPS señala una ruta que, por la experiencia de alguno de ellos, no es la mejor elección. La autoridad del dispositivo es capaz de imponerse a la vivencia del ser humano, incluso cuando propone una solución claramente errónea. Ante estas situaciones, al ser humano al final sólo le queda la satisfacción de decir “te lo dije” cuando el error se consume.

El recurso al modelo predictivo, al de la correlación entre sucesos, por muy extraña que sea, nos lleva a conformarnos con el qué de las cosas y no con el por qué²². Nos acomplejamos de lo limitado de nuestro cerebro frente a la máquina que procesa millones de datos por segundo con el resultado de, desconectándonos de nuestro sentido común²³, abstenemos de poner en cuestión sus decisiones. Es el llamado “principio de autoridad”, que nos lleva a aceptar sin espíritu crítico alguno lo que diga la inteligencia artificial²⁴.

En último lugar, y como se habrá podido intuir, un mal uso de las herramientas de trabajo vinculadas a esta nueva etapa no sólo puede llevar a incumplir las normas con mayor intensidad, rapidez y eficacia, sino que, y esto sí que merece preocupación, puede llegar a ámbitos de la propia intimidad hasta ahora inalcanzables. En concreto, el empleo de la biometría y el reconocimiento de emociones pueden alcanzar esferas que incluso desconocemos de nosotros mismos, la “intimidad de la intimidad”²⁵.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que es prudente controlar el algoritmo y la inteligencia artificial antes de que éstos nos controlen a nosotros. En el mundo laboral existen una serie de ejemplos que creemos necesario exponer.

22 *Ibidem*, pág. 66.

23 *Ibidem*, pág. 31.

24 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, 2020, pág. 8/53.

25 MERCADER UGUINA, Jesús: “El big bang de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 2, 2024, pág. 5.

3. Situaciones de riesgo de la nueva realidad en el mundo del trabajo

El trabajo, como factor fundamental para la producción de bienes y servicios, es un ámbito en el que esta nueva realidad digital se ha desplegado con amplitud y es previsible que lo haga aún más. En el ejercicio de sus funciones de organización, dirección y control, el empresario puede establecer diversas herramientas algorítmicas o de inteligencia artificial. Precisamente la necesidad empresarial de adoptar herramientas novedosas que aumenten la productividad, unida a la facultad de imponerlas a su plantilla, hacen del mundo laboral un espacio especialmente favorable para la implantación de estas tecnologías.

Como hemos expresado en el apartado anterior, estas tecnologías —como todas— acarrearán una serie de riesgos, de los que extraemos los más relevantes en el ámbito de las relaciones laborales.

3.1. Discriminación en la selección y contratación

El proceso de selección para un puesto de trabajo puede tener miles de candidatos si la empresa lo ha publicitado en redes sociales. Ante la avalancha de *curricula vitae*, la mejor opción, si no la única viable, es el empleo de un robot de software del tipo RPA que lea los documentos enviados por los candidatos y haga una primera criba.

El grado de implicación del algoritmo en este proceso de selección dependerá de lo que decida el empresario. Así, cabe una mera conexión, un apoyo a la decisión o que una persona asuma una decisión dictada por el robot²⁶. En todo caso, la máquina no hará sino lo que la persona que dirige el proceso de selección le pida; evidentemente, si esta persona pide al programa que descarte a mujeres, a mayores de 40 años o a personas aficionadas a la pintura, nos encontraremos ante una discriminación directa.

Debemos en este sentido incidir, tanto en lo referido a la selección de personal como en las demás decisiones derivadas del algoritmo o la inteligencia artificial,

26 PEYRONNET, MARIE: "El uso de algoritmos y la inteligencia artificial en la selección de personal: ¿una ocasión para eliminar la discriminación?" en MOLINANAVARRETE, Cristóbal (Dir.); VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa (Dir.) y GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía (Coord.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una Industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021 pág. 235.

que la decisión de seleccionar²⁷, como la de dar un turno de trabajo o de despedir, es de la empresa, no del programa informático empleado.

Más peligrosa y habitual en la inteligencia artificial es, a nuestro entender, por poder pasar inadvertida, la posibilidad de que un programa RPA amplifique discriminaciones indirectas²⁸, esto es, aquellas situaciones en las que, por aplicación de un criterio aparentemente neutro, se sitúa a personas de diversos colectivos en situación de desventaja frente a otras. La aparente neutralidad del programa RPA puede dar lugar a casos en los que un dato aparentemente inofensivo expulse de manera discriminatoria a varias personas de un proceso de selección.

Ejemplos de esta discriminación indirecta pueden ser circunstancias personales que se consideran imprescindibles para que un candidato continúe en un proceso selectivo, tales como el domicilio o la universidad donde se hayan realizado los estudios, que pueden poner de manifiesto la capacidad económica del aspirante. Aún más, si tomamos como patrón para la selección a las personas que ya prestan servicios de manera satisfactoria en la empresa, podemos estar eliminando aspirantes que por razón de sexo²⁹, estudio, aficiones o por problemas de salud a lo largo de su vida, no encajan con este perfil. Evidentemente, si la referencia para futuras incorporaciones es lo que ya hay en la empresa, el sesgo continuista provocará un amplio abanico de discriminaciones indirectas basadas en algo tan neutro como pensar que la empresa funciona muy bien con la gente que ya trabaja en ella.

Otra de las formas de llevar a cabo procesos de selección por las empresas es la realización de juegos por los candidatos, juegos más cercanos a un videojuego que a un juego de rol, en los que la capacidad de reacción puede ser determinante para obtener una buena puntuación. Estas técnicas de selección pueden afectar a quienes no tengan habilidad suficiente con los videojuegos, como pueden ser personas con discapacidad o de una edad en la que no es normal el empleo de esta clase de entretenimientos³⁰.

Bien sea por su capacidad para optimizar decisiones discriminatorias tomadas conscientemente, bien porque la supuesta neutralidad de la máquina nos haga

27 FABREGAT MONTFORT, GEMMA: "Procesos de selección algorítmica y discriminación", *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, 2024, pág. 133.

28 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: "Derecho del trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas", *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm. 37, 2024, pág. 124.

29 GINÉS Y FABRELLAS, Anna: "Analítica de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación", *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág 114.

30 *Ibidem*, pág. 112.

confiar en decisiones en el fondo injustas, la selección de personal es un campo en el que, por ser especialmente eficiente el uso de herramientas digitales, existe igualmente un riesgo de que se produzcan discriminaciones a gran escala.

3.2. Dirección y control de la actividad

Además de ser útiles para la selección de personal, las nuevas tecnologías también son un instrumento válido para dirigir las empresas, no sólo por su capacidad de repetir procesos, sino también por su potencial para aprender de la experiencia, redefinir reglas e, incluso, emanciparse de su creador³¹. Podemos así hablar de una “dirección algorítmica”, que combina inteligencia artificial con diversos tipos de aprendizaje, diversos niveles de intervención humana, y así ofrece una gran variedad de usos en el ámbito laboral³².

De esta manera, es un algoritmo quien decide qué repartidor va a atender un pedido de comida a domicilio, la ruta a seguir para entregar paquetes o las habitaciones de hotel que hay que limpiar. Además de fijar la tarea, el programa puede calcular el ritmo de trabajo, estimando cuánto se tarda en hacer una habitación o en atender una llamada en un *call center*³³. La máquina nos dice qué hay que hacer y en cuánto tiempo, con un posible efecto psicosocial que analizaremos más adelante.

Además de qué hay que hacer, el empresario puede delegar en el algoritmo o en la inteligencia artificial el control de la actividad, valorar cuánto y cómo hemos trabajado. Tras una gestión telefónica, atendida por una persona y no por un *chatbot*, es muy probable que nos pidan contestar a una breve encuesta de satisfacción, que no deja de ser una recogida de datos para el algoritmo de control de la actividad. En el caso de plataformas de reparto de comida, la sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social) nº 40/2020, de 17 de enero, señalaba como elementos controlados por la empresa:

“la fiabilidad del repartidor, definida por los responsables de la sociedad demandada como la disponibilidad real en los turnos asignados, la efectiva realización del servicio (esto es, si no había rechazado pedidos con carácter previo), el tiempo de respuesta en la entrega del pedido (esto es, la media del tiempo que tardaba en prestar el servicio) y la prestación de servicios en las horas punta [...]”

31 MERCADER UGUINA, Jesús: *Algoritmos e inteligencia...*, obra cit., pág. 80.

32 TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pág. 34.

33 *Ibidem*, pág. 43.

De tal manera que:

“En caso de una deficiente valoración se daba un periodo de preaviso de 30 días durante el que se observaba si se modificaba la conducta. En caso de no ser así la sociedad demandada podía dar de baja al repartidor de la aplicación y finalizar su colaboración con el mismo”.

El teletrabajo, por su propia naturaleza³⁴, sólo puede ser controlado mediante herramientas algorítmicas, algunas de las cuales llegan a basarse en el número de pulsaciones de teclado y ratón, en los correos enviados e incluso hacen fotografías a través de la cámara del ordenador³⁵ (y debemos recordar que el trabajador puede estar trabajando en la intimidad de su domicilio). Por otra parte, quienes tienen que ir al centro de trabajo para prestar sus servicios, pueden ser controlados fácil e intensamente a través de *wearables*³⁶.

3.3. Riesgos psicosociales de película

En la película “Tiempos modernos” (1936) Charles Chaplin³⁷, en su desesperación por seguir el ritmo de trabajo apretando tuercas, acaba engullido por la máquina, cuyas tuercas de los conductos interiores aprovecha para apretar también. Este ritmo es impuesto por el dueño de la fábrica, que ordena por una primitiva video-llamada al encargado de la cadena de montaje que incremente la velocidad de la cinta transportadora.

Como hemos señalado, una de las características de las herramientas digitales es la capacidad de procesar grandes cantidades de datos. Como nosotros podemos usar un reloj inteligente para salir a correr e intentar bajar nuestra marca en una carrera, la dirección algorítmica de la empresa, con todos los datos de los que dispone (incluyendo en su caso los aportados por *wearables*) puede también intentar que cada uno de nosotros, y toda la plantilla, batamos nuestro récord trabajando y, cuantas más veces lo batamos, mejor. A diferencia de Charlot, que para no perder la tarea se acababa metiendo en las tripas de la máquina, nada impide al sistema que, una vez terminado el tiempo asignado a la tarea, ésta desaparezca de la pan-

34 El art. 2 b) de la Ley 10/2021, de 9 de julio, *de trabajo a distancia*, define el teletrabajo como el trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

35 TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Algoritmos productivos...*, obra cit., pág. 47.

36 *Ibidem*, pág. 47.

37 CHAPLIN, Charles. (1936). *Modern Times* [Película]. United Artists.

talla sin que se pueda retomar posteriormente³⁸, o se nos vaya haciendo una bola de nieve de tareas pendientes. Dado el menor control que, teóricamente, existe sobre el teletrabajador, la imposición en el trabajo a distancia de un ritmo de trabajo especialmente elevado *por si acaso*, como compensación a ese menor control respecto a un trabajador presencial, puede ser, en nuestra opinión, un terreno especialmente propicio para estas prácticas.

Estas situaciones, que olvidan el principio preventivo de adaptar el trabajo a la persona, ordenado por el art. 15.1 d) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales* (LPRL), evidentemente aumentan la presión y el estrés de los trabajadores.

En una escena de la película “La clase obrera va al paraíso” (1971)³⁹, un supervisor con una hoja de tiempos reprende a un operador de máquina el que trabaje sentado, porque así sólo produce la mitad de lo esperado. Éste le contesta a gritos que padece de la próstata y que, si trabaja de pie, tiene que ir más veces a orinar. Hoy en día, este trabajador recibiría un correo electrónico o un mensaje en el *wearable* que lleve, advirtiéndole de su escaso rendimiento y, bien no podría dar las explicaciones sobre su trabajo, bien debería darlas a un *chatbot*. La implantación de estas herramientas de gestión está haciendo desaparecer a los mandos intermedios y supervisores⁴⁰, con lo que ya no hay jefe con quien comunicarse o, directamente, discutir.

De nuevo en “Tiempos Modernos”, Charles Chaplin para un momento su trabajo en la cadena de montaje para, con la excusa de ir al baño, fumar un cigarrillo. A la segunda calada, en una pantalla aparece el dueño de la fábrica y le grita que vuelva a su puesto. En gran medida esto es hoy perfectamente posible, incluso sin la necesidad de llamadas de atención ni cámaras, pues basta la mera conciencia del trabajador de que su trabajo está milimétricamente controlado por datos recogidos y analizados por el algoritmo. El control de la actividad desarrollado por “sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el control informático de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real; el seguimiento de los

38 TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Algoritmos productivos...*, obra cit., pág.102.

39 PETRI, Elio. (1971). *La classe operaia va in Paradiso* [Película]. Eurointer.

40 TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN: “Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras”, en MOLINANAVARRETE, Cristóbal (Dir.); VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa (Dir.) y GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía (Coord.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una Industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 362.

correos electrónicos y de las navegaciones por internet”, nos lleva a una empresa panóptica⁴¹, en la que nada escapa al control de la inteligencia artificial.

Un control constante e invasivo, una *presión en toda la pista*, puede dar lugar a situaciones de tecnoestrés o burnout⁴², más cuando el programa evaluador no es capaz de diferenciar con claridad qué depende del trabajador y qué no depende del trabajador⁴³. En este sentido, un estudio realizado a conductores de una plataforma en Estados Unidos revelaba que el algoritmo bajaba la calificación de las conductoras cuando éstas, por razones básicas de seguridad, rechazaban peticiones de transporte por la noche de usuarios varones que no tuvieran foto en su perfil⁴⁴; vemos así que un argumento razonable de seguridad podía perjudicar la valoración de las conductoras.

3.4. Biometría y reconocimiento de emociones

Desde hace años, es un gesto frecuente colocar el móvil delante de nuestra cara para que, al reconocer nuestro rostro, el aparato se desbloquee o se abra alguna aplicación. Gracias a la biometría, esto es, al reconocimiento de una persona por una serie de rasgos (huella, voz, rostro) evitamos tener que teclear la clave.

En el ámbito laboral también es posible simplificar procesos gracias a nuestros datos biométricos. La cuestión central en este aspecto es si es necesario que el trabajador aporte datos biométricos para desarrollar operaciones tan simples como fichar al inicio y al final de la jornada. La trascendencia de los datos biométricos los clasifica como una categoría especial de datos personales, regulada en el art. 9 RGPD, con un tratamiento igual a los datos que revelen origen étnico o racial, opiniones políticas o datos genéticos, cuyo tratamiento queda en principio prohibido y subsidiariamente limitado a casos debidamente justificados. Por esta razón, el fichaje con la huella dactilar sin argumentos adicionales que justifiquen no poder usar medios menos invasivos es una práctica no permitida, por lo que deberá optarse por una medida de fichaje menos intrusiva⁴⁵.

41 MERCADER UGUINA, JESÚS: “Inteligencia artificial y relaciones laborales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, Núm. 2, 2024, pág. 1122.

42 TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN: “Prevención de riesgos laborales...”, obra cit., pág. 363.

43 *Ibidem*, pág. 364.

44 KYUNG LEE, Min; KUSBIT, Daniel; METSKY, Evan y DABBISH, Laura: “Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers”, *Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, Association for Computing Machinery, New York, USA, 2015, pág. 7/11.

45 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Guía sobre tratamiento de control de presencia mediante sistemas biométricos*, 2023, pág. 29.

Además de la restricción del uso de los datos biométricos, la inteligencia artificial, partiendo de los rasgos o la voz de las personas, es capaz de detectar emociones como la alegría, el dolor o el desagrado.

La empresa puede interpretar los gestos del trabajador y las emociones tras ellos para introducir mejoras en formación, teletrabajo, flexibilidad y planificación de objetivos⁴⁶. Más allá, si una empresa pudiera detectar señales de miedo, por ejemplo, cuando un trabajador de la construcción está en una zona insegura de una obra, podría responder rápidamente a déficits de seguridad o incluso a imprudencias del trabajador que le pudieran llevar a un resultado fatal.

El precio a que la tecnología pueda mirar dentro de nosotros mismos y entender qué nos está pasando es nuestra intimidad, o algo más profundo, la “intimidad de la intimidad”⁴⁷; que puede ser desvelada en nuestro centro de trabajo por una cámara como si del diván de un psiquiatra se tratara.

3.5. Nuevas tecnologías, viejos pecados

El empleo de las nuevas tecnologías y especialmente de la dirección algorítmica permite, por un lado, que la empresa disponga de un gran volumen de información, y por otro lado, que la empresa pueda procesar para diversos fines esa información. Es absolutamente ingenuo no pensar que estas capacidades se pueden poner al servicio del fraude laboral y permitir a la empresa que el engaño sea mayor, más fácil de cometer y más difícil de detectar por la autoridad que en el pasado.

Adicionalmente al uso de las tecnologías para cometer fraude, cabe la posibilidad de que sean las propias herramientas de *software* las que provoquen el incumplimiento, por ejemplo, llevando prolongaciones de jornada indebidas⁴⁸, si inducen al trabajador a realizar tareas más allá de la hora de salida del trabajo.

3.6. Tecnologías fuera de control

Como último elemento a tener en cuenta respecto a los riesgos de la aplicación de la dirección algorítmica y la inteligencia artificial, y en cierto modo el más preocupante, lo encontramos ante lo que podemos llamar *la tecnología fuera de control*.

46 MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: *Biometría y sistemas...*, obra cit., pág. 165.

47 MERCADER UGUINA, Jesús, “El big bang...”, obra cit., pág. 5.

48 MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: *Biometría y sistemas...*, obra cit., pág. 135.

Con ello nos referimos al antes expuesto principio o sesgo de autoridad⁴⁹, anclado en una fe absoluta en las decisiones que adopte la máquina y, por tanto, inapelables por el propio usuario del sistema de inteligencia artificial, aun en contra del más básico sentido común.

Merece igualmente atención en este apartado el llamado principio del “*garbage in, garbage out*” (basura dentro, basura fuera)⁵⁰, consistente en que la decisión que nos dé la herramienta tecnológica va a basarse en los datos que le demos, de manera que, si cebamos el sistema con datos inapropiados, por ejemplo con alguna clase de sesgo discriminatorio, el resultado será igualmente discriminatorio o, incluso, discriminatorio elevado a la máxima potencia.

De acuerdo con lo expuesto, creemos que la entrega incondicional a la tecnología, anulando todo sentido crítico, supone un riesgo humano tan peligroso como el que pueda provenir de la misma tecnología.

4. El “Derecho Digital del Trabajo”

Los apartados anteriores justifican la existencia de un bloque normativo que sienta las bases y los parámetros en los que estas herramientas digitales puedan desarrollarse en las relaciones laborales. Nos encontramos ante una realidad compleja, que abarca desde la formulación más genérica sobre derechos fundamentales hasta la regulación técnica más detallada, pasando por el Derecho del Trabajo y la protección de datos personales. MERCADER denomina, con gran acierto en nuestra opinión, este *puzzle* normativo “Derecho Digital del Trabajo”⁵¹, disciplina que se encuentra en plena conformación.

Apreciamos tres ramas principales del Derecho Digital del Trabajo, que coinciden con cada una de las tres principales autoridades encargadas del control del cumplimiento de las normas. Estas ramas son la protección de datos personales (AEPD), la regulación de la inteligencia artificial (AESIA) y, por supuesto, el Derecho del Trabajo (ITSS), todas ellas flotando en el éter de la protección de los derechos fundamentales.

Veamos las notas principales de cada una de estas ramas.

49 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Adecuación...*, cit.

50 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI: *Inteligencia artificial y neuroderechos...*, obra cit., pág. 76.

51 Es muy ilustrativo el título de la ya citada obra de MERCADER UGUINA, JESÚS: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, que, además de abordar el campo objeto de este trabajo, incorpora otros ámbitos, como es el de la Administración Pública laboral o las responsabilidades de los sistemas de inteligencia artificial.

4.1. Protección de datos

La virtud del algoritmo y de la inteligencia artificial es que son capaces de procesar una cantidad ingente de datos a altísima velocidad. Si los datos de los que se valen recogen información sobre una persona identificada o identificable, estos datos serán legalmente *datos personales*, de acuerdo con el art. 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE* (en adelante RGPD).

Cuando hablamos de dato de carácter personal en una relación laboral, la primera idea que nos asalta es la de los datos del encabezamiento del contrato como el nombre, el DNI o el número de seguridad social. Además de los señalados y precisamente porque son la materia prima de la dirección algorítmica y la inteligencia artificial, debemos considerar igualmente datos de carácter personal aquellos relacionados con la ejecución del trabajo, como pueden ser las horas de entrada y salida, las llamadas atendidas en un *call center* o las tuercas apretadas por *Charlotte*, si con ello es posible identificar a un trabajador concreto⁵².

Reconocidos como datos personales incluso aquellos ligados al desarrollo de una actividad laboral si con ellos se puede identificar a la persona que la realiza, el artículo 6 RGPD condiciona la licitud del tratamiento a que se cumplan ciertas condiciones, de las que extraemos para nuestro estudio cuatro: el tratamiento es lícito cuando el interesado da su consentimiento (apartado *a*), cuando es necesario para la ejecución de un contrato, en este caso de trabajo (apartado *b*), cuando se requiere para cumplir una obligación legal (apartado *c*) y cuando es necesario para la satisfacción de intereses legítimos (apartado *f*). Así, sólo será posible tratar los datos si concurre alguna de las circunstancias listadas⁵³.

Aunque pueda parecer que la forma habitual de justificar un tratamiento de datos es mediante la prestación del consentimiento (cosa que hacemos casi a diario

52 En este sentido, se considera dato personal la productividad obtenida por los trabajadores en una planta de procesamiento del cerdo ibérico y publicada para lograr una "sana competencia" entre los trabajadores. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, consulta 208522/2018.

53 De acuerdo con el art. 4.2 RGPD, tratamiento es *cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.*

para cualquier menudencia, con una mezcla de resignación e inconsciencia), el considerando 43 RGPD advierte de una circunstancia que anula este consentimiento: el caso en el que exista una situación de desequilibrio entre el interesado y el responsable del tratamiento, como es el caso de la relación entre el empresario y el trabajador.

En el marco de una relación laboral no existe garantía de que el consentimiento prestado por el trabajador sea libre, dada su dependencia del empresario, salvo cuando la denegación del consentimiento no tiene consecuencias adversas para el trabajador⁵⁴. De esta manera, en el ámbito laboral son condiciones preferibles para la licitud de un tratamiento, en función de cada caso concreto, la ejecución de un contrato, el cumplimiento de una obligación legal o el interés legítimo.

Los datos tratados al amparo de alguna de las justificaciones expuestas son empleados por las empresas, ya hemos visto, para la adopción de toda clase de decisiones. Cabe la posibilidad de que las decisiones sean tomadas por la herramienta informática sin que ninguna persona intervenga, es decir, sin que ningún humano pueda analizar la información y, en su caso, modificarla para evitar posibles sesgos⁵⁵.

El art. 22.1 RGPD reconoce el derecho de todo interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado cuando produzcan efectos jurídicos o afecten de manera similar a los interesados, como en el ámbito laboral puede ser algo tan sencillo como abonar una retribución adecuada al trabajo realizado⁵⁶. Este precepto recoge el llamado principio de “persona al mando”, en virtud del que no se puede ceder a los sistemas la autonomía absoluta para adoptar decisiones de trascendencia.

El mandato del art. 22.1 RGPD se matiza en el apartado 2, que establece la posibilidad de que los interesados se sometan a esta clase de decisiones cuando (i) sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el responsable del tratamiento y el interesado, (ii) esté autorizado por el Derecho de la Unión Europea o de los Estados miembros o (iii) el interesado haya dado su consentimiento explícito. Evidentemente, de esta terna de opciones, la más adecuada al desa-

54 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29: “Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo”, adoptado el 8 de junio de 2017, pág. 25.

55 BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María: “Obligaciones de transparencia y protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y protección social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág. 19.

56 *Ibidem*, pág., 19.

rollo de una relación laboral es la primera, la ejecución de un contrato, si bien dicho argumento no puede constituir un cheque en blanco para introducir de forma generalizada las decisiones automatizadas; esta posibilidad sería válida sólo para decisiones de mera gestión⁵⁷.

Para compensar la opacidad que pudiera existir en el proceso de gestión de los datos aportados, el responsable del tratamiento (art.12 RGPD) debe informar al interesado sobre las condiciones en las que se realizará el tratamiento de datos. En lo que se refiere a los datos que el empresario puede aportar a la representación legal de los trabajadores (RLT) con respecto al RGPD y demás normas en la materia, debemos estar a la jurisprudencia nacional; en España el empresario puede facilitar a la RLT, sin necesidad de consentimiento del interesado, los datos sobre retribución, productividad e incentivos, boletines de cotización o elecciones sindicales, mientras que la entrega de la copia de la nómina, de información sobre el domicilio o la evaluación de los trabajadores exige que el interesado preste su consentimiento⁵⁸.

4.2. Protección de datos evolucionada: la Directiva de trabajo en plataformas

Como hemos manifestado al principio de este epígrafe, el Derecho Digital del Trabajo se encuentra en una primera etapa de definición de límites externos y también internos.

En este marco de evolución, en verano de 2024 se publicó la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, *relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas* (conocida como “Directiva de trabajo en plataformas” o DTP). Además del establecimiento de una presunción de laboralidad de los trabajadores al servicio de estas empresas (capítulo II), el capítulo III de la norma viene, en nuestra opinión, a ser un ensayo controlado de laboralización de determinadas normas de protección de datos personales. Con “laboralización” nos referimos a la adecuación de las normas en materia de protección de datos a la específica realidad de las relaciones laborales.

En este sentido, el art. 1 DTP describe su objeto como la *mejora de las condiciones laborales y la protección de datos personales* en las plataformas, para lo que debe tenerse en cuenta que la base jurídica de la DTP es, en primer lugar, el artículo 153

57 *Ibidem*, pág. 20.

58 *Ibidem*, pág. 16.

TFUE⁵⁹, que es un artículo que se encuadra en el bloque de Política Social, y sólo en segundo lugar la DTP hace referencia al 16 TFUE, garante de la protección de datos.

Decimos *ensayo controlado* porque su ámbito de aplicación se limita precisamente a las *plataformas digitales de trabajo* (art. 1 y 2.1 DTP) y no a todas las empresas. Cierto es que esta clase de empresas tiene un componente tecnológico grande, pero en absoluto menor que el de otras empresas tradicionales (bancos o empresas de energía, por ejemplo) que también pueden ser intensivas en medios digitales.

¿Y por qué se laboraliza la protección de datos en la DTP?

Las plataformas digitales pueden ser consideradas las *caricaturas* de la economía digital, en el sentido de que estas organizaciones exageran los rasgos más definitorios de esta nueva etapa de la economía. Partiendo de un modelo de negocio novedoso en lo referente al uso de algoritmos e inteligencia artificial, el considerando 8 de la DTP señala las dificultades para que los trabajadores, su representación legal e incluso las autoridades laborales, puedan acceder a información relevante sobre el algoritmo empleado, más si (considerando 9) la empresa opera en varios Estados, problemas a los que la Directiva pretende dar solución.

La Directiva de trabajo en plataformas va un paso más allá del art. 22 RGPD, en tanto el art. 7 DTP prohíbe sin excepción que las plataformas, mediante sistemas automatizados de seguimiento o decisión, traten datos personales sobre estado emocional o psicológico, conversaciones privadas, datos de la actividad fuera de la plataforma, datos relativos al ejercicio de derechos fundamentales, con expresa referencia a los relacionados con la representación colectiva de los trabajadores, datos sobre origen racial, étnico, opiniones políticas y datos biométricos, entre otros. El apartado 3 de este artículo subraya que esta prohibición también se aplica cuando se *utilicen sistemas automatizados que adopten o respalden decisiones que afecten de alguna manera a personas*, esto es, incluso cuando la decisión tenga un alto componente de decisión humana, la prohibición seguirá en vigor⁶⁰.

En segundo lugar, la DTP incide en el principio de persona al mando, (art. 10.5), por cuanto aquellas decisiones que restrinjan, suspendan o pongan fin a la rela-

59 Con el término base jurídica nos referimos al artículo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE, que justifica la aprobación de una norma. Se recoge en la primera frase de cualquier norma de Derecho derivado tras la expresión *Visto*.

60 TODOLI SIGNES, Adrián: "La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales", *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y protección social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág. 36.

ción de un prestador de servicios a la plataforma o causen un perjuicio a éste deberán ser adoptadas por un ser humano.

En tercer lugar, la DTP amplía el ámbito de la transparencia no sólo a los interesados en términos de protección de datos, sino también a la RLT. Si en el ámbito de los datos personales la relación de transparencia es bilateral (interesado-responsable del tratamiento), en el trabajo en plataformas entra en juego la RLT. Así, el artículo 9 de la DTP encomienda a los Estados que exijan a las plataformas que informen a las personas que les prestan servicios, a la representación de los trabajadores y, si así lo solicitan, a las autoridades competentes, información sobre los sistemas de seguimiento, de toma de decisiones. Esta información *se presentará de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo* (art. 9.2 DTP).

En materia de información a la RLT debemos recordar que la llamada “Ley Rider” española, a la que ya hemos hecho referencia, añadió un apartado d) en el art. 64.4 ET, aplicable a empresas de todos los sectores, para que esta entidad fuera informada *de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*.

Como conclusión a las normas sobre protección de datos, tanto en general como de plataformas, podemos afirmar que la relación entre empresario o responsable del tratamiento y trabajador o interesado se asienta sobre los principios básicos de licitud de los datos (justificación de su entrega), limitación de decisiones automatizadas y transparencia (información sobre el tratamiento de datos) que, en el caso de plataformas, puede ampliarse tanto en el contenido (el algoritmo) como en los receptores (la RLT).

4.3. El Reglamento de Inteligencia Artificial

El trípode del Derecho Digital del Trabajo se completa con la normativa sobre inteligencia artificial, de la que su principal exponente es el llamado Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA), aprobado en junio de 2024⁶¹.

61 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

Frente a quienes critican la actitud de la Unión Europea respecto a la innovación y ponen esta norma como ejemplo de freno al desarrollo, podemos afirmar que, gracias al RIA, desde febrero de 2025 en la Unión Europea está prohibido utilizar sistemas de inteligencia artificial que, mediante técnicas subliminales, hagan cambiar de opinión a quienes piensan que la Unión Europea es un Saturno legislativo que no debería regular la inteligencia artificial. En el resto del mundo es perfectamente legal, o alegal, realizar esta clase de prácticas. Lo expuesto no deja de ocultar que, dada la novedad de la materia y la ausencia de precedentes, la innovación en la elaboración de la norma también ha sido grande⁶², y esperemos que además sea acertada.

El RIA es una norma muy larga y muy complicada. Además de abordar una materia difícil e introducir nuevas figuras jurídicas, creemos que la complejidad *de fondo* trae su causa en que la norma mezcla en su articulado los requisitos técnicos y condiciones de los sistemas de IA con la utilización que se haga de los mismos.

Una de las facilidades del marco europeo de prevención de riesgos laborales es que, por un lado, nos encontramos normas de fabricación y comercialización de los equipos y materiales y, por otro lado, se regula, estrictamente desde la prevención de riesgos laborales, la utilización de los mismos. Esta separación hace que el usuario del equipo tenga un esquema normativo claro y sepa dónde acudir para utilizar los equipos con seguridad. Los que vemos un gran paralelismo entre los sistemas de inteligencia artificial y los equipos de trabajo creemos que una norma exclusivamente dirigida a los usuarios finales de esta clase de herramientas haría más comprensible —especialmente para las PYMES— y, en consecuencia, más segura, la utilización de esta clase de tecnologías. En los siguientes párrafos intentaremos destilar lo importante del RIA para el mundo del trabajo.

En primer lugar, como se acaba de señalar, la norma regula tanto la actividad del fabricante como la del usuario que utiliza la inteligencia artificial en la gestión de su empresa. Pues bien, de acuerdo con esta norma el empresario será el “responsable del despliegue” (art. 3.4 RIA), esto es, *la persona física o jurídica, o autoridad pública, órgano u organismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad*.

Las restricciones y obligaciones que el RIA fija para los sistemas de inteligencia artificial se efectúan en función del riesgo que éstos puedan revestir para diversos aspectos individuales y sociales, entre otros, para la seguridad, la salud o los dere-

62 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “Derecho del trabajo...”, obra cit., pág. 128.

chos fundamentales; el contenido y la exigencia de la norma se adapta a la intensidad y el alcance del riesgo que pueda revestir cada sistema (considerando 26). Sobre esta base, existen cuatro niveles de riesgo en la norma⁶³: el riesgo inaceptable (por ejemplo, un sistema de puntuación social), el alto riesgo (las herramientas de concesión de préstamos), el riesgo limitado (*chatbots*) y el riesgo mínimo (spam de correo electrónico)⁶⁴.

Partiendo de este enfoque del riesgo, el art. 5 RIA prohíbe la realización de las prácticas de riesgo inaceptable, que son las más peligrosas o sencillamente perversas de esta nueva tecnología y que constituyen amenazas graves para nuestra identidad, intimidad o voluntad. En este grupo incluimos las ya mencionadas técnicas subliminales, la explotación de vulnerabilidades de personas discapacitadas o de edad, el seguimiento de comportamientos, etc. En lo que se refiere expresamente a las relaciones laborales, el artículo 5.1.f) RIA prohíbe *el uso de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad*.

Prohibidos los sistemas más peligrosos, el RIA baja un escalón y fija una regulación especial para los sistemas de alto riesgo, entre los que se encuentran, según el Anexo III.4:

- a) *Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos.*
- b) *Sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones.*

Con carácter general, el RIA establece dos obligaciones principales para los sistemas de alto riesgo. Por un lado, exige que el sistema se diseñe y desarrolle de forma que garantice un nivel de transparencia suficiente para el responsable del

63 COMISIÓN EUROPEA (2025): "Ley de IA", *digital-strategy.ec.europa.eu* [en línea], disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policias/regulatory-framework-ai> [consulta en febrero de 2025].

64 CONSEJO EUROPEO (2025): "Reglamento de Inteligencia Artificial", *consilium.europa.eu* [en línea], disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/artificial-intelligence/#rules> [consulta en febrero de 2025].

desarrollo (art. 13) y que el sistema asimismo se diseñe y desarrolle de modo que pueda ser supervisado por un ser humano (art. 14). Una vez más, llamamos la atención sobre que este mandato se despliega principalmente sobre quien crea el sistema de inteligencia artificial, y no sobre quien lo utilice.

Es también una obligación transversal la así llamada *alfabetización en materia de inteligencia artificial* que dispone el art. 4 RIA, en virtud de la cual, entre otros, los responsables del desarrollo —el empresario en nuestro caso— deberán garantizar que *su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA* tengan un nivel suficiente de alfabetización en este campo, *teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación y el uso previsible de la inteligencia artificial*. No podemos ocultar nuestro desconcierto ante el término “alfabetización”, si interpretamos que alfabetizar (enseñar a leer y escribir según la RAE) supone aportar unos conocimientos básicos, concepto que no tiene sentido si esta alfabetización ha de adaptarse a las circunstancias personales de quienes la reciban (que pueden tener una formación alta en la materia). Partiendo de esta indeterminación contenida en la norma, la alfabetización está llamada a ser uno de los elementos de controversia en el marco del Derecho Digital del Trabajo.

Es evidente que en un futuro cercano la mayoría de las empresas (o las gestorías de las PYMES) emplearán sistemas reconocidos como de alto riesgo para la gestión ordinaria de los recursos humanos. Las principales obligaciones de los responsables del despliegue de esta clase de herramientas son las siguientes (art. 26 RIA):

- Adoptar las medidas técnicas y organizativas que permitan cumplir las instrucciones de uso, redactadas conforme al artículo 13 RIA.
- Encomendar la supervisión humana (exigida por el art. 14 RIA) a personas físicas competentes (principio de persona al mando).
- Asegurarse de que los datos de entrada en el sistema sean pertinentes y representativos para su finalidad (evitación del *garbage in, garbage out*).
- Paralizar el sistema y comunicar la situación a los proveedores y autoridades cuando el sistema presente un riesgo.
- Conservar los archivos de registro generados por el sistema durante un período mínimo de seis meses, salvo que las normas europeas o nacionales en materia de protección de datos dispongan un plazo superior.

- Específicamente en el ámbito laboral, informar a la RLT y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a un sistema de alto riesgo. Evidentemente, consideramos que el mero aviso no es suficiente, sino que este deber de transparencia debe consistir en una explicación suficiente de cómo y para qué se está empleando un sistema de inteligencia artificial.

En último lugar, los sistemas de inteligencia artificial de riesgo limitado llevan aparejadas ciertas obligaciones de transparencia tanto para el proveedor del sistema como para el responsable del despliegue (art. 50 RIA), mientras que las de riesgo mínimo quedan fuera de la norma⁶⁵.

Adicionalmente a lo expuesto, queremos llamar la atención sobre la obligación de conservación de los archivos condicionada a la normativa de protección de datos, prevista en el art. 26.6 del Reglamento. La relación entre el RIA y las normas sobre protección de datos es inescindible⁶⁶, especialmente en lo relacionado con la adopción de decisiones basadas en el tratamiento automatizado⁶⁷.

Todo lo expuesto, sin perjuicio de que (art. 2.11 RIA) *el presente Reglamento no impedirá que la Unión o los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores ni que fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores*. A este catálogo normativo podemos añadir la negociación colectiva, que ya ha emanado normas en España, como es el caso del XXV Convenio Colectivo del Sector de la Banca, que incluye diferentes previsiones en materia de protección de datos y su artículo 80.5 contempla expresamente la inteligencia artificial.

4.4. Las normas laborales

Más allá de la ya mencionada DTP y algunas experiencias de la negociación colectiva como la recién apuntada, no encontramos por ahora normas laborales que

65 CONSEJO EUROPEO (2025): “Reglamento de Inteligencia Artificial...”, *cit*.

66 MERCADER UGUINA, JESÚS (2024): “Los usos de alto riesgo en el ámbito laboral de la IA y la autocertificación”, *elforodelabos.es* [en línea], disponible en <https://www.elforodelabos.es/2024/05/los-usos-de-alto-riesgo-en-el-ambito-laboral-de-la-ia-y-la-autocertificacion/> [consulta en febrero de 2025].

67 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2024): “El Reglamento europeo de IA Y su afectación al mundo laboral”, en *grupo.us.es*, disponible en <https://grupo.us.es/wpr/2024/04/08/el-reglamento-europeo-de-ia-y-su-afectacion-al-mundo-laboral/> [consulta en febrero 2024].

conecten con intensidad el ámbito del Derecho del Trabajo con esta nueva realidad productiva y normativa.

En principio, todas las condiciones de trabajo, como potenciales receptoras de soluciones tecnológicas de gestión de los recursos humanos, son susceptibles de formar parte del Derecho Digital del Trabajo. Del abanico de condiciones de trabajo posibles en una relación laboral, creemos que unas serán más propicias para su tratamiento digital y, en consecuencia, también para el fraude a través de algoritmos e inteligencia artificial.

En primer lugar, dado que un algoritmo no hace sino más operaciones y más rápido que lo que una persona puede hacer a mano o con una hoja de cálculo, las condiciones de trabajo que requieren una gestión permanente y generan mucha información, tanto individual del trabajador como conjunta de la plantilla, son firmes candidatas a ser gestionadas por programas informáticos. Señalamos así al ET y a los convenios colectivos como primer elemento laboral del Derecho Digital del Trabajo.

Dentro de esta referencia genérica, probablemente las cuestiones de tiempo de trabajo (art. 34 ET) se conviertan en un campo en el que la inteligencia artificial sea de gran utilidad para solucionar complejos problemas de turnos, vacaciones o límites de jornada, amén de permitir, si para ello está diseñada la máquina y así se le ordena, ocultar excesos de tiempo de trabajo.

La seguridad y salud en el trabajo es un campo que con toda seguridad se va a beneficiar de la implantación de las tecnologías expuestas, como forma de llevar a cabo el deber general de protección contemplado en el art. 14 LPRL. En un futuro cercano creemos que será común el empleo de *wearables* que contribuyan a un mejor cumplimiento de las normas de seguridad y salud, tanto del lado del empresario como del trabajador.

En la otra cara de la moneda preventiva podemos encontrar el tecno-estrés⁶⁸, compuesto por un abanico de síndromes como la tecno-ansiedad, tecno-fatiga, tecno-adicción, sobrecarga tecnológica o invasión tecnológica como el primer riesgo destacado de la Industria 4.0. Dada la ausencia de una norma preventiva, europea o nacional, específica para el riesgo psicosocial, no digamos ya psicosocial en el ámbito tecnológico, la respuesta legal a estos riesgos deberá articularse a través de las obligaciones y principios generales de la LPRL.

68 TODOLÍ SIGNES, Adrián: "Prevención de riesgos...", obra cit., pág., 371.

En materia de derechos fundamentales, la garantía de igualdad y no discriminación tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo de la relación laboral, contemplada en el art. 4.2.c) y 17 ET, es un campo que ya hemos señalado como susceptible de verse afectado por una mala gestión de las herramientas de inteligencia artificial. Pero junto a la igualdad, creemos que debe señalarse también como derecho fundamental merecedor de especial atención el derecho a la intimidad y la consideración debida a la dignidad del trabajador previstos en el art. 4.2.e) ET. Como hemos expresado, con intimidad no nos estamos refiriendo sólo al acceso del empresario a comunicaciones del trabajador, a webs que haya visitado o a lugares a los que haya ido con un vehículo de la empresa con GPS, sino a técnicas que, mediante el reconocimiento de emociones, llegue a esferas de nosotros mismos que puede que ni conozcamos ni podamos controlar.

En último lugar, podemos señalar, como normas parte de este bloque laboral del Derecho Digital del Trabajo, el deber de información que a los trabajadores como tales (y no como interesados) y a la RLT, les es debido por las normas expuestas.

Si bien es posible garantizar un orden en esta primera etapa con principios generales e interpretación de las normas vigentes, es más que posible que los avances técnicos hagan necesaria la revisión de las normas en vigor, especialmente la LPRL y la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, LISOS)⁶⁹. En este sentido, recordamos que tanto el art. 88 RGPD a nivel nacional como el art. 2.11 RIA en los planos europeo y nacional contempla la posibilidad de adaptar las normas de protección de datos al ámbito laboral e incrementar la protección de los trabajadores frente a la inteligencia artificial. Además del caso del XXV Convenio de Banca, destacamos por su incidencia en los convenios colectivos venideros el V Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva de 2023, que establece previsiones en materia de control humano, seguridad y transparencia.

5. El control conjunto del cumplimiento del Derecho Digital del Trabajo

Kelsen afirma que “La finalidad del ordenamiento es, por tanto, motivar a los individuos, a través de la representación mental que éstos puedan hacerse del mal que les amenaza en caso de que se conduzcan de cierta manera, a comportarse justo

69 MERCADER UGUINA, Jesús: “Sistema de responsabilidades por el uso de la inteligencia artificial. Un enfoque integral”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y protección social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág. 216.

de la manera contraria”⁷⁰. La norma jurídica debe acompañarse de un mal consecuencia de su incumplimiento, y este incumplimiento debe ser constatado por una autoridad. Este principio general es trasladado al ámbito de la inteligencia artificial mediante el considerando 168 del RIA, cuando declara que *Se debe poder exigir el cumplimiento del presente Reglamento mediante la imposición de sanciones y otras medidas de ejecución.*

Si hay tres bloques en este Derecho Digital del Trabajo, a saber, protección de datos, inteligencia artificial y Derecho del Trabajo, existen igualmente tres autoridades vinculadas a cada uno de ellos para que las reglas de juego sean verdaderas normas jurídicas y no meros ejercicios éticos: la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA) y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Frente a estas tres entidades, encontramos dos sujetos con la cualidad de ser uno y trino: el primero de ellos es a la vez el responsable del tratamiento, el responsable del despliegue y el empresario, y el segundo de estos sujetos suma las cualidades de interesado, de persona afectada por sistemas de inteligencia artificial y de trabajador.

La aceleración de la actividad económica y las relaciones laborales, que han provocado la generalización del uso de la inteligencia artificial, abre un nuevo campo, también a las autoridades de control. En este contexto, podemos imaginar a las entidades señaladas en la escena de “Un horizonte muy lejano”⁷¹, en la que cientos de colonos norteamericanos compiten en una carrera a caballo para plantar su bandera en nuevas tierras. No dudamos de que la asignación de las distintas parcelas del Derecho Digital del Trabajo será más lógica, ordenada y pausada.

En la gestión de las relaciones laborales por el algoritmo, y especialmente por la inteligencia artificial, hemos señalado tres áreas, que ahora pretendemos visualizar para delimitar las competencias de actuación administrativa. Recuperamos en este punto el ejemplo del vehículo, en el que los datos serían el combustible, la IA sería el propio coche y la relación laboral el conductor, puesto que con esta comparación se pueden separar de una manera clara los componentes del Derecho Digital del Trabajo.

La autoridad encargada de los datos —el combustible que hace funcionar el algoritmo y la inteligencia artificial— es la AEPD, cuyo fundamento para actuar es el bloque de protección de datos personales, que en el presente trabajo hemos sim-

70 KELSEN, HANS: *Teoría pura del Derecho*, traducción de Gregorio Robles Morchón, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pág. 59.

71 HOWARD, Ron. (1992). *Far and away* [Película]. Imagine Films Entertainment; Universal Pictures.

plificado al referirnos sólo al RGPD, cuando son muchas otras normas, nacionales y europeas, las que han de ser tenidas en cuenta. A grandes rasgos, la AEPD será la encargada de controlar la licitud en la obtención y la gestión de los datos personales de los trabajadores, así como de la procedencia de aplicar decisiones automatizadas en los términos del art. 22 RGPD.

La autoridad encargada de los sistemas de inteligencia artificial —el vehículo— es la AESIA. Debemos señalar que, dada la complejidad del RIA que, insistimos, mezcla en una sola norma cuestiones de comercialización con la utilización de los sistemas por su usuario final (el responsable del despliegue), la AESIA es receptora de una inmensa actividad de control, tanto en lo que se refiere a la creación y comercialización de sistemas de IA como de la utilización de estos sistemas, tal y como se recoge en el artículo 4.3 e) de su Estatuto regulador⁷².

En tercer lugar, la ITSS es la autoridad encargada del control del cumplimiento de las normas del orden social (art. 1.2 Ley 23/2015, de 21 de julio, *Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*) que, en el ejemplo propuesto, sería el conductor del vehículo, quien, a través de la inteligencia artificial alimentada por el combustible de los datos, pretende llegar a algún lugar, a algún resultado (selección de personal, fijación de turnos, etc.).

Ante esta situación, por ahora sólo podemos dar unos trazos muy generales de lo que creemos que debe ser esta acción administrativa.

Si bien la AESIA es absolutamente nueva, la AEPD tiene ya a sus espaldas una carrera de más de 30 años, en la que no puede considerarse que hayan existido choques relevantes de competencia con la ITSS (que el año que viene cumplirá 120 años).

La cuestión fundamental es cómo se van a relacionar, a coordinar, estas tres instituciones para desarrollar un control eficiente (que altere lo mínimo el normal desarrollo de la actividad de las empresas) y coherente (en el que no existan ni superposiciones ni contradicciones). Es evidente que puede haber zonas de fricción, principalmente derivadas del solapamiento de las normas o de su interpretación. La zona común de las decisiones automatizadas en el mundo del trabajo, de la que pueden participar el art. 22 RGPD, el art. 7 DTP y 26 RIA, es un ejemplo de zona de posible colisión.

⁷² Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial.

Los avances vertiginosos que llegarán en materia de algoritmos y de inteligencia artificial van a hacer imposible que la normativa los pueda seguir⁷³. Sin perjuicio de la producción de normas que pudiera llevarse a cabo en un futuro cercano, creemos que lo fundamental ahora es, por un lado, definir los principios y criterios generales de actuación de una u otra autoridad y, por otro lado, fijar mecanismos de cooperación y solución de controversias.

Es necesaria así una tarea de deslinde competencial, principalmente por seguridad jurídica de los administrados, en tanto existe un riesgo de que idénticas conductas sean sancionadas por autoridades diferentes conforme a distintas normativas, o permitidas por una y prohibidas por otra. Esta situación es especialmente delicada si tenemos en cuenta los importes de las multas. La inteligencia artificial puede llegar a sancionar infracciones por 35 millones de euros o un 7 por ciento de la facturación (art. 99.3 RIA), el incumplimiento de las normas sobre protección de datos llega a los 20 millones y 4 por ciento del volumen de negocio (art. 83.4 RGPD), mientras que la humilde LISOS sanciona con un máximo de 983.736 euros en el caso de prevención de riesgos laborales (225.018 euros en materia de relaciones laborales).

Existe, pues, un riesgo de que se produzcan inhibiciones y solapamientos de actuación administrativa, así como la imposición de sanciones a pesar de existir una identidad de hechos, sujetos y fundamento, esto es, que se quebrante el principio de *non bis in idem*, recogido con carácter general en el art. 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público* y en lo referente a la actuación de la ITSS en el art. 3.1 de la LISOS.

El examen de la triple identidad exigida por el principio *non bis in idem*, en lo que se refiere a la ITSS, suele tener lugar en los casos de concurrencia del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal⁷⁴, o, en términos generales, respecto a cuestiones del mismo orden normativo⁷⁵. El tablero de juego que ahora se despliega es mucho más complejo. En él pueden existir varios sujetos (sí, por ejemplo, una empresa subcontrata servicios de IA), que realicen hechos que para cada ámbito del Derecho Digital del Trabajo tendrán sus propios matices y detalles

73 GARCÍA QUIÑONES, JUAN CARLOS: "Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente", *Temas Laborales*, núm. 167, 2023, pág. 85.

74 Valgan como ejemplo las STS (Social) n.º 771/2022, de 27 de septiembre y la STS (Social) n.º 872/2024, de 5 de junio.

75 Valgan como ejemplo las STC n.º 154/1990, de 15 de octubre, STC n.º 204/1996, de 16 de diciembre y la STC n.º 270/1994, de 22 de noviembre.

decisivos, con fundamentos diferentes. Creemos que la mera concurrencia de tres entidades de control en una realidad compartida no tiene por qué suponer ni la aplicación ni la exclusión automáticas del principio *non bis in idem*, sino que serán las características de los casos las que señalen hasta dónde puede llegar cada una de ellas.

En relación a esta concurrencia, el artículo 99.7 c) RIA fija un criterio sobre la aplicación del principio *non bis in idem*, en tanto dispone que *Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso concreto, se tomarán en consideración [...] si otras autoridades han impuesto ya multas administrativas al mismo operador por infracciones de otros actos legislativos nacionales o de la Unión, cuando dichas infracciones se deriven de la misma actividad u omisión que constituya una infracción pertinente del presente Reglamento.*

No queremos que el art. 99 RIA provoque una carrera entre autoridades como la de los colonos en “Un horizonte muy lejano” para ser la primera autoridad en sancionar una conducta. Insistimos en que la fijación de unos criterios generales y comunes, unidos a una necesaria coordinación administrativa, facilitarán el desarrollo de la necesaria actividad de control con plena eficacia y coherencia.

En este sentido, es pertinente traer a colación el Protocolo que en el año 2010 firmaron la Dirección General de Trabajo y la Comisión Nacional de Competencia⁷⁶, en virtud del que, cuando esta autoridad laboral, en el examen de legalidad de los convenios colectivos depositados, constatará posibles incumplimientos de la normativa de competencia, lo pondría en conocimiento de la Comisión para que analizara las cláusulas correspondientes y, en su caso, se efectuaran los oportunos requerimientos a la comisión negociadora. Será así de gran utilidad una herramienta similar de cooperación administrativa que facilite la comunicación entre autoridades, aporte seguridad jurídica a los operadores y garantice una actuación administrativa armoniosa y eficaz.

6. Conclusiones

Sobre la base de lo expuesto, cabe adoptar las siguientes conclusiones.

⁷⁶ Resolución de 1 de febrero de 2010, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia. BOE de 26.2.2010.

Primera.- La gestión de las relaciones laborales en un sentido amplio está cambiando sustancialmente por la implantación de algoritmos y de sistemas de IA. El modelo está en permanente y acelerada evolución y no podemos aventurar hacia dónde va a ir. Puede que dentro de unos años la única certeza que tengamos es lo que el monstruo de Frankenstein le dice a su creador: “Recuerda que me has hecho más poderoso que tú”.

Segunda.- En mayor o menor medida, todas las empresas ya entran en el terreno del Derecho Digital del Trabajo y cada vez irán dependiendo de más figuras de este bloque normativo. El Derecho Digital del Trabajo es una rama nueva del Derecho que es compleja y está en sus primeros pasos, con lo que no podemos descartar en el futuro la aparición de problemas interpretativos, de aplicación, o incluso problemas de enfoque de la política legislativa.

Tercera.- La implantación realizada de herramientas tecnológicas y algoritmos en la gestión del personal, así como el empleo cada vez mayor de la inteligencia artificial con una capacidad cada vez mayor, abre nuevas posibilidades a las empresas para desarrollar su actividad, pero también incorpora nuevos riesgos de incumplimiento de las normas de protección de datos, inteligencia artificial y laborales. La posibilidad de hacer más y más rápido incorpora también el potencial de defraudar más y más rápido. Por otra parte, la integración de herramientas tecnológicas que en gran medida marcan la pauta, cuando no interactúan directamente con el trabajador, acelera igualmente el riesgo psicosocial. En todo caso, como afirmaba San Juan XXIII, disintimos de ser “profetas de calamidades”: la inteligencia artificial va a mejorar nuestras vidas y nuestros trabajos, lo que no significa que el cambio vaya a ser fácil ni que estas tecnologías no vayan a ser utilizadas para fines ilícitos.

Cuarta.- Si desde los inicios de la era atómica esta fuente de energía estuvo controlada para evitar desastres, las futuras herramientas tecnológicas, especialmente las impulsadas por inteligencia artificial con un poder desconocido, requieren igualmente de una supervisión. Las Administraciones Públicas deben ser especialmente eficientes en el control para evitar contratiempos y parones que puedan afectar negativamente a la competitividad de las empresas. Para ello, las entidades encargadas de la vigilancia de las normas del Derecho Digital del Trabajo deben sentar unos principios claros de actuación que proporcionen seguridad jurídica a los administrados, acompañados de cooperación y diálogo que propicien una actuación administrativa eficaz y coherente.

7. Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, 2020.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Guía sobre tratamiento de control de presencia mediante sistemas biométricos*, 2023.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María: “Obligaciones de transparencia y protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y protección social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág. 8-25.
- BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier: “La paradoja de la transparencia en la IA: opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022, pág. 261-272.
- CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo: “Economía digital e Industria 4.0: reflexiones desde el mundo del trabajo para una sociedad del futuro”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm.1, 2018, pág. 261-297.
- ERCILLA GARCÍA, Javier: “Robots inteligentes y pérdida de empleo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 117, 2024
- FABREGAT MONTFORT, GEMMA: “Procesos de selección algorítmica y discriminación”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág. 131-152.
- GARCÍA QUIÑONES, JUAN CARLOS: “Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente”, *Temas Laborales*, núm. 167, 2023, pág. 75-126.
- GINÉS Y FABRELLAS, Anna: “Analítica de personas y discriminación algorítmica en procesos de selección y contratación”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág. 99-113.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29: *Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo*, adoptado el 8 de junio de 2017.
- INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES. DIRECCIÓN GENERAL DEL TRABAJO E INSPECCIÓN: *Memoria General de la Inspección del Trabajo correspondiente al año 1920*, Sobrinos de la Suc. De M. de Minuesa de los Ríos, Madrid, 1922.

- KELSEN, HANS: *Teoría pura del Derecho*, traducción de Gregorio Robles Morchón, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- KYUNG LEE, Min; KUSBIT, Daniel; METSKY, Evan y DABBISH, Laura: “Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers”, *Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, Association for Computing Machinery, New York, USA, 2015.
- LÓPEZ, Ana M.: “El desarrollo de la economía digital en España: situación y retos postpandemia”, *Economistas*, núm., 172-173, 2021, pág. 245-259.
- MERCADER UGUINA, Jesús: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MERCADER UGUINA, Jesús: “El ‘big bang’ de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 2, 2024, pág. 4-23.
- MERCADER UGUINA, JESÚS: “Inteligencia artificial y relaciones laborales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024, pág. 1114-1128.
- MERCADER UGUINA, Jesús: “Sistema de responsabilidades por el uso de la inteligencia artificial. Un enfoque integral”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y protección social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág 211-227.
- MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: implicaciones jurídico-laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- PEYRONNET, MARIE: “El uso de algoritmos y la inteligencia artificial en la selección de personal: ¿una ocasión para eliminar la discriminación?” MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (Dir.); VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa (Dir.) y GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía (Coord.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una Industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 231-258.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: “Derecho del trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm. 37, 2024, pág. 120-149.
- TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN: “Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras”, en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (Dir.); VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa (Dir.) y GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía (Coord.), *De la economía digital a la sociedad*

del e-work decente: condiciones sociolaborales para una Industria 4.0 justa e inclusiva, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 357-381.

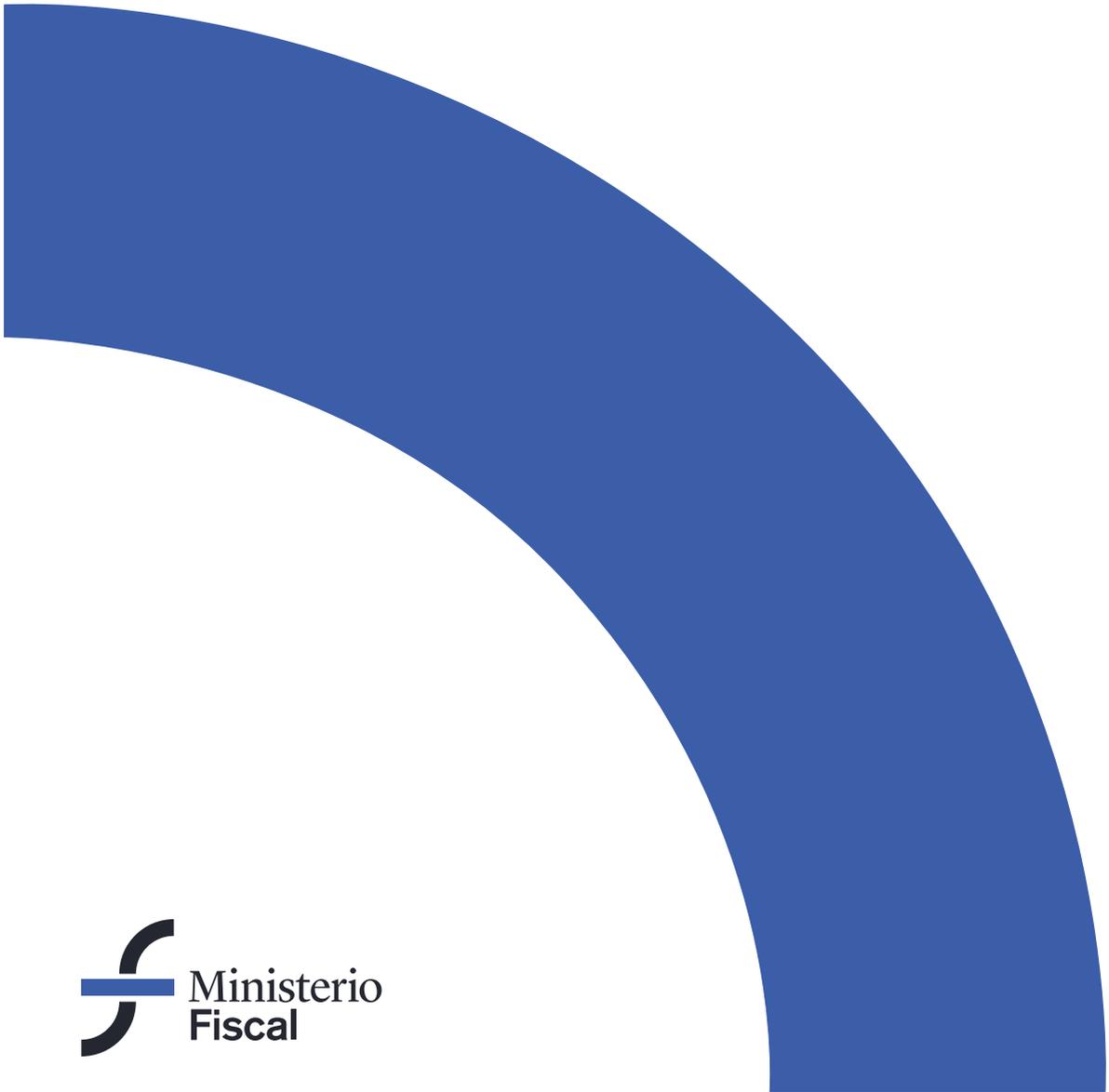
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- TODOLI SIGNES, Adrián: “La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y protección social*, vol. 5, núm. extraordinario, 2024, pág. 26-46.

Recursos web:

- COMISIÓN EUROPEA (2025): “Ley de IA”, *digital-strategy.ec.europa.eu* [en línea], disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policias/regulatory-framework-ai> [consulta en febrero de 2025].
- CONSEJO EUROPEO (2025): “Reglamento de Inteligencia Artificial”, *consilium.europa.eu* [en línea], disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/artificial-intelligence/#rules> [consulta en febrero de 2025].
- MERCADER UGUINA, JESÚS (2024): “Los usos de alto riesgo en el ámbito laboral de la IA y la autocertificación”, *elforodelabos.es* [en línea], disponible en <https://www.elforodelabos.es/2024/05/los-usos-de-alto-riesgo-en-el-ambito-laboral-de-la-ia-y-la-autocertificacion/> [consulta en febrero de 2025].
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (2024): “El Reglamento europeo de IA Y su afectación al mundo laboral”, en *grupo.us.es*, disponible en <https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/08/el-reglamento-europeo-de-ia-y-su-afectacion-al-mundo-laboral/> [consulta en febrero 2024].

Filmografía:

- CAMERON, James (Director). (1984). *The Terminator* [Película]. Pacific Western; Hemdale.
- CHAPLIN, Charles. (1936). *Modern Times* [Película]. United Artists.
- HOWARD, Ron. (1992). *Far and away* [Película]. Imagine Films Entertainment; Universal Pictures.
- PETRI, Elio. (1971). *La classe operaia va in Paradiso* [Película]. Eurointer.



Ministerio
Fiscal



Ya no se llora más sobre los libros: la evolución del concepto de acoso en el trabajo



Olga Suárez Herranz

Fiscal Jefa. Fiscalía Provincial de Cáceres

Resumen

El artículo analiza la evolución del concepto de acoso y violencia en el trabajo, que nació como una manifestación de comportamientos discriminatorios, pero que en la actualidad abarca todo comportamiento inaceptable con potencialidad de causar daño a las personas trabajadoras, y que, por tanto, es imprescindible identificar y evaluar preventivamente como un riesgo. Esta evolución ha culminado en el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que impone a los Estados y empleadores la obligación de prevenir el acoso en el trabajo, y en la Recomendación 206 de la OIT, que identifica las evaluaciones de riesgo como la herramienta más idónea para asegurar entornos de trabajo inclusivos, que incorporen a la organización, las tareas y las relaciones laborales la perspectiva de género, edad, discapacidad y vulnerabilidad.

El Convenio 190, que entró en vigor el 25 de mayo de 2023, y la Sentencia 56/2019, de 6 de mayo, del Tribunal Constitucional que configura el contenido constitucional del acoso moral en el trabajo, ofrecen una referencia sólida para integrar la fragmentación normativa del acoso y la violencia en el trabajo, reforzando la obligación de los empleadores, públicos y privados, de prevenir la violencia y la discriminación a través de las evaluaciones psicosociales y sus revisiones periódicas.

Este contexto brinda una oportunidad valiosa para enriquecer el protocolo de actuación del Ministerio Fiscal frente al acoso laboral en todas sus formas considerando nuestra especial organización interna y las consecuencias de nuestro trabajo de Servicio Público.

. “(...) Hay una mesa grande para todos los brazos
y una silla que gira cuando quiero escaparme.
Otro día se acaba y el destino era esto.
Es raro que uno tenga tiempo de verse triste:
siempre suena una orden, un teléfono, un timbre,
y, claro, está prohibido llorar sobre los libros
porque no queda bien que la tinta se corra”.
Ángelus. “Poemas de la oficina”. Benedetti, M.

1. Introducción

Cuando me conecto a internet, siempre me fascina ese pequeño test de humanidad en que consiste el *Captcha*¹. Imagino a los mecanismos automatizados enfren-tándose a su propia incapacidad de ser humanos, detenidos ante una ventana que les recuerda su inexistencia.

En el entorno laboral, nuestra humanidad no se mide con un test único, sino con la capacidad de crear espacios seguros y libres de violencia, para los que la preven-ción, la asistencia y la respuesta ante comportamientos inaceptables en el trabajo requieren mucho más que la voluntad individual de no hacer daño: exigen pautas claras, herramientas adecuadas y formación especializada.

Este artículo aborda deliberadamente el acoso laboral desde la perspectiva del Derecho Laboral y no del Derecho Penal, porque este último tiene un ámbito de aplicación propio, centrado en la sanción de conductas con una descripción típica clara, mientras que la normativa laboral brinda su protección más integral, orien-tada a la prevención y la protección de las personas trabajadoras antes de que sufran lesión de sus Derechos fundamentales.

No se puede arreglar lo que no se ve, ni se puede mejorar lo que no se comprende, y es que para una organización la ceguera es un riesgo mucho más difícil de con-jurar que el conflicto, dado que no tomar decisiones para proteger la salud en el trabajo es una decisión de ponerla en riesgo.

El artículo analiza la relación entre los riesgos psicosociales y la salud mental de las personas trabajadoras, destacando su impacto en el entorno laboral y la evolu-

1 *Completely Automated Public Turing test to Tell Computers and Humans Apart (prueba de Turing comple-tamente automática y pública para diferenciar ordenadores de humanos): Esas ventanitas que nos preguntan: confirme humanidad*

ción del acoso laboral en Europa, desde su origen como una forma de discriminación hasta su reconocimiento como una vulneración de derechos fundamentales con independencia de la motivación de la persona acosadora.

Es imprescindible analizar el Convenio 190 de la OIT y su influencia en la prevención del acoso y la violencia en el trabajo, así como su integración en el marco normativo nacional, con especial atención a las condiciones de trabajo seguras y las estrategias de prevención. Finalmente, se abordan las oportunidades que ofrece el Protocolo de Acoso del Ministerio Fiscal para fortalecer la protección frente a estos riesgos.

2. Los riesgos psicosociales y su impacto en la salud mental de las personas trabajadoras

*“(...) me meto en el atraso
Hasta cuando dios mío
como un viejo tornillo
como cualquier gusano
me meto en el atraso
y el atraso me asfixia”*

“lunes” En Poemas de la oficina – M. Benedetti

En 2003, la OIT³ definió la violencia en el lugar de trabajo como: *“Toda acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma”*.

De manera unánime se distingue entre violencia interna, que ocurre dentro de la organización, incluyendo a directivos y supervisores, y violencia externa, que involucra a clientes, proveedores u otras personas ajenas a la empresa, y con la misma unanimidad se comprende que las condiciones laborales, la organización de tareas, las responsabilidades, las relaciones dentro del trabajo pueden afectar gravemente la salud mental, influyendo en el bienestar emocional, la seguridad laboral y la dignidad de las personas trabajadoras.

2 Benedetti, Mario. "lunes" En Poemas de la oficina, Editorial Número, 1956. Montevideo pág.30.

3 OIT (Organización Internacional del Trabajo). *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*. Reunión de expertos para elaborar un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector de los servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente (8-15 de octubre de 2003). Ginebra: OIT, 2003.

El Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013 – 2030 de la Organización Mundial de la Salud⁴ (OMS) define la salud mental como un “estado de bienestar en el que el individuo realiza sus capacidades, supera el estrés normal de la vida, trabaja de forma productiva y fructífera, y aporta algo a su comunidad”. Evidentemente, el entorno laboral influye de manera determinante en este equilibrio.

El trabajo no es solo un medio para obtener ingresos, sino que es un espacio que puede proteger o amenazar la salud mental de las personas trabajadoras.

El impacto del entorno laboral no depende exclusivamente de factores individuales, sino también de la organización del trabajo, las relaciones laborales y la gestión de conflictos naturales en las relaciones, en el que cargas de trabajo excesivas, estrés prolongado o la falta de apoyo organizacional pueden generar ansiedad, depresión y otras alteraciones psicológicas, por lo que identificar todos los factores psicosociales que pueden convertirse en riesgos psicosociales es clave para garantizar ambientes laborales seguros y saludables.

El suicidio es una de las principales crisis de salud mental en el mundo. Según el Informe Mundial sobre Salud Mental de la OMS (2022), más de 720.000 personas mueren cada año por esta causa⁵, convirtiéndolo en una de las principales causas de muerte a nivel global, pero en la población joven (15-29 años), el suicidio es la tercera causa de fallecimiento. El tiempo de trabajo cuenta como tiempo de vida y diversos estudios han identificado que las condiciones laborales pueden agravar este riesgo, especialmente cuando las personas trabajadoras suman a otras circunstancias personales altas demandas emocionales, precariedad laboral o falta de apoyo psicosocial.

El mismo informe advierte que el riesgo de exclusión y afectación en la salud mental es mayor en grupos históricamente invisibilizados o discriminados, como mujeres, personas LGBTI, migrantes y personas con discapacidad, quienes enfrentan barreras adicionales para acceder a empleos dignos y garantizar la protección de sus derechos laborales.

Sin embargo, los riesgos laborales no solo afectan la salud mental, sino también la seguridad física. El estrés crónico, el insomnio y la ansiedad pueden generar

4 Organización Mundial de la Salud (OMS). *Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2030 [Comprehensive mental health action plan 2013-2030]*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2022. Pág.1.

5 Informe mundial sobre salud mental: transformar la salud mental para todos. Panorama general [*World mental health report: transforming mental health for all. Executive summary*]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022.

distracción, fatiga y errores de juicio, aumentando el riesgo de accidentes. Estos estados emocionales pueden derivar en accidentes laborales, problemas musculoesqueléticos y dificultades en la coordinación motora.

Los riesgos psicosociales también han cambiado con la digitalización del trabajo. La hiperconectividad, la disponibilidad permanente y la presión por la inmediatez han creado un nuevo escenario que requiere respuestas normativas. Consciente de esta realidad, el Parlamento Europeo en su Resolución sobre salud mental en el mundo laboral digital (5 de julio de 2022)⁶ señala claramente que los marcos normativos actuales son insuficientes para garantizar la salud y la seguridad de las personas trabajadoras en el entorno digital, y este nuevo espacio para la violencia y el acoso debe incorporarse a los Protocolos de acoso que pretendan responder con eficiencia a los nuevos riesgos para la salud de las personas trabajadoras.

La Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA)⁷ también es consciente de los desafíos emergentes en el mundo laboral y ha desarrollado la Estrategia 2025-2034 para mejorar la protección de la seguridad y la salud laboral frente a los efectos de la digitalización, el envejecimiento de la población y las implicaciones del cambio climático. Antes, la Comunicación COM (2017) 250 final de la Comisión Europea reconocía la necesidad de equilibrar la vida laboral y personal y mejorar la regulación del tiempo de trabajo como condiciones del *equitativo*⁸.

La identificación de los factores psicosociales, las condiciones de trabajo y la organización laboral con capacidad de influir en la salud mental de las personas trabajadoras es una de las finalidades clave de la evaluación de riesgos psicosociales y por ello la Unión Europea ha señalado la atención a los riesgos psicosociales como un objetivo prioritario dentro de su Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027.

Los datos aportados por las agencias europeas refuerzan la urgencia de esta cuestión: los problemas de salud mental afectan a 84 millones de personas en la

6 Parlamento Europeo. 2022. *Salud mental en el mundo laboral digital. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098(INI))* (2023/C 47/05). Bruselas: Parlamento Europeo.

7 La Agencia, que nació en 1994, tiene como objetivo proveer a las instituciones y la normativa de la Unión Europea, así como a los propios Estados miembros y, en general, a los actores involucrados en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, información técnica, científica y económica y experiencia cualificada en esta materia para mejorar el entorno laboral y la protección de la salud y la seguridad de las personas trabajadoras.

8 *Fair work*.

Unión Europea, y la mitad de las personas trabajadoras consideran que el estrés es habitual en su entorno laboral, afectando a ocho de cada diez directivos⁹.

En España, el informe "*Salud Mental en el Entorno Laboral*" de la Federación Salud Mental de la Comunidad Valenciana¹⁰ señala que entre el 11% y el 27% de los problemas de salud mental pueden atribuirse a condiciones laborales. Además, el estrés laboral es responsable del 30% de las bajas laborales y afecta al 80% de los directivos, lo que refuerza la urgencia de medidas preventivas eficaces. Estas cifras evidencian la magnitud del impacto que tiene el entorno laboral en la salud mental, justificando la urgencia de medidas preventivas eficaces.

3. La evolución del concepto de acoso en Europa, desde la discriminación hasta la protección de la seguridad y la salud en el trabajo

3.1. Los instrumentos normativos

Uno de los primeros instrumentos normativos que han servido para abordar el acoso en el trabajo ha sido la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984¹¹, *sobre la promoción de acciones positivas en favor de la mujer*. Este documento cuestionó abiertamente actitudes, comportamientos y estructuras sustentadas en la distribución tradicional de roles entre hombres y mujeres en el entorno laboral, denunciando su impacto en la dignidad de las trabajadoras e identificó la vía de protección de la dignidad en el trabajo.

El avance continuó con la Resolución del Consejo de 29 de mayo de 1990¹² sobre la protección de la dignidad en el trabajo. Este instrumento representó un punto de

9 Estos datos provienen de los últimos informes disponibles: años 2010 a 2014, en Federació Salut Mental Comunitat Valenciana. *Guía Salud Mental en el Entorno Laboral*. Valencia: Federació Salut Mental Comunitat Valenciana, 2023.pág. 33.

10 Federació Salut Mental Comunitat Valenciana. *Salud mental en el entorno laboral: Pequeña guía para promover la salud mental en el lugar de trabajo*. Valencia: Federació Salut Mental Comunitat Valenciana, 2023.

11 Consejo de las Comunidades Europeas. *Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 331/34, 19 de diciembre de 1984.

12 Consejo de las Comunidades Europeas. *Resolución del Consejo, de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n.º C 157, 27 de junio de 1990, 3-4.

inflexión al abordar, por primera vez de manera explícita, la necesidad de prevenir conductas sexuales inaceptables en el ámbito laboral. Este texto señala que cualquier comportamiento basado en el sexo que afecte a la dignidad de la persona trabajadora constituye una violación intolerable de sus derechos, singularmente cuando la conducta fuera indeseada, irrazonable y ofensiva; cuando la negativa o el sometimiento a esa conducta influyera en la continuidad en el empleo o las oportunidades de promoción profesional; o cuando creara un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona trabajadora.

Posteriormente, la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991¹³ fundamentó la prohibición del acoso con la defensa de la igualdad de trato y la no discriminación, estableciendo que este tipo de conductas constituyen una quiebra del principio de igualdad en el trabajo. Este enfoque consolidó la prohibición del acoso como una manifestación de discriminación y fortaleció su tutela dentro de los Derechos Fundamentales de las personas trabajadoras.

La regulación definitiva de la prohibición del acoso discriminatorio se produce con las Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000.

La primera garantiza el principio de igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico, mientras que la segunda amplía la protección contra la discriminación en el ámbito laboral por motivos de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Posteriormente, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, reforzó la protección frente a la discriminación por razón de sexo en el empleo, consolidando el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

El reconocimiento del acoso como una preocupación estratégica de la Unión Europea se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, *sobre el acoso sexual en la Unión Europea y el movimiento #MeToo*¹⁴, que destaca la magnitud de este problema y su impacto en las víctimas. El acoso es un fenómeno extendido, omnipresente y perjudicial en todos los ámbitos de la vida pública y privada y se subraya que el acoso sufrido en el trabajo constituye una

13 Comisión de las Comunidades Europeas. *Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n.º 49, 24 de febrero de 1992, 1-8.

14 Vid. Textos aprobados - Acoso sexual en la Unión y análisis del movimiento #MeToo - jueves 1 de junio de 2023, consultado a 1 de febrero de 2025.

vulneración de los derechos humanos y puede tener graves repercusiones en la salud física y psicológica de las personas afectadas, haciéndolas sentir incómodas e inseguras en su entorno laboral y, en muchos casos, impidiéndoles desarrollar su labor con normalidad. La resolución también incide en la importancia de abordar la ciberviolencia en el ámbito laboral, dado su impacto en la salud mental de las víctimas y la necesidad de adoptar medidas para erradicar este fenómeno.

El actual Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027¹⁵ Si bien mantiene el enfoque tradicional sobre la discriminación laboral, también amplía su alcance al reconocer otras formas de violencia y acoso en el entorno laboral, incluso cuando no están motivadas por discriminación¹⁶.

En su discurso sobre el estado de la Unión de 2023, la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von der Leyen, enfatizó la necesidad de que la Unión Europea garantice entornos de trabajo seguros y dignos para todos los ciudadanos y subrayó el compromiso de la Comisión para implementar políticas que protejan a los trabajadores de cualquier forma de acoso o discriminación, lo que revela el compromiso político para erradicar el acoso y la violencia en el trabajo.

3.2. La aplicación de las directivas sobre discriminación laboral por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha desempeñado un papel fundamental en la protección frente a la discriminación en el trabajo, no solo mediante la interpretación de las legislaciones nacionales, sino también mediante las decisiones domésticas sobre la relación laboral de las personas trabajadoras de las instituciones de la UE.

Es importante recordar que la prohibición de discriminación exige un canon de justificación de diferencia de trato mucho más estricto que el de la igualdad y, concretamente, la edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad.

15 EUR-Lex - 52021DC0323 - EN - EUR-Lex consultado a 1 de febrero de 2025.

16 Se supera la menor ambición con la que el Marco Europeo 2007 identificaba el acoso, al que graduaba con menor gravedad que la violencia, lo que es muy discutible, dado que la violencia psicológica tiene, cuanto menos, el mismo potencial lesivo que la violencia física.

El TJUE se sirve de las directivas antidiscriminación para analizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en los litigios de discriminación laboral, aunque en alguna ocasión se ha permitido interpretarlas de manera extensiva, como, por ejemplo en la Sentencia dictada en el caso P. contra S. y Cornwall County Council¹⁷ (30 de abril de 1996) en la que, a pesar de que la directiva no contemplaba expresamente la protección de las personas que habían realizado un proceso de reasignación de sexo, aplicó la Directiva 76/207/CEE, *sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, la formación y las condiciones laborales*, identificando la discriminación por este motivo a la discriminación por razón de sexo.

De hecho, esta interpretación fue clave para la posterior Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006¹⁸, que extendió a estas situaciones la protección frente a la discriminación por razón de sexo.

Por el contrario, en el asunto L.J. Grant contra South-West Trains Ltd¹⁹ el TJUE rechazó la posibilidad de considerar discriminatoria por razón de sexo, la negativa a conceder beneficios de viaje a la pareja del mismo sexo de la Sra. Grant, argumentando que la discriminación por orientación sexual no estaba reconocida en el Tratado CEE ni podía asimilarse a la discriminación por razón de sexo de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000 y fue necesaria la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, para amparar el trato discriminatorio en el trabajo por razones de orientación sexual.

La Directiva 2000/78/CE permitió al TJUE declarar en la Sentencia del asunto NH contra Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford²⁰, que las declaraciones públicas de un empresario manifestando su negativa a contratar perso-

17 Una persona asignada como hombre al nacer, empleada como administradora en un centro educativo desde 1991, informó en abril de 1992 su intención de someterse a una operación de cambio de sexo, comenzando un período de prueba en el que vivió y trabajó como mujer. Tras varias intervenciones quirúrgicas menores, en septiembre recibió un preaviso de despido efectivo el 31 de diciembre. Aunque la empresa alegó razones organizativas, se determinó que el despido respondía a su proceso de reasignación de sexo.

18 de modo expreso dice el apartado 6 de la Directiva: "El Tribunal de Justicia ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona".

19 L.J. Grant contra South-West Trains Ltd (Sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96).

20 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. NH contra Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, sentencia de 23 de abril de 2020.

nas de una determinada orientación sexual constituían una discriminación directa, por orientación sexual en el ámbito laboral.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de discriminación por razón de género en el entorno laboral es extensa, precisamente, porque en el origen de las Directivas se encuentra la igualdad efectiva de mujeres y, consecuentemente, la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo.

La reciente Sentencia del TJUE de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18, Tina Hakelbracht y otros contra WTG Retail BVBA, Sala Tercera) recoge un supuesto de discriminación indirecta paradigmática en el caso que somete a revisión sobre la insuficiencia del marco jurídico de protección de la garantía de indemnidad de una persona trabajadora que defiende a otra frente a una situación discriminatoria, y recuerda la mejor protección que otorga la directiva en materia de discriminación por razón de sexo.

En materia de discriminación laboral por razón de edad, la Directiva 2000/78/CE reconoce un mayor margen de apreciación a los Estados miembros. Así lo establece su artículo 6²¹, que permite excepciones justificadas en función de objetivos legítimos en las políticas de empleo, el mercado laboral o la formación profesional, y esta justificación dirigida a un fin legítimo permite aceptar ciertas limitaciones por razón de edad que los Estados pueden imponer en el acceso al empleo o para la jubilación obligatoria.

Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Sentencia dictada en el asunto Gerhard Fuchs y Peter Köhler contra Land Hessen²² (21 de julio de 2011), que examinó la validez de la normativa alemana sobre la jubilación forzosa de los fiscales en Alemania²³. Por

21 Art. 6. Consideración 24 "(...) en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación".

22 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Gerhard Fuchs y Peter Köhler contra Land Hessen*. C-159/10 y C-160/10. Sentencia de 21 de julio de 2011. ECLI:EU:C: 2011:508.

23 Otro ejemplo de revisión del margen de apreciación por una finalidad legítima lo encontramos en el pronunciamiento del asunto *J. M. P. contra AP Assistenzprofis GmbH* de 7 de diciembre de 2023, en el que el Tribunal entendió justificado el límite de edad tras ponderar el principio de igualdad, con el derecho a la autodeterminación de las personas con discapacidad para beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, y que se manifiesta en este caso en la capacidad para elegir el tipo de prestación de servicios de asistencia personal, puesto que se trataba de una estudiante que asistía a la Universidad y el límite de edad tenía la finalidad de asistirle en C: 2011:508 el marco de su vida social como estudiante.

el contrario, la ausencia de proporcionalidad o de motivación, ha servido al TJUE para declarar contraria a la Directiva el límite de edad de 30 años para el acceso a la Policía Local en la Sentencia del asunto Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo²⁴, de 13 de noviembre de 2014, dado que existían medios menos restrictivos para evaluar la aptitud física de los candidatos²⁵.

La edad como factor diferenciador de trato en el trabajo²⁶ ofrece en estos momentos nuevos desafíos en las relaciones de trabajo, como la adaptación del trabajo al envejecimiento activo de la población, la obsolescencia profesional en la era digital, la sostenibilidad fiscal de los Estados o los límites de las reestructuraciones de plantilla²⁷.

Respecto a la prohibición de discriminación en el trabajo por razón de discapacidad, la Directiva 2000/78/CE, aunque ha supuesto un avance en la protección contra la discriminación por discapacidad en el ámbito laboral, aún no está plenamente alineada con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según reconoce el Parlamento Europeo en su Resolución legislativa de 10 de marzo de 2022, sobre un nuevo marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo posterior a 2020, en la que solicita a la Comisión²⁸, que proporcione directrices claras y ambiciosas a los Estados miembros y los empleadores sobre la provisión de adaptaciones y ajustes razonables en el lugar de trabajo para las personas con discapacidad y que lleve a cabo una revisión ambiciosa de la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en este sentido.

No obstante, la Directiva ha permitido al TJUE pronunciarse sobre prácticas discriminatorias en el trabajo por razón de discapacidad, como declaró en la Sentencia

24 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Sentencia de 13 de noviembre de 2014, Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo*. C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371.

25 Este precedente ha sido recuperado recientemente en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Vitoria-Gasteiz, de 24 de enero de 2025, que declaró nula la exclusión de un candidato a la Policía Local por superar los 38 años, al considerar que vulneraba la Directiva 2000/78/CE.

26 Vid. ad. Ex STS.

27 Aunque esta preocupación es antigua para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que, en su Recomendación *sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162)*, adoptada el 27 de junio de 1980, repasa un catálogo de medidas necesarias para los trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación.

28 En el marco de la Estrategia sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para 2021-2030 en el que se ha elaborado la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones "*Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030*".

cia de 17 de julio de 2008,²⁹ asunto C-303/06, S. Coleman y Attridge Law, Steve Law, que extendía la protección frente al acoso por discapacidad a las personas encargadas del cuidado de otras personas con discapacidad, y a las que ampara la Directiva 2000/78/CE y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2 a), en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas con discapacidad sino también a las personas que mantengan «vínculos jurídicamente irresistibles» con ellas.

La inclusión laboral de las personas con discapacidad ha sido un objetivo estratégico de la OIT que aprobó, por ejemplo, la Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo de 1925 que regula disposiciones sobre readaptación profesional de los trabajadores con discapacidad, o la Recomendación 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de 1983.

Es indiscutible que el trabajo es una herramienta de inclusión para las personas con discapacidad³⁰, pero las barreras estructurales y la falta de ajustes razonables siguen limitando su acceso a condiciones laborales justas.

La Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 19 de junio de 2020, sobre el Derecho al Trabajo, advierte que muchas personas con discapacidad siguen enfrentando múltiples formas de desigualdad y discriminación interseccional, lo que supone un obstáculo significativo para el ejercicio de su derecho al trabajo en igualdad de condiciones. Este colectivo, con frecuencia, sufre condiciones salariales menos favorables y precariedad laboral, especialmente en el sector informal, donde existen pocas oportunidades de desarrollo profesional.

3.3. La interpretación del acoso moral por los Tribunales Europeos

El recorrido por los pronunciamientos del TJUE en materia de discriminación laboral podría hacer este artículo interminable, sin embargo, el Tribunal General de la Unión Europea ha dictado algunas Sentencias de interés en materia de acoso moral que permiten identificar las características del acoso moral en la jurisprudencia europea.

29 La demandante no se queja del impacto que tuvo sobre ella una medida neutral en su condición de madre y cuidadora de un hijo con discapacidad, sino que alega que su empresario la singularizó y la puso en el punto de mira precisamente a causa de su hijo con discapacidad.

30 El artículo 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se refiere al derecho de las personas con discapacidad a condiciones de trabajo seguras y saludables incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos.

Tomando como ejemplo la Sentencia en el asunto *T-162/21, BZ contra BCE*, 18 de octubre de 2023; la *Sentencia en el asunto T-275/17*, 13 de julio de 2018³¹ o la *Sentencia en el asunto T-377/17, SQ contra Banco Europeo de Inversiones*, 13 de julio de 2018³², el Tribunal General de la Unión Europea ha consolidado su doctrina sobre el acoso psicológico en el ámbito laboral.

Según esta jurisprudencia, el acoso psicológico se configura como una conducta abusiva, manifestada a través de comportamientos, palabras, actos, gestos o escritos, siempre que estos elementos sean repetitivos, sistemáticos o prolongados en el tiempo. Por tanto, no constituirían acoso aquellos hechos aislados o accidentales, sino que sería necesario un proceso sostenido, caracterizado por acciones reiteradas o continuadas, que deben ser intencionales y no fortuitas.

No es, tampoco, necesario que los actos sean idénticos, sino que debe analizarse el efecto acumulativo de los comportamientos sobre la víctima, caso por caso, porque un elemento clave en la configuración del acoso es su impacto en la persona trabajadora, aunque las acciones deben menoscabar la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica del trabajador.

Para el Tribunal General no es imprescindible demostrar que la persona acosadora tiene una intención de desacreditar a la víctima o degradar sus condiciones laborales, basta con que sus acciones voluntarias hayan provocado objetivamente esas consecuencias. La situación de hostigamiento, para configurarse jurídicamente como acoso, debe ser objetivamente grave.

En este sentido, el Tribunal exige que el comportamiento o acto en cuestión sea percibido como excesivo y criticable por un observador imparcial y razonable, dotado de una sensibilidad normal y que se encuentre en las mismas condiciones.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha abordado casos de acoso laboral en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aunque el Convenio no contempla expresamente la protección frente al acoso en el trabajo.

31 En el asunto T-275/17, una eurodiputada contrató a una asistente parlamentaria y en un momento determinado solicitó al Parlamento Europeo que rescindiera el contrato, entre otras razones porque su asistente había decidido no venir a trabajar durante una semana entera sin haber solicitado permiso para ello, y que, al reprochárselo, la había insultado y a continuación había desaparecido. Por su parte, la asistente presentó una solicitud de asistencia en virtud del Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea, alegando que había sufrido acoso psicológico por parte de la eurodiputada, consistente en humillaciones, amenazas, muestras de desprecio, insultos y gritos.

32 El Banco Europeo de Inversiones (BEI) contrató a una empleada el 1 de abril de 2008, y con la llegada de un nuevo director se reestructuró el servicio en el que esta empleada desempeñaba sus funciones y se disolvió el equipo del que ella era responsable. Dos años más tarde, esta empleada presentó una demanda por acoso contra el director.

El TEDH ha tenido ocasión de analizar estas situaciones en función de las obligaciones de los Estados en la protección de los derechos fundamentales, vinculando las conductas de acoso con diversas disposiciones del Convenio. En particular, ha examinado situaciones de discriminación y acoso en relación con la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH), la prohibición de la discriminación (art. 14 CEDH³³) y su Protocolo número 12 de 4 de noviembre de 2000³⁴, el derecho al respeto a la vida privada e intimidad (art. 8 CEDH³⁵), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH³⁶), la libertad de expresión (art. 10 CEDH).

Un ejemplo significativo de esta jurisprudencia es la Sentencia del TEDH en el caso *Špadijer v. Montenegro* (Application no. 31549/18, 9 de noviembre de 2021), en el que la demandante, funcionaria en una institución penitenciaria, comenzó a sufrir acoso laboral tras denunciar presuntas irregularidades y comportamientos inapropiados por parte de sus compañeros y en el que el TEDH concluyó que el Estado había incumplido su obligación de adoptar medidas efectivas para abordar la situación, lo que representaba una vulneración de sus derechos protegidos en el Convenio.

4. El impacto del Convenio 190 de la OIT en la prevención del acoso y la violencia en el trabajo

La OIT ha desarrollado un enfoque preventivo en materia de seguridad y salud en el trabajo, integrando la violencia y el acoso en su política de prevención de riesgos psicosociales. Este proceso normativo se inició con el Convenio 111 de 4 de diciembre de 1958³⁷ (*C111*) *relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*.

33 Que debe relacionarse con otra vulneración. Por ejemplo, en el ámbito laboral se estimó vulnerado este Derecho en la STEDH, *Case of García Mateos v. Spain*, Application no. 38285/09, Sentencia de 19 de febrero 2013, por inaplicación de la STC 3/2007, de 15 de enero, por la que se otorga el amparo a una trabajadora que solicitaba reducción de jornada para el cuidado de su hija.

34 Art.11. "El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

35 Por ejemplo, en el supuesto de despido examinado en la Sentencia I caso A.K. contra Rusia fue resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 7 de mayo de 2024. En este asunto, el TEDH evaluó el despido de una profesora de música rusa tras la difusión de fotografías en su perfil privado de redes sociales, en las que aparecía mostrando afecto hacia otras mujeres.

36 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Eweida and Others v. the United Kingdom*, Application nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, Sentencia de 15 enero 2013, sobre discriminación en el lugar de trabajo en razón a las creencias religiosas. (por llevar una cruz al cuello).

37 *BOE-A-1968-1411 Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*.

El C111 identificó el acoso a partir de dos elementos clave: el elemento objetivo, que caracteriza la distinción, exclusión o diferencia; y el elemento del efecto, que refleja el impacto en la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Esta línea se mantuvo en el Convenio 155 sobre *Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo*³⁸ (1981), que incluyó como riesgos psicosociales los factores mentales que afectan la salud, como riesgos de obligada prevención por las empresas e incluyó a las personas trabajadoras en los procesos de identificación y evaluación de los riesgos de su trabajo.

Posteriormente, otros instrumentos de la OIT reforzaron esta perspectiva preventiva, como el Convenio 156 sobre *la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: Trabajadores con responsabilidades familiares*³⁹ (1981) y el Convenio 187 *sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo*⁴⁰ (2006)⁴¹.

El Convenio 190 (C190), adoptado el 21 de junio de 2019⁴², consolida este marco normativo con el objetivo de integrar definitivamente la prevención de la violencia y el acoso en las decisiones estructurales y organizativas del trabajo, considerando que estas pueden propiciar, favorecer o invisibilizar situaciones de acoso. En particular, introduce un cambio en la menor importancia del elemento motivador de la persona que acosa⁴³, reforzando la importancia de las condiciones y las oportunidades preventivas que ofrecen elementos que pueden evaluarse, planificarse y revisarse.

Esta nueva perspectiva convierte al C190 en el instrumento normativo más relevante para esta materia desde la transposición de las directivas antidiscriminación. En particular, tendrá un impacto directo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que comparte con el C190 el objetivo de la prevención, aunque hasta

38 BOE-A-1985-23158 Instrumento de Ratificación del Convenio número 155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981.

39 BOE-A-1985-23211 Instrumento de Ratificación del Convenio número 156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: Trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1981.

40 BOE-A-2009-12933 Instrumento de Ratificación del Convenio número 187 de la OIT, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, hecho en Ginebra el 31 de mayo de 2006.

41 Sobre los convenios de la OIT, vid Ballester Pastor, M.A "La Política de la OIT y la Unión Europea sobre la salud y los riesgos psicosociales" Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales, ADAPT, University Press, vol.1. octubre-diciembre 2013.

42 BOE-A-2022-9978 Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019.

43 Esta perspectiva puede encontrarse en la STC 56/2019, de 6 de mayo, anterior al C190, aunque contemporánea a sus informes preparatorios.

ahora no ha desarrollado plenamente su potencial en relación con los riesgos psicosociales en el ámbito laboral.

Para el C190 es posible el acoso sin reiteración de conductas y extiende su protección más allá del espacio físico laboral, incluyendo entornos públicos y privados vinculados al empleo, áreas de descanso, vestuarios y comedores, desplazamientos, viajes, eventos y formaciones, comunicaciones laborales digitales, abordando expresamente el acoso cibernético.

El artículo 9 del C190 enfatiza la importancia de gestionar adecuadamente los riesgos psicosociales y obliga a los Estados a adoptar una legislación que imponga a los empleadores la prevención activa de la violencia y el acoso en el trabajo y reconoce explícitamente el impacto del acoso cibernético, favorecido por la hiperconectividad, la disponibilidad permanente y la intensificación del control laboral, que deben ser considerados en la evaluación de riesgos psicosociales.

Un reciente estudio de 2024 realizado por un grupo de expertos para la Comisión Europea sobre "*Digitalización y bienestar de los trabajadores*"⁴⁴ alerta sobre estos factores de riesgo, incluyendo la soledad en el trabajo remoto, la sensación de vigilancia constante y la pérdida de autonomía en la organización del tiempo laboral. Estos nuevos desafíos exigen que la prevención de riesgos psicosociales incorpore una evaluación integral del impacto de la tecnología en la salud mental de las personas trabajadoras.

En esta línea, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 5 de julio de 2022 sobre la salud mental en el mundo laboral digital⁴⁵, instó a los Estados miembros a reforzar la prevención y protección frente a la violencia, la discriminación y el acoso en el ámbito laboral, sin restringir su actuación a los casos basados en motivos discriminatorios.

Por su parte, la Recomendación 206 de la OIT, complemento del Convenio 190, refuerza la prevención de la violencia y el acoso en el trabajo mediante la gestión de riesgos psicosociales, la formación y la reparación de las víctimas, con especial atención a las personas trabajadoras en situación de vulnerabilidad, como las

44 El informe completo puede leerse (en inglés) en European Commission, Joint Reserch Center, González Vazquez,I, Curtarelli,M., Anyfantus.I Brun.E and Starren. A" Digitalisation and workers wellbeing. The Impact of digital technologies on work-related psychosocial risks." European Commission, Seville, 2024, JRC138992.

45 Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098(INI)).

personas en contextos migratorios, aquellas que sufren violencia doméstica o de género, las personas trabajadoras jóvenes o aquellas que tienen una discapacidad física, funcional o cognitiva.

En relación con este último factor, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) ha publicado en 2024 la *Guía para elaborar e implantar planes de salud mental en las empresas*⁴⁶ que proporciona un marco estructurado, práctico y accesible para que las empresas desarrollen planes de salud mental e integren la gestión de la diversidad y las necesidades específicas de las personas con discapacidad dentro de la cultura organizacional y, aunque la guía no menciona expresamente la Recomendación 206, su alineamiento con ella es claro.

A diferencia del C190, la Recomendación 206 no tiene carácter vinculante, pero proporciona directrices prácticas para que los Estados y las empresas integren la prevención del acoso y la violencia en sus políticas de seguridad y salud en el trabajo como riesgos psicosociales y aseguren mecanismos efectivos y confidenciales para la protección de las víctimas.

5. La evolución en España desde la discriminación hasta la protección integral de la seguridad y la salud en el trabajo

5.1 Los instrumentos normativos.

El ordenamiento jurídico español ha abordado la protección frente al acoso y la discriminación en el trabajo a través de diversas disposiciones normativas, aunque sin un marco homogéneo de naturaleza laboral que lo articule de manera integral, por lo que puede generarse cierta sensación de regulación fragmentada.

El reconocimiento del acoso en el trabajo como una forma de discriminación es resultado de la transposición de las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea. En este mismo contexto, el Estado ha impulsado normativas sobre violencia de género y derechos de las personas con discapacidad, promoviendo la

⁴⁶ Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, *Guía para elaborar e implantar planes de salud mental en las empresas*. CERMI. Madrid, 2024. Consultado a 20 de febrero de 2025.

igualdad de trato y de oportunidades en el trabajo que, por su carácter transversal, produce efectos también en el ámbito laboral.

Los órganos judiciales del orden social, con el respaldo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, han sido clave en la integración de los comportamientos inaceptables dentro de diferentes marcos normativos. No obstante, la intervención de los tribunales está ligada a actuaciones individuales, con un enfoque reactivo originado por conductas individuales.

El 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*, reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no sufrir acoso, pero no proporciona una definición clara ni establece mecanismos específicos de protección. Algo similar ocurre con el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (art. 95), que tipifica el acoso como falta muy grave, pero sin detallar procedimientos de prevención y actuación.

Por su parte, la Ley Orgánica 31/1995, de 8 de noviembre, *de Prevención de Riesgos Laborales*, que constituye la norma clave en la protección de la salud de las personas trabajadoras, no menciona expresamente el acoso ni lo incorpora de manera específica en la gestión de los riesgos psicosociales. Esto sugiere que, tras la ratificación del C190, la LPRL podría ser objeto de reforma para adoptar un enfoque más ambicioso en la prevención de estos riesgos.

Al enfoque reactivo del acoso y la violencia en el trabajo, responde coherentemente el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, aunque tiene también carácter reparador desde el momento en que es la referencia clave en la valoración del daño causado a la víctima por conductas de acoso y hostigamiento en el trabajo.

La fragmentación en la regulación del acoso y la discriminación laboral es consecuencia de la progresiva asunción de obligaciones internacionales en materia de igualdad y no discriminación. Así, diversas normativas transversales han impactado en el ámbito laboral:

- a. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (art. 10), que regula el acoso laboral por razón de género vinculado a la violencia de género.

- b. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social* (art. 28), encargada de la trasposición del contenido de las directivas antidiscriminación y que regula el acoso discriminatorio por motivos de etnia, religión, discapacidad, edad o identidad sexual.
- c. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* (art. 7)⁴⁷ y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social*, que contempla en su art. 7 el acoso discriminatorio que genere un entorno intimidatorio, hostil o degradante para la persona con discapacidad.
- d. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (art. 48)⁴⁸, que aborda la discriminación por razón de sexo.
- e. La Ley Orgánica 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, que define (art. 12)⁴⁹ el acoso como una forma de discriminación, aunque sin abordar los riesgos psicosociales de forma específica.

Por tanto, el C190 de la OIT es una herramienta idónea para la efectiva implantación de la protección que persiguen las anteriores leyes, anticipando la barrera de protección frente a la discriminación en el ámbito del trabajo.

Su influencia se refleja en normas posteriores como la Ley 4/2023, de 28 de febrero, *para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, cuyo art. 4⁵⁰ introduce la obligación de evaluar los riesgos psicosociales específicos que afectan a las personas LGTBI en el ámbito laboral y regula de manera específica la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en la empresa (art. 15), muy alineada con la Recomendación 206 OIT.

47 "toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

48 "Artículo 48. Medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo. 1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital".

49 "Prevención y sensibilización en el ámbito laboral, condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital".

50 "Los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias, desarrollarán todas las medidas necesarias para reconocer, garantizar, proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de las personas LGTBI y sus familias".

También es evidente esta orientación preventiva en el Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre, por el que se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar (art. 6), que introduce por primera vez medidas de prevención del acoso en un sector históricamente precarizado y que obliga a los empleadores de las personas trabajadoras del hogar a garantizar entornos laborales libres de acoso y violencia desde una perspectiva preventiva.

Más recientemente, el Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas, ha dado un paso adicional al incorporar la prevención del acoso dentro de la evaluación de riesgos laborales.

Estos avances reflejan una evolución normativa hacia un modelo de protección integral con unos instrumentos que deben influir en las políticas preventivas y promover mejoras en los protocolos de acoso y discriminación de las empresas, públicas y privadas.

5.2. El papel clave de Inspección de Trabajo en la prevención y la sanción del acoso y la discriminación en el trabajo y las Notas Técnicas del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo

Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) juega un papel clave en la vigilancia y garantía de condiciones laborales justas y equitativas, especialmente en materia de prevención del acoso y la discriminación en el trabajo. Su función, inicialmente reactiva y sancionadora, ha evolucionado hacia un enfoque más preventivo, estructural y de mediación, en línea con los compromisos internacionales asumidos por el Estado. La relevancia de esta función no es nueva. Desde su creación, la OIT ya subrayó en el artículo 427 del Tratado de Versalles la importancia de la Inspección de Trabajo para garantizar condiciones laborales dignas.

Inicialmente concebida con un enfoque mayoritariamente reactivo y sancionador, la función inspectora ha incorporado progresivamente elementos de asistencia y mediación y, en la actualidad, su papel preventivo es muy relevante en la lucha contra el acoso y la violencia en el entorno laboral, lo que acreditan los Criterios Técnico 69/2009 sobre actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo, y 104/21, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y S.S. en Riesgos Psicosociales⁵¹.

51 También es interesante el Criterio Técnico 87/2011 sobre actuaciones inspectoras en relación al riesgo laboral de atraco, porque aborda el acoso externo que se sufre en el trabajo y que se puede incorporar a los Protocolos

Tal y como señala el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo (SLIC) de la Unión Europea, en su Doc.270/18EM, la Inspección de Trabajo realiza una *“actividad multidimensional que tiene contextos políticos, económicos, culturales y sociales, así como otros de naturaleza técnica, médica y jurídica. Por lo tanto, la inspección de trabajo se enfrenta a retos complejos que implican equilibrar las exigencias de los problemas más tradicionales de salud y seguridad en el trabajo con las exigencias derivadas de la evolución de la economía y de la percepción su papel”*⁵².

El Criterio Técnico 69/2009 de la ITSS analiza diversas situaciones que pueden constituir acoso y violencia en el trabajo, estableciendo parámetros para su identificación, evaluación y prevención. Diferencia entre la violencia física interna, que se refiere a agresiones entre empleados o personas que colaboran en el mismo centro laboral, excluyendo las agresiones realizadas por terceros ajenos a la relación laboral, y la violencia psicológica, que subdivide en acoso sexual, acoso moral y acoso discriminatorio.

Las infracciones laborales derivan tanto del incumplimiento de normas que garantizan la intimidad y dignidad del trabajador (conforme al Estatuto de los Trabajadores) como de la omisión de las obligaciones de prevención de riesgos laborales. En este último caso, la falta de medidas adecuadas por parte del empleador puede generar un entorno laboral perjudicial, incluso si no se materializa en un caso concreto de acoso.

La evolución hacia un concepto más estructural y preventivo del acoso y la violencia laboral se ha consolidado con el Criterio Técnico 104/2021 (CT 104/21), que marca un avance significativo en la gestión de los riesgos psicosociales. En línea con el Convenio 190 de la OIT, este criterio reafirma que el acoso laboral debe abordarse como un riesgo psicosocial, integrándolo en la evaluación y gestión de la prevención de riesgos laborales. Este cambio de enfoque desplaza el acoso del ámbito disciplinario al preventivo.

El CT 104/21 destaca que el acoso y la violencia en el trabajo no siempre son consecuencia de conflictos interpersonales, sino que pueden derivar de decisiones

los de Acoso. De hecho, en el momento de redactar estas líneas, la Memoria 2024 de la Fiscalía Provincial donde trabajo, refleja un dato coherente con esta necesidad, y es que, el lugar donde se produce el mayor número de agresiones sexuales a mujeres adultas es el trabajo.

52 Vid: Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo (SLIC), “Principios Comunes para la Inspección de Trabajo en el Ámbito de la Salud y la Seguridad en el Trabajo,” Doc.270/18_EM, redactado por el Grupo de Trabajo sobre aspectos generales de la aplicación (GEA) del SLIC, adoptado en la 73.^a sesión plenaria del SLIC, 9 de noviembre de 2017 en Tallin; reformateado tras la 85.^a sesión plenaria del SLIC, 7 de mayo de 2024 en Bruselas.

organizacionales y fallos estructurales en la gestión del trabajo. Por ello, la prevención no debe limitarse a protocolos reactivos, sino que debe incluir medidas estructurales para evitar la aparición de estas situaciones.

Este criterio también establece con claridad que la obligación del empleador de prevenir el acoso y la violencia laboral forma parte del deber general de seguridad y salud en el trabajo, recogido en el artículo 14 de la LPRL. En consecuencia, impone tres obligaciones fundamentales para las empresas: evaluar los riesgos psicosociales, identificando factores organizativos que puedan favorecer el acoso o la violencia; implementar medidas preventivas, con el objetivo de evitar la aparición de estos riesgos; y establecer procedimientos efectivos para la detección temprana y gestión adecuada del acoso, incluyendo formación y sensibilización para empleadores y trabajadores.

La razón estriba en que los riesgos psicosociales pueden originarse en la estructura organizativa del trabajo, incluso sin la intervención de una persona identificada como acosadora.

Existe, también, una evolución en ambos Criterios Técnicos, desde el acoso como un fenómeno individual, evaluando la conducta de una persona agresora sobre la víctima y considerando la intención hostil y la reiteración como elementos clave al enfoque estructural y organizativo del acoso y la violencia que permite comprender que el impacto en las personas no siempre o no sólo se debe a la existencia de un conflicto, sino que puede ser el resultado de deficiencias en la organización del trabajo o verse favorecido por estas.

Este cambio de perspectiva ha permitido evolucionar de un modelo reactivo, centrado en la sanción y en el tratamiento de casos individuales, hacia un modelo proactivo y preventivo, que reconoce la violencia laboral como un problema estructural que debe ser abordado desde la gestión del riesgo psicosocial.

El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) ha complementado la labor de la ITSS mediante la elaboración de Notas Técnicas de Prevención (NTP). Estas notas proporcionan criterios metodológicos y técnicos para la evaluación y prevención del acoso y la violencia en el trabajo, adaptándose progresivamente a un enfoque más estructural y preventivo.

Las Notas Técnicas de Prevención (NTP)⁵³ que ofrecen criterios técnicos y metodológicos sobre la evaluación y prevención de los riesgos psicosociales en el entorno laboral

53 Las NTP son guías de buenas prácticas y sus indicaciones no son obligatorias salvo que estén recogidas en una disposición normativa vigente.

también se han ido adaptando al enfoque preventivo y más estructural del acoso en la relación laboral. Aunque están disponibles en la propia página del Instituto⁵⁴, las que afectan de modo más directo al acoso y la violencia en el trabajo son las siguientes:

- a. La NTP 0854, que define el acoso psicológico en el trabajo como una exposición reiterada y prolongada a conductas de violencia psicológica. Aunque sigue centrada en la intencionalidad y reiteración, ha sido superada por enfoques más recientes que priorizan el impacto sobre la víctima.
- b. NTP 0926, que contiene metodologías para evaluar los factores psicosociales en el trabajo, proporcionando herramientas para identificar riesgos como acoso, estrés laboral y carga mental. Se alinea mejor con el CT 104/21 y el C190 de la OIT, ya que contempla la organización del trabajo como factor evaluable.
- c. NTP 1165, que analiza la prevención del acoso en el teletrabajo y la hiperconectividad, abordando el impacto del acoso digital y los efectos negativos de la hiperconectividad sobre la salud mental de las personas trabajadoras. Está plenamente alineada con el C190 y la Recomendación 206 de la OIT.

La protección frente al acoso en los criterios técnicos de la ITSS y las Notas Técnicas del INSST ha evolucionado desde un modelo restrictivo y reactivo a un enfoque preventivo y estructural, alineado con los principios del C190 de la OIT y su Recomendación 206.

5.3. La interpretación del acoso moral por los Tribunales Españoles.

El acoso con componente discriminatorio, en particular el acoso sexual y el acoso por razón de sexo o género, cuenta con una definición normativa consolidada, basada en las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea y recogida en diversas normas del ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, el acoso moral o psicológico carece de una definición unificada, lo que dificulta su identificación y abordaje. Aunque la jurisprudencia del orden social, los Criterios Técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Notas Técnicas de Prevención han desarrollado el concepto, su interpretación sigue dependiendo de los tribunales.

54 Notas Técnicas de Prevención NTP, consultadas a 25 de febrero de 2025.

La evolución del concepto de acoso laboral en la jurisprudencia se observa claramente en la comparación entre la STC 224/1999, de 13 de diciembre, y la STC 56/2019, de 6 de mayo.

La STC 224/1999, de 13 de diciembre, desestimó el recurso de amparo de una trabajadora que denunció haber sido víctima de acoso sexual y alegó que su empleador no adoptó medidas para protegerla. El Tribunal Constitucional aprovechó el recurso para pronunciarse sobre dos cuestiones que nos interesan: que el acoso laboral que vulnera derechos fundamentales debe consistir en conductas persistentes y objetivamente degradantes, que atenten contra la dignidad de la persona trabajadora, y que el empleador tiene la responsabilidad de prevenir el acoso sexual en el trabajo, garantizando un entorno laboral seguro para evitar estas conductas.

Por el contrario, la sentencia 56/2019 de 6 de mayo, estimó el recurso de amparo mixto de un funcionario público por postergación profesional, quien se reincorpora a un puesto sin que sus funciones estuvieran definidas en el momento de su creación, y sin que se le asignara ninguna durante más de un año, ni se le convocara a las reuniones de trabajo.

Esta sentencia ha permitido al TC desarrollar una doctrina clave en relación con la protección frente al acoso moral.

Por un lado, se distingue entre el concepto normativo del acoso, que no es materia constitucional y que depende del legislador, y el concepto constitucional de acoso moral, que constituye un contenido mínimo insoslayable que debe ser respetado por el legislador y los órganos judiciales.

Este concepto constitucional de acoso laboral supone que existe un trato degradante cuando en la conducta inaceptable se dan tres elementos:

- a. el elemento de *intención* que implica que la conducta inadecuada debe ser deliberada o, al menos, estar conectada con el resultado lesivo.
- b. el elemento de *menoscabo* que exige que la conducta debe haber causado o tener el potencial de causar un padecimiento físico, psíquico o moral.
- c. el elemento de *vejación* que supone que la conducta debe perseguir un propósito de vejar, humillar o envilecer, o, aun sin esa intención expresa, ser objetivamente idónea para producir ese efecto y efectivamente generarlo.

Dice el TC que si falta el último elemento “no habrá trato “degradante”, pero solo podrá descartarse la vulneración del art. 15 CE si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (legalidad), responde a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituye la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (proporcionalidad en sentido estricto)”⁵⁵.

Una vez establecido el concepto normativo de acoso laboral, no es posible exigir la concurrencia de elementos adicionales no contemplados en la ley, y los tribunales no pueden introducir requisitos no previstos normativamente, como que la violencia sea intensa, el hostigamiento manifiesto, si tales elementos no forman parte de la definición normativa de acoso laboral.

Tanto la STC 56/2019 como el C190 contribuyen a un concepto de acoso moral por referencia al impacto que produce en la persona trabajadora, y ponen el acento en la obligación de identificar un concepto normativo de las conductas de acoso que servirán para subsumir los comportamientos en cada caso.

Los Convenios internacionales o sus disposiciones, aunque se integren en nuestro ordenamiento, no son ejecutivos de forma que lo en ellos recogido sea directamente aplicable por los órganos judiciales⁵⁶, sino que dependerá del contenido, que sea necesario un posterior desarrollo normativo interno que exprese la voluntad de nuestro legislador, pudiendo ocurrir que ciertas normas o alguna de sus disposiciones tan solo establezcan obligaciones para que los Estados que los suscriben tomen las medidas necesarias para su ejecución y adapten su ordenamiento jurídico, salvo que se trate de una obligación muy concreta no necesitada de ulterior desarrollo, su destinatario son los propios Estados⁵⁷.

La jurisprudencia del orden social, de manera tradicional, ha seguido la línea de exigir al acoso moral la prolongación en el tiempo o la presión sistemática con el objeto de aislar al trabajador y dañar su dignidad. La STSJ de Cataluña 4800/2006, de 23 de junio, lo describe así “*en modo alguno se desprende la existencia de una situación de acoso moral o “mobbing” en el trabajo, entendido éste como una conducta abusiva o de violencia psicológica realizada de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psi-*

55 nota. *ut supra*. FJ 5.

56 STC 87/2019, 20 de junio de 2019, Recurso 5334/2017, ROJ: STC 87/2019 - ECLI:ES:TC:2019:87.

57 STS, Sala de lo Social, 1250/2024 de 18 de noviembre de 2024 (STS, Recurso 4735/2023, ROJ: STS 5454/2024 - ECLI:ES:TS:2024:545, FJ 3.

quica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo (...) Para recibir la consideración jurídica propia de acoso, ha de involucrarse la actuación empresarial desde el prisma de una presión que ha de ser maliciosa y con cierta continuidad en el tiempo, con claro objetivo degradante para la personalidad del trabajador afectado por la conducta”⁵⁸.

Parece desprenderse de las resoluciones la necesaria concurrencia de varias circunstancias para estimar que existe acoso moral, por un lado, que exista un trato no deseado, que ese trato atente contra la dignidad del trabajador, que cree un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo y cierta duración de la situación de hostigamiento.

Tampoco existe un tiempo determinado que permita estimar que el hostigamiento satisface la condición de ser prolongado, pero” *no se ha considerado tiempo suficiente un período de tiempo de 5 meses de trabajo conjunto en TSJ Galicia 26-9-08- ni tampoco dos meses en TSJ Canarias/Las Palmas 15-10-07*⁵⁹”.

Más recientemente, la STSJ de Andalucía 2163/2024, de 20 de diciembre de 2024, reconoce que tanto la STC 56/2019 como el C190 están llamados a flexibilizar las exigencias de persistencia y duración del hostigamiento, para priorizar el elemento de la potencialidad lesiva, es decir, del impacto sobre la persona trabajadora.

6. Oportunidades para el Protocolo de acoso del Ministerio Fiscal

*“(…) desahóguese
grite
discuta
diga mierda
dé golpes en la mesa
vuélvase insoportable
por favor
diga no.
No cuesta nada
jefe
haga la prueba”⁶⁰*

OH.” En “Poemas de la oficina”. Benedetti, M.

58 TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1. *Sentencia Social N° 4800/2006*, Rec. 1274/2006, 23 de junio de 2006, FJ 1º.

59 TSJ de Andalucía 2163/2024 de 20 de diciembre de 2024.

60 Benedetti, Mario. *“OH.” En Poemas de la oficina*, Editorial Número, 1956. Montevideo, pág.33.

En el momento de terminar el artículo, se acaba el plazo para responder el cuestionario de riesgos psicosociales para diferentes cuerpos de funcionarios del Ministerio Fiscal. Seguramente, después de este primer paso, seguirán más compromisos que acabarán incorporando las sugerencias de la Recomendación 206.

El Protocolo de actuación frente al acoso y violencia en el trabajo, al acoso sexual, al acoso por razón de género o de sexo, al acoso discriminatorio y al acoso moral o psicológico en el Ministerio Fiscal, de fecha de 18 de julio de 2019, es posterior a la STC 56/2019, pero anterior a la ratificación del C190 y su Recomendación 206.

La falta de medios personales es un factor estructural que facilita la aparición o el mantenimiento de algunos riesgos psicosociales porque afecta directamente a las cargas de trabajo.

No obstante, hay más factores que son propios del trabajo como la exigencia de plazos procesales, la exposición constante a casos de alto impacto emocional, la especialización y la carga emocional que conlleva la asunción de determinadas responsabilidades, la necesidad de formación continua y su difícil coordinación con la conciliación familiar y personal, la movilidad de los equipos fiscales en los destinos, el sistema de promoción basada en el mérito y la especialización, con el consiguiente riesgo derivado de la competencia, factores de la propia organización del trabajo que no pueden ser gestionados de manera individual.

En este contexto, el fortalecimiento de la formación en prevención de riesgos psicosociales se presenta como una herramienta clave para garantizar que el Protocolo no sea solo un marco normativo, sino una herramienta efectiva de protección y prevención en el ámbito del Ministerio Fiscal.

Precisamente, una de las principales oportunidades de mejora es la necesidad de asegurar una formación especializada y continua para los mediadores, identificados como elemento clave en el Protocolo de Acoso. Esta carencia compromete la efectiva aplicación de la obligación legal de la Administración en materia de prevención de riesgos laborales, ya que la responsabilidad del empleador no se limita a la existencia de un protocolo, sino que exige que los medios proporcionados sean adecuados y suficientes para la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

También supone una mejora sustancial del Protocolo la inclusión con mayor detalle del acoso o la violencia ejercida por personas externas al Ministerio Fiscal, con el

fin de evidenciar un compromiso real del empleador en la protección de sus trabajadores que, permitiría desplegar más medidas de asistencia, apoyo y recuperación aun cuando el causante no pudiera ser sujeto del Protocolo propio.

Asimismo, es imprescindible que el Protocolo haga referencia específica a la violencia y el acoso en entornos digitales que pueden manifestarse de formas diversas, en comunicaciones electrónicas, redes sociales o plataformas de mensajería instantánea, dado que la hiperconectividad y la disponibilidad permanente pueden generar dinámicas de presión y abuso que deben ser evaluadas y prevenidas de manera efectiva.

En definitiva, nos encontramos en un punto de inflexión: la convergencia entre estándares internacionales (OIT, UE) y la jurisprudencia nacional, lo que proporciona una oportunidad única para avanzar hacia un modelo preventivo integral que proteja la salud mental en el trabajo.

Luis von Ahn, ciudadano peruano cocreador del Captcha, descubrió con enorme frustración, que la humanidad perdía 50.000 horas diarias solo para demostrar que no era un robot y se replanteó la bondad de su descubrimiento que hacía perder tanto tiempo de vida a las personas.

Confío en que el tiempo empleado en leer este artículo no deje la misma sensación.

Anexo: notas bibliográficas

1. ACAIP. Criterio Técnico 69/2009: Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo. Madrid: Ministerio de Trabajo, 2009.
2. Ángel Quiroga, Mónica. "Acoso moral en el trabajo: de su construcción jurisprudencial a una necesaria regulación legal." *Foro, Nueva época* 21, no. 1 (2018): 451–473. <https://doi.org/10.5209/FORO.61816>.
3. Comisión Europea. *Comunicación: Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: Estrategia de seguridad y salud en el trabajo 2007-2012*. Bruselas: Comisión Europea, 2007.
4. Comisión Europea. *Marco estratégico de la UE sobre seguridad y salud en el trabajo 2021-2027*. Bruselas: Comisión Europea, 2021.

5. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales*. COM (2017) 250 final. Bruselas: Comisión Europea, 26 de abril de 2017.
6. Confederación de Empresarios de Galicia. "Ya entró en vigor el Convenio 190 de la OIT. ¿Y ahora qué?" Santiago de Compostela: Confederación de Empresarios de Galicia, 2023.
7. Consejo de Europa. Carta Social Europea (art. 31). Estrasburgo: Consejo de Europa, 1996.
8. Consejo de la Unión Europea. *Resolución del Consejo, de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*. Diario Oficial de la Unión Europea C 157 (27 de junio de 1990): 3-4.
9. Recomendación 84/635/CEE del Consejo de 13 de diciembre de 1984 *relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*, Diario Oficial de la Comunidad Europea L 331 (19 de diciembre de 1984): 34-36.
10. Recomendación de la Comisión, de 26 de abril de 2017, "sobre el pilar europeo de derechos sociales" y "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2017, titulada 'Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales'" (Bruselas: European Commission, 2017).
11. Federació Salut Mental Comunitat Valenciana. *Guía Salud Mental en el Entorno Laboral*. Valencia: Federació Salut Mental Comunitat Valenciana, 2023
12. Fita Ortega, Francesc. "La tutela del derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea." *Labos* 1, no. 1 (2020): 70–89. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5300>.
13. González Fernández, Laura. "De la tutela antidiscriminatoria a la protección de situaciones de vulnerabilidad en el ámbito laboral." *Revista de Derecho Social* 87 (2019): 53–76.
14. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). *Desconexión digital: Guía básica. Propuestas desde la seguridad y la salud*. Madrid: INSST, 2024.
15. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). NTP 1122: Factores de riesgo psicosocial asociados a las TIC. Madrid: INSST, 2018.
16. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). NTP 1165: Teletrabajo, criterios para su integración en la SST. Madrid: INSST, 2021.

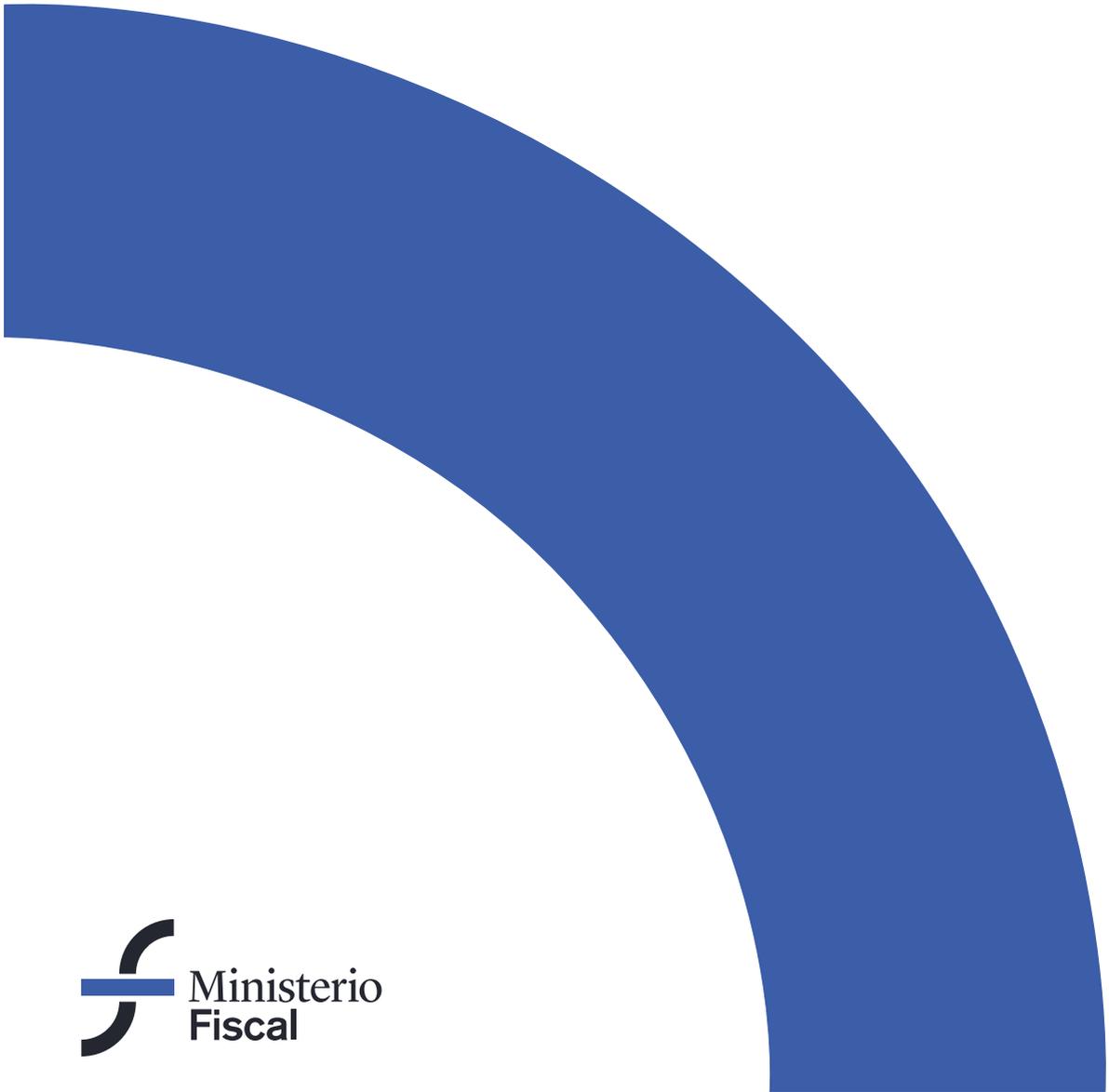
17. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). NTP 1185: Conflicto trabajo-familia o doble presencia como riesgo psicosocial. Madrid: INSST, 2023.
18. José Fernando Lousada Arochena, "Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente," *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 3 (2022)
19. Ministerio de Igualdad. Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2024.
20. Monereo Pérez, José Luis, Santiago Rodríguez Escanciano y Gregorio Rodríguez Iniesta. "Observaciones sobre el sistema normativo de tutela de los riesgos psicosociales en clave de género: por un enfoque transversal e integrador." *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum* 10 (2024): 13–33.
21. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 190: Eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Ginebra: OIT, 2019.
22. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Directrices marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud. Ginebra: OIT, 2002.
23. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Informe V: Acabar con la violencia y el acoso contra la mujer y los hombres en el mundo del trabajo. Ginebra: OIT, 2018.
24. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Recomendación 206: Directrices para implementar el Convenio 190. Ginebra: OIT, 2019.
25. Organización Mundial de la Salud (OMS). Directrices sobre salud mental en el trabajo. Ginebra: OMS, 2021.
26. Organización Mundial de la Salud (OMS). *Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2030 [Comprehensive mental health action plan 2013-2030*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2022.
27. Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre salud mental: transformar la salud mental para todos. Panorama general [World mental health report: transforming mental health for all. Executive summary]*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022
28. Parlamento Europeo. *Resolución sobre acoso moral en el lugar de trabajo* (20 de septiembre de 2001). Estrasburgo: Parlamento Europeo, 2001.

29. Parlamento Europeo. *Resolución sobre la revisión de la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo* (15 de diciembre de 2011). Estrasburgo: Parlamento Europeo, 2011.
30. Parlamento Europeo. *Resolución sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, espacios públicos y en la vida política en la Unión Europea* (11 de septiembre de 2018). Estrasburgo: Parlamento Europeo, 2018.
31. Parlamento Europeo. 2023. *Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre el acoso sexual en la Unión y el análisis del movimiento #MeToo (2022/2138(INI))*. Diario Oficial de la Unión Europea, C/2023/1224, 21 de diciembre de 2023
32. Pérez Hernández, M. M. *La Inspección de Trabajo y los riesgos psicosociales: El criterio técnico 104/2021*. Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum 1 (2021): 323–339.
33. Pons Carmena, Margarita. "Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190." Labos 1, no. 2 (2020): 30–60. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5538>.
34. Romeo, Marina, María Yepes-Baldó y José Serra. "Gestión de la prevención de riesgos psicosociales y discapacidad." En *Intervención psicosocial para una prevención de riesgos laborales inclusiva*, editado por A. L. García-Izquierdo, 157–183. Oviedo: Universidad de Oviedo, 2020.
35. UNE. UNE-ISO 45003: *Gestión de riesgos psicosociales en el trabajo*. Madrid: Asociación Española de Normalización, 2021.
36. Unión Europea. *Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 186/105, 11 de julio de 2019.

Anexo jurisprudencial

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 17 de julio de 2008. *S. Coleman contra Attridge Law y Steve Law*. Asunto C-303/06. ECLI:EU:C:2008:415. Consultada en EUR-Lex - 62006CJ0303 - EN - EUR-Lex a 28 de enero de 2025

2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 20 de junio de 2019. *Tina Hakebracht y otros contra WTG Retail BVBA*. Asunto C-404/18. ECLI:EU:C:2019:523. Consultada en CURIA - Documentos a 29 de enero de 2025
3. Tribunal General de la Unión Europea. Sentencia de 13 de julio de 2018. *Michela Curto contra Parlamento Europeo*. Asunto T-275/17. ECLI:EU: T: 2018:479. Consultada en CURIA - Documentos a 29 de enero de 2025
4. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social. Sentencia 1584/2021, de 16 de abril de 2021*. Consultada en NSJ062493.pdf a 29 de enero de 2025
5. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 761/2024, de 25 de septiembre de 2024.
6. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *P. contra S. y Cornwall County Council*, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, sentencia de 30 de abril de 1996.
7. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *MB contra Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492, sentencia de 26 de junio de 2018.
8. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Gerhard Fuchs y Peter Köhler contra Land Hessen*. C-159/10 y C-160/10. Sentencia de 21 de julio de 2011.
9. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo*. Asunto C-416/13. Sentencia de 13 de noviembre de 2014
10. Tribunal General de la Unión Europea. *BZ contra Banco Central Europeo*, T-162/21, ECLI:EU: T:2023:722, sentencia de 18 de octubre de 2023.
11. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Sentencia de 7 de diciembre de 2023, asunto C-518/22, J. M. P. contra AP Assistenzprofis GmbH*
12. Tribunal Constitucional de España. 56/2019 de 6 de mayo de 2019 curso de Amparo 3875/2013 Recurso de amparo 901/2018
13. Tribunal Constitucional, Sala Segunda. *Sentencia 81/2018*. 16 de julio de 2018. Recurso de amparo 2119-2013.
14. Tribunal Constitucional. Sentencia 56/2019 de 6 de mayo. Recurso de amparo Recurso de amparo 901-2018



Ministerio
Fiscal



Del Rana Plaza y la diligencia debida

¿Hacia un nuevo derecho transnacional del trabajo y medioambiental? ¿Un nuevo instrumento para la eliminación del no-lugar del ser humano en la economía?



Oscar Barrios García

Fiscal Adscrito de la Fiscalía de Seguridad y Salud en el Trabajo de la FGE

Solo hay una persona que pueda decidir lo que voy a hacer, y soy yo mismo.

Orson Welles- Charles Foster Kane

Comprométete con la noble lucha por los derechos humanos. Harás una mejor persona de ti mismo, una gran nación de tu país y un mejor mundo para vivir"

Martin Luther King

Resumen

Las oportunidades de significación de las empresas en un mercado cada vez más competitivo, para lograr la individualización, singularización y su conciliación con el respeto a los derechos humanos más básicos y la protección del medioambiente como lugar de ejercicio y disfrute, requieren de una reglamentación normativa, donde se privilegien los comportamientos más decididamente protectores de aquellos. Comprobada la insuficiencia de la autorregulación del mercado, o soft law, para el respeto de los derechos humanos, así como la legítima competitividad entre empresas, se hacía necesario lograr estándares de sostenibilidad comunes en ESG (Environmental, Social and Governance) a través de una norma europea. Esa regulación debía de ser a nivel de los países de la Unión Europea (U.E.), y con relación a las empresas constituidas en ellos, pero también con extensión a aquellas otras no nacionales de la U.E. que tengan como alguno de sus centros de operaciones o actividad uno o varios de los países que la integran. La Directiva (U.E.) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, establece importantes obligaciones para las empresas, dirigidas a la protección de los derechos humanos que trascienden las fronteras de la U.E., y que tienen como objetivo, en primer lugar, anticiparse a través de cauces preventivos al daño que las actividades económicas puedan ocasionar a los derechos humanos o el medioambiente, y en segundo lugar, reparar los efectos negativos causados en ellos. Este instrumento permitirá a la U.E. situarse al frente de los sistemas hard law en derechos humanos, protegiéndolos a través de la lógica influencia que el cumplimiento de la normativa va a ejercer en aquellos países cuyas empresas quieran desenvolverse en el mercado europeo y que, necesariamente, habrán de respetar.

El ser humano, y aquellos derechos que conforman su identidad, deberían de estar presentes en todas las decisiones que de cualquier tipo se adopten, como aspecto nuclear irreductible, necesario y absoluto. No es este el lugar para exponer el progresivo desarrollo de los instrumentos de protección de los derechos humanos que las sociedades nos hemos dado. En todo caso, basta echar un vistazo a nuestro alrededor, no tan lejano, para poder extraer una conclusión que difícilmente puede ser otra que la de que el camino que resta aún es largo, lleno de obstáculos, aristas muy agudas y concepciones políticas solipsistas.

1. Introducción

El 24 de abril de 2013¹ cinco mil trabajadores, en su mayoría mujeres, entraron en el Rana Plaza, edificio de ocho plantas situado en Savar, un suburbio de la ciudad de Dhaka en Bangladesh.

En él se realizaba la confección de ropa de las marcas de moda más prestigiosas que llenan a rebosar nuestros armarios, muchas de las cuales tenían su sede y domicilio social en los países que conforman la Unión Europea.

Las personas que allí trabajaban habían abandonado su localidad de residencia para poder subsistir de un trabajo con salarios miserables, condiciones laborales infrahumanas y ausencia de mínimas medidas de seguridad.

El día anterior, ya se habían detectado grietas en alguno de los pisos de las que se alertó a los responsables de la fábrica, sin que ninguna decisión se tomara por parte de la empresa, conociendo que los últimos 4 pisos habían sido “añadidos” y “tolerados”, sin ningún tipo de autorización ni control de lo edificado.

El día 24 los trabajadores suplicaron que no les obligaran a entrar a trabajar por el grave riesgo de derrumbe, pero ante el temor de ser despedidos y perder su reducido salario, la actividad comenzó como cualquier otro día.

Sobre las 8:57 horas el edificio se derrumbó.

Como consecuencia de ello, fallecieron al menos 1.132 personas, resultando heridas otras 2.500.

La fábrica de Rana Plaza era una más dentro del movimiento de externalización de los procesos productivos que los grandes fabricantes de ropa habían comenzado a realizar en los años 90, situando sus centros de producción en países con estructuras sociales, políticas, económicas y legislaciones laborales donde los derechos humanos o el medio ambiente no constituían una prioridad absoluta. Esto era (¿y

1 Siendo el accidente más grave, no era el primero, habiéndose producido con anterioridad un accidente el día 24 de noviembre de 2012 en la fábrica de ropa Tazreen de Bangladesh, donde a consecuencia de un incendio, y debido a que las puertas estaban cerradas y las ventanas enrejadas fallecieron 112 personas, en su mayoría mujeres, que no pudieron salir. O el sucedido el 12 de septiembre de 2012 en Pakistán en la fábrica de Ali Enterprises, donde, de nuevo a consecuencia de un incendio donde fallecieron 254 personas, algunas quemadas como las que se encontraban en la planta baja, otras abrasadas por el agua hirviendo que caía hacia el sótano donde se encontraban, y otras asfixiadas por el humo que ascendía en el resto de plantas, todas ellas ante la imposibilidad de escapar al estar las puertas cerradas y las ventanas enrejadas.

es?) aprovechado convenientemente por esos gigantes económicos, en su mayoría europeos y norteamericanos, subcontratando el trabajo con empresas locales, con unas condiciones laborales absolutamente precarias, que facilitaban el incremento del beneficio, sin contestación social por una población preocupada por la mera subsistencia. De esta manera, se creaba un nuevo orden comercial que alejaba al destinatario de los beneficios, no ya de la concienciación, sino de cualquier responsabilidad frente a la vulneración de los más elementales derechos, no solo laborales, sino humanos.

Como consecuencia del accidente se impulsaron dos iniciativas: una, el Acuerdo sobre Seguridad en Edificios y Contra Incendios de carácter vinculante para las empresas firmantes, entre las que se encontraban marcas internacionales, minoristas y organizaciones sindicales; y la otra, la Alianza para la Seguridad de los Trabajadores de Bangladesh con otras empresas que no habían sido firmantes del anterior acuerdo. Ello supuso que se llevara a cabo la inspección de muchas fábricas, la evaluación de los riesgos y la formación de trabajadores y empresarios.

Este desastre contribuyó a la firma de un nuevo Acuerdo Internacional sobre Salud y Seguridad en la Industria Textil y de la Confección (ACCORD) que entró en vigor el 1 de septiembre de 2021, y cuya vigencia ha sido recientemente renovada con una vocación de carácter transnacional. El ACCOORD representa *un acuerdo jurídicamente vinculante entre empresas y sindicatos para hacer que las fábricas de prendas de vestir confeccionadas y textiles sean seguras. El acuerdo renovado promueve los elementos fundamentales que hicieron que el Acuerdo fuera exitoso, entre ellos: el respeto a la libertad de asociación, la administración e implementación independientes, un alto nivel de transparencia, disposiciones para garantizar que la reparación sea financieramente viable, un programa de capacitación y concientización de los trabajadores del Comité de Seguridad, y un mecanismo de quejas creíble e independiente.*²

No es discutible la loable finalidad del acuerdo como instrumento para garantizar la seguridad de los trabajadores, suponiendo un indudable mecanismo de protección que, aun siendo fruto de una sensibilización tras incontables tragedias humanas, pretende evitar su repetición. Sin embargo, ello no empece para que sí se pueda objetar la completa eficacia del acuerdo y las dificultades para llevarlo a término, si tenemos en cuenta cómo el órgano de implementación, *Ready-made-garment Sustainability Council* (RSC), es un órgano sin capacidad de responsabilizar

2 Acuerdo sobre un nuevo Acuerdo ampliado — International Agreement (internationalaccord.org)

legalmente a las marcas, y con una estructura interna donde las organizaciones sindicales representan el 30% de sus miembros, a diferencia de la participación en el acuerdo que es del 50%, lo que pone de manifiesto la clara posición beneficiosa de las empresas y los riesgos que ello supone, de decisiones impuestas donde la negociación sea tan solo parte de la escenografía.

Prácticamente un año después de la prórroga del ACCOORD, en agosto de 2021, la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2022 decidió enmendar el párrafo 2 de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) para incluir «un entorno de trabajo seguro y saludable» como principio y derecho fundamental del trabajo, atribuyendo además carácter de convenios fundamentales al Convenio Sobre Seguridad y Salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y al Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

El 28 de julio de 2022, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que todas las personas del mundo tienen derecho a un medio ambiente saludable. Previamente, en abril de 2022, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas había declarado el acceso a un “medio ambiente limpio, saludable y sostenible” como un derecho humano universal.

En el ámbito europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), cuya última modificación es de 2013, no reconoce de manera explícita el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, sin embargo, sí se viene admitiendo su protección indirecta a través del TEDH.

Habían transcurrido más de 10 años desde el accidente del Rana Plaza.

En el año 2011, dos años antes del accidente en el Rana Plaza, se habían publicado los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en el seno de las Naciones Unidas, donde y como principio fundacional se establecía en su ordinal 11 lo siguiente:

Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

2. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (CS3D).

2.1 Preámbulo

Antes de entrar en el abordaje del texto, es necesario hacer una breve referencia a la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas o CSRD.

Esta Directiva se enmarca en el acentuado esfuerzo por hacer eficientes las obligaciones en materia de ESG (*Environmental, Social and Governance*), corrigiendo o mejorando los textos que modificaba.

El objetivo era equiparar la información financiera y la sostenibilidad, en respuesta a una cada vez mayor demanda, en los sectores empresariales, de conocimiento de aspectos que comenzaban a ser valorados de manera prioritaria, afectando a su capacidad de obtener inversiones y a la aceptación de su producto o servicio.

Este año 2025 las empresas que se encuentren dentro del ámbito objetivo de aplicación deberán presentar sus primeros informes, si bien es cierto que para muchas de las grandes empresas ello no supondrá una novedad, ya que de manera paulatina han integrado esa información en sus modelos de negocio.

De manera muy abreviada, cabe decir que la Directiva (UE) 2022/2464 regula los *European Sustainability Reporting Standards* (ESRS) que configuran el tipo de información que en materia de medioambiente, aspectos sociales y gobernanza han de contener los informes que las empresas afectadas elaborarán, y que podrán ser accesibles garantizando la transparencia y la competitividad.

A través de estos informes, las empresas habrán de valorar como les afecta las cuestiones sobre sostenibilidad en sus resultados (medioambiente, derechos humanos, gobernanza, lucha contra la corrupción) y que supondrá la explicación del proceso de diligencia debida seguido para el logro de los objetivos que se fijan para la transición hacia una economía verde y sostenible, lo que implica exponer la resiliencia del modelo de negocio frente a la sostenibilidad, los planes llevados a cabo para la consecución del objetivo del Acuerdo de París de limitación del calentamiento global por debajo de 1^o,5^oC, o los programas de detección de adversos reales y potenciales y las medidas para su eliminación o mitigación, etc.

El sector privado tiene un rol claro en la consecución de este Objetivo, ya que es un actor principal para el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo. Así, las empresas deben garantizar condiciones dignas de empleo, tanto a sus trabajadores directos como a través de sus cadenas de suministro, erradicar prácticas que pongan en peligro los derechos laborales, fomentar la contratación de nueva mano de obra, especialmente entre grupos en situación de vulnerabilidad e incrementar la productividad económica, a través del impulso de la I+D+i, la tecnología y el emprendimiento.

El anterior párrafo es parte del contenido de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015, integrando el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 8, y constituye uno de los Considerandos de la Directiva UE 2024/1760 de la que vamos a tratar.

La Diligencia debida (Due Diligence).

La *Due Diligence* surge para configurar un proceso de análisis previo, de investigación de riesgos que permitan preverlos, considerarlos y valorarlos para la toma de decisiones oportunas de carácter empresarial y económico, que posibiliten a una empresa establecer relaciones de aquel carácter con el objetivo de garantizar, en cierta medida, su éxito.

Sin embargo, pronto se amplió su espectro al considerar la necesidad de abordar otros aspectos que podían afectar al reconocimiento social de la empresa, ante la demanda constante de los consumidores e inversionistas sobre el carácter preferente del abordaje de aspectos relacionados con los derechos humanos y el medio ambiente, que se veían o podían verse implicados en la producción del bien o del servicio a lo largo de toda su cadena, y el tratamiento recibido en su generación, como elemento de diferenciación y de posicionamiento en el mercado.

La Diligencia debida, por lo tanto, se enfocará en la prevención de los riesgos, su mitigación y reparación cuando se vean afectados derechos humanos, entre los que se incluyen los laborales y el medio ambiente, como parte de una conducta empresarial responsable, siendo, además, un instrumento de trazabilidad del producto a lo largo de toda la cadena de producción y suministro hasta su llegada al consumidor.

En este sentido, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial responsable, las cuales han sufrido diversas modificaciones desde su elaboración en 1976, suponen un punto de referencia de especial importancia, por su influencia en el funcionamiento de los mercados, así como en el desarrollo de la economía e impulso de nuevos objetivos, a pesar de tener un carácter voluntario.

La *Due Diligence* de las empresas en materia de derechos humanos ya se contemplaba entre los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y ha servido de inspiración para la Directiva de la que nos ocupamos.

A través de los principios reconocidos se destacaba la necesidad de que las empresas desarrollasen una conducta de respeto a los derechos humanos, con independencia de la capacidad de los Estados para garantizarla. Respeto que exige evitar acciones que provoquen consecuencias negativas sobre ellos, prevenirlos, mitigar los efectos de esas acciones y hacer frente a sus consecuencias. Obligación que ha de desplegarse por todo tipo de empresas, sea cual sea su tamaño.

Se fija como medio ineludible para ello la elaboración de políticas de empresa desde los puestos más altos de la organización, con el debido asesoramiento y la notificación pública, como parte de los mecanismos de diferenciación y, por qué no decirlo, de influencia en el resto de las empresas competidoras para que se desenvuelvan de la misma manera.

Esta diligencia debe partir de una evaluación de los efectos reales y potenciales que sus actividades pueden producir en los derechos humanos, necesidad de respetar los derechos laborales y contribuir a proteger el medio ambiente, para lo que se prevé el asesoramiento de expertos independientes en un procedimiento continuo no estático, adaptándose a los nuevos requerimientos que impliquen el desarrollo de nuevas actividades o de nuevos contextos operacionales.

Los objetivos de la *Due Diligence* solo podrán conseguirse si se plantean sobre la base de la imprescindible participación de los grupos afectados y partes inte-

resadas, lo que implicará un profundo conocimiento del entorno de actuación, del espacio geográfico, de los grupos étnicos afectados, personas de especial vulnerabilidad, cuestiones de género y minorías lingüísticas y religiosas. A lo anterior ha de añadirse que, para la adopción de las medidas adecuadas, una vez evaluados los riesgos y sus consecuencias, será necesaria una integración del objetivo en todos los niveles, sin perjuicio de las diferenciadas funciones y obligaciones en cada uno de ellos, que permita decisiones positivas para el éxito del objetivo.

En el ámbito de las legislaciones nacionales de los miembros de la UE, deben destacarse por su anticipación a lo que sería la futura Directiva CS3D, la Ley sobre la Devida Diligencia Corporativa en las Cadenas de Suministro (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, LkSG*) en vigor desde uno de enero de 2023 en Alemania o la Ley sobre el Deber de Vigilancia francesa, la Ley sobre Transparencia en Noruega, Ley de Devida Diligencia sobre el Trabajo Infantil de los Países Bajos, que de una u otra manera, tratan de implementar mecanismos de protección de los derechos humanos anticipados a futuros daños, mediante mecanismos de prevención y de reclamación.

En nuestro país se elaboró el *ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, DE LA SOSTENIBILIDAD Y DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES TRANSNACIONALES*, que fue sometido a consulta pública y como último texto, previo a la convocatoria de las anteriores elecciones generales, data de 2023, y cuya tramitación se encuentra paralizada.

Una vez expuesto el contexto normativo existente durante los trabajos de redacción de la Directiva CS3D, algunos de los cuales han sido tenidos en consideración, corresponde analizar su contenido propio.

2.2. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

La Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad* o CS3D en su justificación y objetivos, pone de manifiesto desde su inicio la falta de capacidad de los Estados³ para garantizar de manera plena el respeto de los

3 Considerando (99): Dado que los objetivos de la presente Directiva,... no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que pueden lograrse mejor a escala de la Unión debido a las dimensiones y los efectos de la acción... la Unión puede adoptar medidas con arreglo al principio de subsidiariedad contem-

derechos humanos y el cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad, siendo necesaria la colaboración de las empresas y su implicación decidida. La Directiva CS3D se muestra también como un instrumento de garantía de la competitividad empresarial, habida cuenta de las políticas de diligencia debida que de manera voluntaria comenzaron a aplicar las empresas, frente a aquellas que no lo hacían, y que podían verse beneficiadas. No cabe duda de que los procesos de diligencia debida previstos en la Directiva CS3D incrementarán los costes empresariales en la generación del producto o del servicio, lo que podía ser aprovechado por otros competidores que no desarrollaran esos procesos, ni tuvieran esos costes, para situarse en una mejor posición en el mercado.

La Directiva CS3D se asienta, en definitiva, en las siguientes bases:

- Diligencia debida.
- Protección de los derechos humanos y el medio ambiente.
- Cadena de actividades.
- Carácter transnacional.
- Integración.
- Efectos adversos reales y potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente.
- Detección y evaluación.
- Prevención, mitigación y eliminación.
- Plan de transición de mitigación del cambio climático
- Reparación.
- Supervisión.
- Sanción.

La justificación de este trabajo se encuentra en la indiscutible consideración de los derechos laborales como derechos humanos, así como en los riesgos que pueden sufrir como consecuencia del cambio climático que, aun ya presente, es vital reconducir a través de políticas de salvaguarda del medio ambiente.

plado en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en ese mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.*

Ya el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, elaborado en el seno de la ONU, en sus artículos 7 y 11, reconocía claros derechos que forman parte de la dignidad humana, de necesaria existencia y respeto para su desarrollo, que a modo de recomendaciones pretendían ser una inspiración de los marcos normativos.⁴

La Directiva, inspirándose en ese Pacto, en su artículo 3, y con remisión a los Anexos de ésta, señala cuáles son los derechos humanos que van a ser objeto de protección a través de los mecanismos que integran la diligencia debida, así como las prohibiciones relacionadas con los mismos y la protección del medio ambiente.

Se distribuyen en los siguientes apartados: una primera parte que se subdivide en dos: I) DERECHOS Y PROHIBICIONES INCLUIDOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, y II) INSTRUMENTOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES; y una segunda parte que lleva como título PROHIBICIONES Y OBLIGACIONES INCLUIDAS EN LOS INSTRUMENTOS MEDIOAMBIENTALES.

En el apartado I de la primera parte se incluyen los siguientes derechos:

1. El derecho a la vida, (...)
2. La prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, (...)
3. El derecho a la libertad y a la seguridad, (...)
4. La prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia de una persona y de los ataques ilegales a su honra o reputación, (...)
5. La prohibición de injerencias en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, (...)
6. El derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, incluido un salario justo y un salario digno adecuado para los trabajadores por cuenta ajena, así como unos ingresos dignos para los trabajadores autónomos y los pequeños agricultores, que obtienen a cambio de su trabajo y su produc-

4 Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. (*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*)

ción una vida digna, unas condiciones de trabajo seguras y saludables y una limitación razonable de las horas de trabajo, (...)

7. La prohibición de restringir el acceso de los trabajadores a una vivienda adecuada, si la mano de obra está alojada en viviendas proporcionadas por la empresa, y de restringir el acceso de los trabajadores a alimentación y vestido adecuados, y a agua y saneamiento en el lugar de trabajo, (...)
8. El derecho del niño al más alto nivel posible de salud, (...) el derecho del niño a la educación, (...) el derecho del niño a un nivel de vida adecuado, (...) el derecho del niño a ser protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, (...) el derecho del niño a ser protegido contra todas las formas de explotación y abusos sexuales y a ser protegido contra el secuestro, la venta o el traslado ilícito a otro lugar dentro o fuera de su país con fines de explotación, (...)
9. La prohibición del empleo de un niño menor de la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, menor de quince años, salvo que el Derecho del lugar de trabajo así lo disponga, (...)
10. La prohibición de las peores formas de trabajo infantil (personas menores de dieciocho años), (...) Esto incluye:
 - a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, así como el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.
 - b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.
 - c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción o el tráfico de estupefacientes.
 - d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.
11. La prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, por el que se entiende todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicha persona no se ofrece voluntariamente, por ejemplo, como resultado de la servidumbre por deudas o de la trata de seres humanos, (...)

12. La prohibición de todas las formas de esclavitud y de la trata de esclavos, incluidas las prácticas análogas a la esclavitud, la condición de siervo u otras formas de dominación u opresión en el lugar de trabajo, como la explotación económica o sexual extrema y la humillación, o la trata de seres humanos, interpretada (...)

13. El derecho a la libertad de asociación y reunión y los derechos de sindicación y de negociación colectiva, interpretados (...)

Estos derechos incluyen lo siguiente:

- a) Los trabajadores tienen la libertad de crear sindicatos o afiliarse a ellos.
- b) La creación, la unión y la afiliación a un sindicato no deben utilizarse como motivo de discriminación o represalias injustificadas.
- c) Los sindicatos son libres de operar de conformidad con sus constituciones y normas, sin injerencia de las autoridades.
- d) El derecho de huelga y el derecho de negociación colectiva.

14. La prohibición del trato desigual en el empleo, a menos que lo justifiquen los requisitos del puesto de trabajo, (...)

Esto incluye, en particular:

- a) El pago de una remuneración desigual por un trabajo de igual valor.
- b) La discriminación por razón de origen nacional, origen social, raza, color, sexo, religión u opinión política.

15. La prohibición de causar cualquier degradación ambiental mensurable, como el cambio nocivo del suelo, la contaminación del agua o del aire, las emisiones nocivas, el consumo excesivo de agua, la degradación de la tierra o cualquier otro impacto en los recursos naturales, como la deforestación, que:

- a) Menoscabe sustancialmente los fundamentos naturales para la conservación y la producción de alimentos.
- b) Deniegue a una persona el acceso a agua potable segura y limpia.
- c) Dificulte el acceso de una persona a las instalaciones sanitarias o las destruya.
- d) Perjudique la salud, la seguridad, el uso normal de la tierra o los bienes adquiridos lícitamente.

- e) Perjudique sustancialmente a los servicios ecosistémicos a través de los cuales un ecosistema contribuye directa o indirectamente al bienestar humano.

16. El derecho de las personas, colectivos y comunidades, a tierras y recursos y a no verse privados de medios de subsistencia, lo que implica la prohibición de desalojar o tomar tierras, bosques y aguas ilícitamente cuando adquieran, desarrollen o utilicen de otro modo tierras, bosques y aguas, incluso mediante deforestación, cuyo uso garantice los medios de subsistencia de una persona, (...)

Como añadido, se contemplan otros instrumentos internacionales sobre derechos y libertades que también contienen derechos humanos dignos de protección, pero con la salvaguarda de que:

- El derecho humano pueda ser objeto de vulneración por parte de una empresa o entidad jurídica.
- La vulneración del derecho humano menoscabe directamente un interés jurídico protegido en los instrumentos de derechos humanos que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva.
- La empresa pudiera haber previsto razonablemente el riesgo de que dicho derecho humano pudiese ser vulnerado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular la naturaleza y el alcance de las operaciones comerciales de la empresa y su cadena de actividades, las características del sector económico y el contexto geográfico y operativo (Art 3.1 c de efecto adverso para los derechos humanos).

Lo anterior se completa con la referencia en el Anexo a las prohibiciones y obligaciones en materia medioambiental, recogidos en una diversidad de instrumentos internacionales que de manera directa afectan a los derechos humanos.

El considerando 32 de la Directiva CS3D expone la finalidad que tiene este instrumento para la protección de los principios y derechos fundamentales definidos por la OIT, entre los que se encuentra el derecho a un entorno seguro y saludable, de incorporación reciente⁵, pero que no aparece en la Sección 2 de la Parte I del Anexo entre los que se denominan convenios básicos y fundamentales de la OIT, como son el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm.

5 Un entorno de trabajo seguro y saludable como principio y derecho fundamental en el trabajo | *International Labour Organization* (ilo.org).

155) o el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).

Tampoco se hace referencia expresa sobre un aspecto de extraordinaria importancia, y donde la sensibilización y protección es prioritaria, como es el género, de plena incidencia sobre los derechos humanos y que, si bien es contemplado por los convenios de la OIT sobre violencia y acoso del año 2029 (núm. 190) o el de protección de la maternidad (núm. 183), no tiene su reflejo expreso dentro del Anexo.

2.3. Ámbito objetivo de aplicación

Las obligaciones que establece la Directiva CS3D se van a exigir con relación a los efectos adversos y potenciales, a las empresas matrices en sus propias operaciones, así como a las de sus filiales y socios comerciales en la cadena de actividades. A este último respecto se ha modificado el ámbito de aplicación, pasando de considerar a las operaciones que se llevasen a cabo dentro de la denominada *cadena de valor* a aquellas que se desenvuelvan dentro de la *cadena de actividades*, cuyo contenido es distinto, y supone un nuevo y específico concepto de esta norma.

El concepto *cadena de actividades* disminuye, tal y como está definido en la Directiva CS3D, el alcance de las operaciones que van a delimitar su ámbito de aplicación.

Con ese término se *excluyen las actividades de los socios comerciales de una empresa que intervienen en los eslabones posteriores de la cadena relacionadas con los servicios de la empresa, (downstream)*, a diferencia de lo que hubiera sucedido de mantenerse el concepto utilizado en la Propuesta de Directiva CS3D *cadena de valor* el cual permitía su *aplicación a las actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio y la utilización y la eliminación del producto, así como las actividades conexas, en las fases anterior y posterior, de las relaciones comerciales establecidas de la empresa*, de tal forma que sería aplicable a todas las fases de elaboración del producto o servicio, desde la obtención de materias primas hasta el momento de su entrega al cliente final.

Esto significa que sí se contemplan las actividades *upstream* en su totalidad (diseño, extracción, fabricación, transporte, almacenamiento, suministro de materias primas, desarrollo del producto o del servicio) y parcialmente las actividades *downstream* (distribución, transporte, almacenamiento), pero excluye de su aplicación a las actividades de eliminación y gestión de residuos del producto.

La determinación de las empresas objeto de la presente Directiva CS3D se ha ido reduciendo conforme se iba negociando. De manera sintética, se ha pasado de empresas con una media de 500 empleados y un volumen de negocios neto superior a 150.000.000 de EUR a tener una media de más de 5.000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 1.500.000.000 EUR, aunque de manera paulatina se va reduciendo, como se puede observar en el apartado 5º de este escrito, hasta disminuir a los 1.000 empleados de media y 450.000.000 EUR de volumen neto de negocio, pero en todo caso, una cifra muy superior a la prevista en la Propuesta, lo que supone una disminución considerable del número de empresas objetivo de la Directiva.

Se han eliminado del texto definitivo a las empresas que desarrollaban sus actividades en sectores de gran impacto en los términos de la OCDE, respecto de alguno de los cuales la Propuesta de Directiva sí las contemplaba⁶, individualizándolas, con unas exigencias de trabajadores y de volumen de negocio inferiores, por el mayor impacto que en los derechos humanos y en el medio ambiente pudieran ocasionar sus actividades.

Se han incluido en el ámbito de aplicación a las empresas que hayan constituido acuerdos de franquicias en la Unión, con un volumen de cánones de más de 22.500.000 EUR en el último ejercicio y siempre que la empresa haya generado un volumen de negocios neto mundial superior a los 80.000.000 EUR.

Todas las empresas a las que nos hemos referido han de estar constituidas conforme a la legislación de algún Estado miembro de la UE, pero también serán aplicables las obligaciones de la Directiva a las empresas que, estando constituidas conforme a la legislación de un tercer país, generen determinado volumen de negocio neto en la Unión, sin que en este caso se exija tener un número determinado de empleados.

6 Si la empresa no alcanza los umbrales fijados en la letra a), tener una media de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones de euros en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales, siempre que al menos el 50% de ese volumen de negocios se haya generado en uno o varios de los sectores siguientes: i) fabricación de textiles, cuero y productos afines (incluido el calzado) y comercio mayorista de textiles, prendas de vestir y calzado; ii) agricultura, silvicultura, pesca (incluida la acuicultura), fabricación de productos alimenticios y comercio mayorista de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas; iii) extracción de recursos minerales, con independencia de su lugar de extracción (incluidos el petróleo crudo, el gas natural, la antracita y la hulla, el lignito, los metales y los minerales metálicos, así como todos los demás minerales, no metálicos, y los productos de cantera), fabricación de productos básicos de metal, otros productos minerales no metálicos y productos metálicos elaborados (con excepción de la maquinaria y el equipo), y comercio mayorista de recursos minerales, productos minerales básicos e intermedios (incluidos los metales y los minerales metálicos, los materiales de construcción, los combustibles, los productos químicos y otros productos intermedios). Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

Las empresas financieras, no obstante, tan solo estarán obligadas a aplicar la Directiva CS3D, si cumplen los requisitos de volumen de negocio y trabajadores, según los casos, pero solo en sus actividades anteriores (*upstream*) no en las posteriores realizadas con sus socios comerciales (*downstream*), si bien, si se prevé la posibilidad de que la Comisión informe para adicionar nuevas garantías en la prestación de sus servicios, por parte de estas empresas, reconociéndose en el Considerando 51 que, el que se denomina *efecto palanca* puede contribuir a la extensión de los objetivos de la Directiva en las actividades con sus socios comerciales que están inicialmente exentas, lo que supone esperar a que la influencia opere como incentivo para el cumplimiento.

Teniendo en cuenta la importancia e influencia que estas empresas pueden tener en la implementación de políticas de respeto a los derechos humanos y el medio ambiente, su exclusión pone de manifiesto un grave defecto de la Directiva CS3D, y es su tibieza inexplicable, que solo se puede entender si se acude a razones puramente economicistas.

También están previstas otras excepciones a la aplicación de la Directiva CS3D recogidas en el art. 2.3, y que se refieren a aquellas empresas matriz de otras, tenedoras de acciones respecto de sus filiales, pero sin participación en la toma de decisiones que las afecten, que quedarán sometidas al consentimiento de la exención por parte de la autoridad de control que habrá de designarse, a salvo de la responsabilidad solidaria que la empresa matriz mantendrá cuando la filial, que habrá sido designada para cumplir con sus obligaciones (las de la matriz) no las haya respetado.

Con todo, la Directiva no será aplicable cuando, durante alguno de los dos últimos ejercicios, la empresa no cumpla con las condiciones económicas de volumen de negocio y/o de empleados, no estando obligadas a cumplir con las obligaciones previstas.

De ello se puede deducir que las empresas puedan querer disminuir alguno de los requisitos exigidos para dejar de quedar obligados, aunque considero que todo dependerá de los esfuerzos en la exigencia normativa realizada por los Estados para el cumplimiento de lo establecido en la Directiva.

Quedan excluidas de manera inicial de la aplicación de la Directiva las pymes⁷ que, sin embargo, van a verse afectadas por las actuaciones que las empresas

⁷ Definición recogida en art. 2.1 «pyme»: una microempresa o una pequeña o mediana empresa, independientemente de su forma jurídica, que no forme parte de un gran grupo, conforme a las definiciones del artículo 3, apartados 1, 2, 3 y 7 de la Directiva 2013/34/UE.

de las que sean socios comerciales, y que sí estén bajo el ámbito de su aplicación, pudieran demandarles como consecuencia de las obligaciones que les son impuestas a aquellas.

De hecho, son numerosas las referencias a las pymes que aparecen a lo largo del articulado, cuando, por ejemplo, y a la hora de determinar las medidas adecuadas para prevenir o mitigar los efectos adversos potenciales o reales que se puedan detectar, se exige a las empresas prestar apoyos para la mejora de su formación, capacitación y gestión, incluso el apoyo financiero cuando se pueda ver afectada la viabilidad de la pyme en el cumplimiento del código de conducta o de los planes preventivos y/o correctivos elaborados por la directamente obligada en la Directiva.

2.4 Objetivos de la Directiva (UE) 2024/1760, (CS3D)

Como sustento de los objetivos que se pretenden, conviene indicar que las obligaciones impuestas en esta Directiva lo son de medios y no de resultados, lo que es de suma relevancia entender por su proyección, tanto en el ámbito de las sanciones previstas por los incumplimientos acreditados, como por lo que respecta a las exigencias de responsabilidad civil frente a daños ocasionados en los derechos que se tratan de proteger.

El enfoque de los objetivos de la Directiva CS3D está basado en el riesgo⁸. Su identificación para prevenirlo y minimizarlo se convierte en la tarea nuclear de las obligaciones de las empresas, a las que ha de añadirse la que lleve aparejada la mitigación de sus efectos para el supuesto de que se materialice.

La diligencia debida, eje vertebrador de los objetivos y obligaciones de la norma, se articula a través de diferentes acciones:

- Integración de la diligencia debida en sus políticas y sus sistemas de gestión de riesgos (*art. 7*).
- Detección, evaluación y, en su caso, priorización de los efectos adversos reales o potenciales (*artículos 8 y 9*).
- Prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales (*art. 10*).

⁸ Considerando 39 de la Directiva: La política de diligencia debida debe garantizar una diligencia debida basada en el riesgo. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

- Eliminación y reparación de los efectos adversos reales (*artículos 11 y 12*).
- Desarrollo de una colaboración constructiva con las partes interesadas (*art. 13*).
- Establecimiento y mantenimiento de un mecanismo de notificación y de un procedimiento de reclamación (*art. 14*).
- Supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida (*art. 15*).
- Comunicación pública sobre diligencia debida (*art. 16*).
- Plan de transición para la mitigación del cambio climático.

Conviene destacar, con carácter previo, cómo el texto final prescinde de cualquier referencia a los administradores de las empresas, al contrario de lo que sucedía en la Propuesta de la Directiva, donde se contemplaban las obligaciones personales de estos órganos de dirección en la toma de decisiones que tuvieran en cuenta los objetivos pretendidos respecto de los derechos humanos y el cambio climático, y la previsión de su incorporación a la legislación de transposición.

Así mismo, y para el mejor entendimiento de las obligaciones establecidas, se debe resaltar la voluntad de la UE de lograr unificar el nivel de protección en esta materia, al considerar esta norma un derecho de mínimos, inalterable, tan solo en lo que suponga una mayor garantía, al impedir en su artículo 4 la introducción en los derechos nacionales de disposiciones que establezcan obligaciones de diligencia debida y de medio ambiente que difieran de las establecidas, a salvo de que sean más estrictas o específicas, pero siempre con el objetivo de alcanzar un nivel de protección nunca inferior.

Como en toda actividad empresarial, el éxito en las metas y objetivos propuestos requiere de una labor integradora de aquellos en todos los niveles, que pasa necesariamente por la adopción de políticas de empresa, de fijación de directrices que orienten su actuación. La Directiva señala tres elementos en los que deberá de quedar reflejado lo antes expuesto: una descripción del enfoque de la empresa aplicado a la diligencia debida, las normas y principios que deben de seguirse en la empresa, filiales y socios comerciales (código de conducta), así como las medidas adoptadas para comprobar el código de conducta. Es decir, la integración plena de la diligencia debida en todos los escalones, sectores y aparatos del organigrama empresarial.

Es evidente que la eficacia de la Directiva exige que aquellas políticas de diligencia debida no sean inmovilistas e inmutables, por lo que al menos cada 24 meses

deberán ser actualizadas. Ello se complementa con la necesidad de revisar las evaluaciones de riesgo realizadas por las empresas, a lo largo de toda la cadena de actividades, al menos cada 12 meses, sin perjuicio de que sea necesario con antelación a este plazo, cuando se produzcan cambios significativos, que se valorarán en atención a los efectos adversos que puedan aparecer.

Para facilitar esta labor, está previsto que la Comisión elabore directrices⁹ con la intervención de los Estados miembros y agencias europeas de derechos fundamentales, de medio ambiente, así como con la Autoridad Laboral Europea, acerca de las buenas prácticas a seguir en la integración de la diligencia debida, evaluación de riesgos, detección, mitigación, acceso a la información disponible, su intercambio y colaboración.

Está previsto que se pongan a disposición antes del 26 de julio de 2027. Si tenemos en cuenta que el plazo máximo para la publicación de la normativa de transposición es el día 26 de julio de 2026, tan solo restará un año para poder dar cumplimiento a las obligaciones de diligencia debida en las empresas de la primera etapa de aplicación.

2.4.1 Detección de efectos adversos.

Como antes decíamos, la diligencia debida se basa en el riesgo. Las diversas obligaciones que se exigen a las empresas tienen como horizonte la detección y

⁹ Artículo 19.2. Las directrices que se emitan con arreglo al apartado 1 incluirán: a) orientaciones y buenas prácticas sobre cómo ejercer la diligencia debida de conformidad con las obligaciones establecidas en los artículos 5 a 16, en particular el proceso de detección con arreglo al artículo 8, la priorización de los efectos con arreglo al artículo 9, las medidas adecuadas para adaptar las prácticas de compra con arreglo al artículo 10, apartado 2, y al artículo 11, apartado 3, la desvinculación responsable con arreglo al artículo 10, apartado 6, y al artículo 11, apartado 7, las medidas adecuadas para la reparación con arreglo al artículo 12, y sobre la manera de determinar las partes interesadas y colaborar con ellas con arreglo al artículo 13, en particular mediante el mecanismo de notificación y el procedimiento de reclamación establecidos en el artículo 14; b) orientaciones prácticas sobre el plan de transición a que se refiere el artículo 22; c) orientaciones sectoriales específicas; d) orientaciones sobre la evaluación de los factores de riesgo asociados a la empresa, las operaciones empresariales, geográficos y contextuales, de los productos y servicios, y sectoriales, en particular los asociados a zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo; e) referencias a los datos y las fuentes de información disponibles para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Directiva, y a las herramientas digitales y las tecnologías que podrían facilitar y respaldar el cumplimiento; f) información sobre la manera de intercambiar recursos e información entre las empresas y otras entidades jurídicas a efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho nacional adoptadas en virtud de la presente Directiva, de una manera conforme con la protección de los secretos comerciales con arreglo al artículo 5, apartado 3, y con la protección frente a posibles represalias y castigos con arreglo al artículo 13, apartado 5; g) información para las partes interesadas y sus representantes sobre cómo colaborar a lo largo del proceso de diligencia debida. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

evaluación de los efectos adversos reales y potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente, y su priorización, lo que supone su eliminación, cuando de los efectos adversos reales se trate, pero también la reparación.

La Directiva CS3D define en el artículo 3¹⁰ lo que ha de entenderse por efecto adverso para los derechos humanos y el medio ambiente.

Por lo que se refiere a las actuaciones de detección y evaluación, no se establecen escalones por los que transitar para el cumplimiento de esta obligación. Ello significa que las empresas obligadas habrán de realizar un *mapeo* de los posibles efectos adversos que se puedan generar en toda su cadena de actividades.

Para ello, deberán inventariar las operaciones propias, así como las de sus filiales y socios comerciales, que permitan detectar los efectos adversos de sus actividades, lo que implicará una labor profunda y detallada de análisis.

El amplio espectro de la Directiva exige que los efectos detectables sean tanto los reales como los potenciales. Esta tarea necesita de la puesta a su disposición de la información relevante que así facilite esa labor. Información que puede recabarse de terceros independientes, y también del acceso a los datos de que se disponga como consecuencia de los mecanismos de notificación y reclamación, que constituyen parte de la diligencia debida y que podrán ser una fuente relevante y muy directa para valorar la afectación.

10 «efecto adverso para el medio ambiente»: las consecuencias adversas para el medio ambiente derivadas de la infracción de las prohibiciones y obligaciones que se enumeran en el anexo, parte I, sección 1, puntos 15 y 16, y parte II, de la presente Directiva, teniendo en cuenta la legislación nacional relacionada con las disposiciones de los instrumentos en él enumerados; c) «efecto adverso para los derechos humanos»: las consecuencias para las personas derivadas de: i) la vulneración de alguno de los derechos humanos enumerados en el anexo, parte I, sección 1, de la presente Directiva, ya que dichos derechos humanos están amparados por los instrumentos internacionales que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva; ii) la vulneración de un derecho humano no enumerado en el anexo, parte I, sección 1, de la presente Directiva, pero amparado por los instrumentos de derechos humanos que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva, siempre que: el derecho humano pueda ser objeto de vulneración por parte de una empresa o entidad jurídica, la vulneración del derecho humano menoscabe directamente un interés jurídico protegido en los instrumentos de derechos humanos que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva, y la empresa pudiera haber previsto razonablemente el riesgo de que dicho derecho humano pudiese ser vulnerado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular la naturaleza y el alcance de las operaciones comerciales de la empresa y su cadena de actividades, las características del sector económico y el contexto geográfico y operativo. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.*

La amplitud de la labor de prevención que se exige a las empresas se ve matizada cuando se considera que ha de darse prioridad a los efectos adversos más graves¹¹, reales y potenciales y de alta probabilidad, para abordar después los menos graves.

Esto tiene su relevancia por lo que a los socios comerciales se refiere y a la solicitud de información. Habida cuenta de los costes que puede suponer para ellos, se establece una prioridad a favor de los socios comerciales, en cuya actividad, sea más probable que el efecto adverso se produzca y sea más grave. En este caso se podrá solicitar la información de manera directa en los términos recogidos en la Directiva, y con protección de los secretos comerciales.

La detección de los efectos adversos potenciales conlleva su prevención a través de los instrumentos previstos. Entre ellos, se encuentran los planes de acción preventiva o las garantías contractuales. Este último instrumento permite a los socios comerciales directos e indirectos poder garantizar frente a la empresa obligada por la Directiva y con la que mantienen relaciones comerciales, que se cumple y respeta el código de conducta o el plan de acción preventiva. Estas garantías contractuales deberán ir acompañadas de medidas de comprobación, incluso a través de terceros.

2.4.2 Eliminación de efectos adversos.

Consecuentemente con la obligación de prevenir y detectar los efectos adversos, era necesario establecer mecanismos para eliminarlos.

La Directiva establece ciertas cautelas en atención a si los efectos son causados por la empresa matriz, filial o socio comercial, bien de manera conjunta o individual, y admite claramente supuestos en los que los efectos puedan no eliminarse inmediatamente, lo que nos lleva a plantearse a qué supuestos nos podemos estar refiriendo, teniendo en cuenta que habrá habido una labor de priorización en la detección de los efectos más graves y probables.

11 La gravedad de un efecto adverso debe evaluarse sobre la base de la escala, alcance o carácter irreparable del efecto adverso, teniendo en cuenta la importancia de este, en particular el número de personas que se vean o vayan a verse afectadas, el grado en que el medio ambiente se vea o pueda verse dañado o afectado de otro modo, la irreversibilidad del efecto y los límites de la capacidad para devolver a las personas afectadas o al medio ambiente a una situación equivalente a la que tenían antes de efecto en un plazo razonable. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.*

De la misma forma que sucede en la fase de detección y prevención, en este nuevo paso, las medidas adecuadas destinadas a neutralizar o minimizar el alcance de los efectos, pueden pasar por la aplicación de planes de acción correctiva con fijación de plazos a los que se califica como razonables, pero definidos, recabar garantías contractuales de cumplimiento de los planes a los socios comerciales, así como la realización de inversiones de todo tipo que permita que el plan trazado sea cumplido, lo que hace que estas empresas sean situadas por la Directiva en una cierta posición de garantía frente al cumplimiento de las obligaciones por parte de sus filiales o socios comerciales.

La Directiva se refiere a las pymes cuando actúan como socios comerciales, asumiendo las limitadas posibilidades y recursos de los que puedan disponer, obligando a las empresas que con ellas contraten a realizar actividades de capacitación, formación, mejora de sistemas de gestión, así como apoyo económico y financiero específico, con el objeto de crear las mejores condiciones para el cumplimiento del código de conducta y plan de acción.

De la misma forma y por lo que a los socios comerciales indirectos afecta y respecto a los efectos adversos reales de difícil eliminación o minimización, se podrán recabar garantías contractuales de cumplimiento.

La Directiva establece una última medida extraordinaria para aquellos supuestos en los que las anteriores no sean eficaces para eliminar o minimizar el alcance de los efectos adversos reales, y es la de cesar en el establecimiento de nuevas relaciones con los socios comerciales, en cuyo seno hayan surgido los efectos. Sin embargo, esta medida tan solo cabrá adoptarla cuando las expectativas de que determinados refuerzos implementados para coadyuvar al cumplimiento del código de conducta y plan de acción correctivo no sean satisfactorios, siempre que el Derecho que rija sus relaciones lo permita y solo si esta medida no produce efectos adversos más graves que aquellos que se tratan de minimizar o eliminar. Estas previsiones constituyen un ejemplo más de lo que caracteriza a esta Directiva y no es otra cosa que el excesivo empleo de conceptos jurídicos indeterminados, que pueden ocasionar una importante zozobra en su eficacia, con la evidente trascendencia que ello supone cuando de derechos humanos y su protección se trata.

Ejemplo de lo expuesto también es la previsión que se contempla para los casos en los que se decida la no suspensión de las actividades con estas entidades y el carácter *periódico* de las evaluaciones de las medidas adoptadas en su defecto.

3. La Directiva y el medio ambiente. El medio ambiente como derecho humano.

No ha sido hasta el día 28 de julio de 2022 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas, en una decisión histórica, ha declarado derecho humano el medio ambiente saludable. Ello ha sido resultado de un largo camino, trufado de cuestionamientos meramente oportunistas, que siempre han contemplado el medio ambiente y su protección como referencia y manifestación de posturas ideologizadas, y que han generado discursos, objeciones, e incluso decisiones que ponían y ponen en peligro la salud mundial.

Es cierto que estas declaraciones no son jurídicamente vinculantes, pero el hecho de que de los 193 países que forman parte de la ONU, 161 votaran a favor sin emitirse un voto en contra, expone, al menos, el compromiso de una obligación moral de traslación a la normativa nacional, por lo que de prestigio y reconocimiento internacional supone alinearse con decisiones de esta relevancia.

Difícilmente se puede negar la relación que hay entre un medio ambiente deteriorado, —que viene generando un cambio en el clima, cuyas consecuencias todos padecemos y que se traducen en grandes y prolongadas sequías, inundaciones, incendios, contaminación de las tierras y acuíferos, con la afectación que ello supone en las cosechas y en la cría animal— y los derechos humanos a los que puede afectar. Aun así, se siguen produciendo ciertas situaciones de complacencia frente a posturas negacionistas, y una preocupante laxitud normativa.

Lo mismo cabe decir de la “desasosegante tranquilidad” con la que la protección de los más básicos derechos humanos se viene considerando un deber prioritario. Es en este siglo XXI cuando se ha publicado la Directiva que estamos tratando, que de inicio se aplicará tan solo a un número de empresas reducido, aunque esperemos que sirva de punto de salida y no de meta.

No obstante, la Directiva que nos ocupa contempla de manera diferenciada los derechos humanos y el medio ambiente, aunque será incuestionable la interrelación normativa que entre ellos se producirá en las legislaciones nacionales que la traspongan. Quizá ello suponga un aliciente para que el derecho a un medio ambiente saludable no sea considerado tan solo, como un principio que ha de regir la toma de decisiones políticas o económicas, sino que se sitúe junto con los derechos más relevantes de nuestra Constitución.

El mecanismo que la Directiva desarrolla como protección del medio ambiente que las empresas implementarán, se desarrolla en su artículo 22, y se basa, en esencia, en la elaboración de un plan de transición para la mitigación del cambio climático con el objetivo de lograr una neutralidad climática, plan cuyo contenido será el siguiente:

- a. Los objetivos acotados en el tiempo relacionados con el cambio climático para 2030 y por etapas de cinco años hasta 2050, basados en datos científicos concluyentes y, en su caso, objetivos absolutos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero: para las emisiones de gases de efecto invernadero de alcance 1, de alcance 2 y de alcance 3 para cada categoría significativa.
- b. Una descripción de las palancas de descarbonización detectadas y de las acciones clave previstas para alcanzar los objetivos mencionados en la letra a), incluidos, en su caso, los cambios en la cartera de productos y de servicios de la empresa y la adopción de nuevas tecnologías.
- c. Una explicación y una cuantificación de las inversiones y la financiación para apoyar la ejecución del plan de transición para la mitigación del cambio climático.
- d. Una descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta al plan de transición para la mitigación del cambio climático.

Este plan deberá actualizarse cada 12 meses, relacionando los avances logrados en el cumplimiento de los objetivos que se contemplan.

La degradación del medioambiente y sus consecuencias son claramente percibidas por todos. Las implicaciones que suponen en derechos humanos básicos, como la vida o la salud, son incuestionables. Los mecanismos establecidos en la Directiva tratan también de paliar aquellos efectos, de evitar la degradación del entorno forestal, de los acuíferos o del propio clima, con la finalidad de frenar lo que viene sucediendo desde hace años, que es la emigración climática que genera un nuevo tipo de refugiado por condiciones medioambientales, y que implica el desplazamiento de decenas de miles de personas cada año en busca de un nuevo lugar con un clima que simplemente les permita vivir. La elaboración de una hoja de ruta que aborde estos desplazamientos se hace imprescindible y necesaria, y un buen comienzo podrá ser la aplicación del contenido de esta Directiva.

No obstante, el horizonte se aprecia en estos días más lejano y confuso si tenemos en cuenta la decisión presidencial norteamericana de retirar a los EE. UU. del Acuerdo de París¹².

4. Intervención de las partes interesadas.

Todas las operaciones descritas necesitarán de la colaboración de las denominadas partes interesadas (*stakeholders*). La Directiva, en su texto definitivo, ha ampliado la consideración de partes interesadas¹³ a las organizaciones sindicales e incluso a las organizaciones no gubernamentales que no aparecían en la Propuesta.

La colaboración que se pretende establecer ha de desarrollarse en la totalidad de las etapas y fenómenos en los que se ha de materializar la *Due Diligence*.

Esta colaboración solo será constructiva si se les facilita la información necesaria que permita que su intervención sea oportuna e integradora, para poder definirla como constructiva, y no meramente contemplativa o asertiva respecto de las decisiones que de especial relevancia se puedan adoptar. De hecho, se establece un mecanismo de solicitud de información adicional, si se considera que la proporcionada no es suficiente, debiéndose de dar respuesta, incluso en el supuesto de que se denegase la información solicitada.

La forma de intervención que se establece es a través de la consulta con las partes en todas las fases, de detección, evaluación, priorización, desarrollo de los planes de acción correctiva y mejoras, adopción de las medidas de reparación; reconociéndose que deberá garantizarse que los participantes no reciben represalias, así como su anonimato.

12 <https://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/2020/11/estados-unidos-abandona-oficialmente-acuerdo-de-paris>.

13 «partes interesadas»: los empleados de la empresa, los empleados de sus filiales, los sindicatos y representantes de los trabajadores, los consumidores y otras personas, colectivos, comunidades o entidades cuyos derechos o intereses se vean afectados, o puedan verse afectados, por los productos, servicios y operaciones de dicha empresa, sus filiales y sus socios comerciales, incluidos los empleados, sindicatos y representantes de los trabajadores de los socios comerciales de la empresa, las instituciones nacionales medioambientales y de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil entre cuyos fines se incluya la protección del medio ambiente, y los representantes legítimos de dichas personas, colectivos, comunidades o entidades; Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*.

Ha de valorarse la decidida voluntad de la Directiva de hacer eficaz y efectiva la colaboración de las partes interesadas, ya que, si bien permite acudir a iniciativas sectoriales o multilaterales en esta labor de consulta, solo se entenderá cumplido el mandato de colaboración cuando se haya llevado a cabo la consulta con los trabajadores de la empresa y sus representantes.

La intervención a la que da título este apartado se extiende a la posibilidad de presentar reclamaciones ante lo que se denomina *inquietudes fundadas* frente a los efectos adversos reales o potenciales, que permiten llevar a cabo un proceso de investigación para comprobar la realidad de lo informado, y solicitar medidas de protección y cesación de los efectos.

Por parte de los Estados habrán de regularse los procedimientos y canales para que se puedan hacer llegar esas inquietudes a las autoridades de control previstas.

Iniciado el procedimiento, y llevada a cabo, en su caso, la investigación, habrán de comunicarse los resultados de la evaluación, su motivación, así como la indicación de los procedimientos de recursos administrativos o judiciales correspondientes, en respuesta a la decisión tomada.

A este respecto es importante destacar cómo el artículo 26 de la Directiva hace referencia a que cualquier persona física y jurídica podrá plantear estas inquietudes fundadas (que no son otra cosa que denuncias frente a posibles situaciones generadoras de incumplimientos en la normativa de derecho nacional), lo que implica un amplio espectro en la legitimación activa para iniciar actuaciones investigadoras o inspectoras.

Es cierto que el apartado 6 de este artículo parece acotar la legitimación al referirse a los sujetos que tengan un *interés legítimo*, como aquellos que podrán dirigirse a órganos administrativos o judiciales para la revisión de la legalidad de las decisiones tomadas como consecuencia de esas denuncias, pero ese *interés legítimo* no se menciona cuando se trata de fijar la legitimación en la manifestación inicial de esa inquietud.

Las legislaciones nacionales, a la hora de trasponer la Directiva, podrán fijar la concreta legitimación para la denuncia de esas inquietudes, pero lógicamente con los límites fijados en la Directiva de origen, lo que puede ser determinante como expresión de la proactividad en la consecución de sus objetivos.

5. Ámbito temporal de aplicación.

La aplicación se realizará de manera paulatina durante el periodo comprendido entre 2027 y 2029, en función de los volúmenes de negocio y número de trabajadores que se indican en el art. 37, y se calcula que unas 500 empresas estarán afectadas en España y alrededor de 5.400 en UE.

De esta forma, los periodos temporales serán los siguientes:

A partir del 26 de julio de 2027, en lo que respecta a las empresas a que se refiere el artículo 2, apartado 1¹⁴, letras a) y b), constituidas de conformidad con la legislación del Estado miembro y que tengan más de 5.000 empleados de media y hayan generado un volumen de negocios mundial neto superior a 1.500 millones EUR en el último ejercicio anterior al 26 de julio de 2027 para el que se hayan aprobado o se deberían haber aprobado estados financieros anuales, con excepción de las medidas necesarias para dar cumplimiento al artículo 16, que los Estados miembros aplicarán a dichas empresas durante los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2028;

A partir del 26 de julio de 2028, en lo que respecta a las empresas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), constituidas de conformidad con la legislación del Estado miembro y que tengan más de 3.000 empleados de media y hayan generado un volumen de negocios mundial neto superior a 900 millones EUR en el último ejercicio anterior al 26 de julio de 2028 para el que se hayan aprobado o se deberían haber aprobado estados financieros anuales, con excepción de las

14 Artículo 2.1. La presente Directiva se aplicará a las empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros y que cumplan algunas de las condiciones siguientes:

a) tener una media de más de 1.000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450.000.000 EUR en el último ejercicio respecto del que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales; b) aun no habiendo alcanzado los umbrales a que se refiere la letra a), ser la empresa matriz última de un grupo que haya alcanzado dichos umbrales en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales consolidados; c) haber celebrado, o ser la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y los correspondientes cánones hayan ascendido a más de 22.500.000 EUR en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios mundial neto superior a 80.000.000 EUR en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.*

medidas necesarias para dar cumplimiento al artículo 16, que los Estados miembros aplicarán a dichas empresas durante los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2029;

A partir del 26 de julio de 2027, en lo que respecta a las empresas a que se refiere el artículo 2, apartado 2¹⁵, letras a) y b), constituidas de conformidad con la legislación de un tercer país y que hayan generado un volumen de negocios neto superior a 1.500 millones EUR en la Unión en el ejercicio anterior al 26 de julio de 2027, con excepción de las medidas necesarias para dar cumplimiento al artículo 16, que los Estados miembros aplicarán a dichas empresas durante los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2028;

A partir del 26 de julio de 2028, en lo que respecta a las empresas a que se refiere el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), constituidas de conformidad con la legislación de un tercer país y que hayan generado un volumen de negocios neto superior a 900 millones EUR en la Unión en el ejercicio anterior al 26 de julio de 2028, con excepción de las medidas necesarias para dar cumplimiento al artículo 16, que los Estados miembros aplicarán a dichas empresas durante los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2029;

A partir del 26 de julio de 2029, en lo que respecta a todas las demás empresas a que se refieren el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), y el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), y las empresas a que se refieren el artículo 2, apartado 1, letra c), y el artículo 2, apartado 2, letra c), con excepción de las medidas necesarias para dar cumplimiento al artículo 16, que los Estados miembros aplicarán a dichas empresas durante los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2029.

15 Artículo 2.2.2. La presente Directiva se aplicará también a las empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de un tercer país y que cumplan alguna de las condiciones siguientes: a) haber generado un volumen de negocios neto superior a 450.000.000 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero; b) aun no habiendo alcanzado los umbrales fijados en la letra a), ser la empresa matriz última de un grupo que, en base consolidada, haya alcanzado dichos umbrales en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero; c) haber celebrado, o ser la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes, y dichos cánones hubieran ascendido a más de 22.500.000 EUR en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios neto superior a 80.000.000 EUR en la Unión en el ejercicio anterior al último ejercicio financiero. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*.

6. Instrumentos de control por parte de los Estados establecidos en la Directiva.

Para abordar este epígrafe es necesario, en primer lugar, determinar cuál será la autoridad de control encargada de la supervisión, fiscalización, control y, en su caso, sanción en el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la Directiva, y su competencia.

Por lo que al ámbito de control de la autoridad se refiere, aquel conforme al artículo 24.1 de la Directiva que nos ocupa, tratará de comprobar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por cada uno de los Estados miembros de la UE adoptadas conforme a los artículos 7 a 16 y 22, es decir integración de la diligencia debida en las políticas y sistemas de gestión de riesgos de la empresa, detección y evaluación de efectos adversos reales y potenciales, priorización de efectos reales y potenciales detectados, prevención de los efectos potenciales adversos, eliminación y reparación de efectos adversos reales, control de los mecanismos de colaboración con las partes interesadas, procedimientos de notificación y reclamación, obligaciones de supervisión y de comunicación así como las adoptadas para la lucha contra el cambio climático.

Por lo que se refiere a cuál será el Estado cuya autoridad ejercerá esa función de control, nos encontramos, evidentemente, ante situaciones donde las empresas implicadas pueden operar en todos o solo en alguno de los Estados miembros de la UE, y cuya estructura es compleja, formada por empresas que pueden ser matrices de otras que actúan como filiales o que desarrollan actividades como socios comerciales, lo que precisa de la concreción de cuál es la autoridad que tiene la competencia territorial.

La Directiva, en atención a si la empresa se ha constituido conforme a la legislación de alguno de los Estados miembros de la UE, o conforme a la normativa de terceros países, distingue quién ha de ser la autoridad de control.

Para empresas constituidas conforme a la legislación de alguno de los países de la UE, establece en su artículo 24.2 que será la del Estado miembro donde la empresa tenga su domicilio social.

Más compleja es la determinación de la competencia cuando se trate de empresas constituidas conforme a la legislación de un tercer Estado. En este supuesto las variables son las siguientes:

- Si la empresa tiene sucursal, será competente el Estado miembro donde aquella radique.
- Si no tiene sucursales, el Estado competente será donde la empresa haya generado la mayor parte de su volumen de negocios.
- Si la empresa tiene sucursales en varios Estados, el competente, al igual que el anterior, será donde la empresa haya generado la mayor parte de su volumen de negocios.
- Si se produce cambio en las circunstancias que determine una modificación territorial del lugar de generación de negocio, la empresa podrá presentar una solicitud motivada para que sea un nuevo Estado miembro el competente.¹⁶

Puede suceder que, conforme a lo desarrollado en el artículo 6, las empresas matrices cumplan con las obligaciones señaladas en la presente Directiva en nombre de sus filiales, como forma de apoyo al cumplimiento de las obligaciones a nivel de grupo. En este caso será competente la autoridad que territorialmente corresponda a la filial, sin perjuicio de la colaboración que deberá prestar la que corresponda a la empresa matriz. Para ello, el instrumento de cooperación esencial lo constituirá la Red Europea de Autoridades de Control, a la que después nos referiremos.

Antes de continuar, conviene referirse a las medidas que la Directiva establece para las empresas constituidas con arreglo a un tercer Estado no perteneciente a la UE, como instrumentos de referencia a los que poder dirigirse los Estados en sus labores de vigilancia y supervisión.

Se prevé la obligación de que estas empresas designen a un representante autorizado, bien sea persona física o jurídica domiciliada en uno de los Estados miembros en los que la empresa desarrolle su actividad.

Este representante deberá poder facilitar información acerca del cumplimiento de sus obligaciones, y será la persona de referencia para la recepción de las comunicaciones que se puedan realizar en aplicación de la legislación nacional elaborada para la adaptación normativa de la Directiva.

¹⁶ En todo caso el volumen de negocios a tener en cuenta se determina conforme a los parámetros cuantitativos y temporales previstos en el art. 24. 3: *la mayor parte de su volumen de negocios neto en la Unión en el ejercicio financiero anterior al último ejercicio financiero, antes de la fecha indicada en el artículo 37, o de la fecha en la que la empresa cumpla por primera vez los criterios establecidos en el artículo 2, apartado 2, si esta última es posterior.* Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

6.1. Autoridades de control.

Para el desarrollo de las funciones de control y de supervisión, la Directiva CS3D establece la obligación de que los Estados designen a las autoridades encargadas de ello, y que actuarán conforme a los criterios territoriales de competencia antes mencionados. Podrán ser designadas varias autoridades de control, pero deberán tener correctamente delimitadas sus competencias de actuación. De hecho, y quizá por su especial complejidad y especialización, se permite que, para las empresas financieras, las propias autoridades que ejercen ya facultades de regulación e inspección sean a su vez autoridades de control de las obligaciones emanadas de la Directiva.

Para garantizar la eficacia de sus funciones, se exige que todas las personas que formen parte de estos órganos de control actúen de manera imparcial, con transparencia y respeto del secreto profesional, libre de influencias externas y, lógicamente, estén al margen de cualquier interés que pueda entrar en conflicto con las empresas sobre las que van a ejercer sus facultades.

La Directiva fija la fecha del 26 de julio de 2026 como límite temporal para la comunicación a la Comisión, de la identidad de las autoridades de control y sus funciones diferenciadas si hubiera varias. Esta fecha es la misma que se fija para la adopción de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales que, adoptando y adaptando la Directiva, permitan su aplicación, lo que supone que existirá un plazo de un año —hasta el 26 de julio de 2027— para que las primeras empresas a las que se exigirá el cumplimiento de la aplicación de la normativa de transposición adopten sus sistemas de gestión de riesgos a las nuevas obligaciones.

El listado de Autoridades de Control, sus modificaciones, así como sus competencias, se deberán de publicar en la web de la Comisión, a la que harán llegar los informes periódicos —anuales— que cada Estado elaborará sobre sus actividades.

6.2. Competencias

Como lógica consecuencia de las funciones antes mencionadas, que habrán de desplegar estos órganos de la administración de cada Estado miembro, se les deberá dotar de todos los recursos necesarios para que sus funciones produzcan los efectos deseados.

Estos recursos irán encaminados a proporcionar los instrumentos precisos para las labores de inspección, investigación, sanción y adopción de medidas de cesación o repetición de la conducta, pudiendo ordenar la reparación en los términos señalados en la Directiva¹⁷, e incluso adoptar medidas provisionales en caso de riesgo inminente de daño o peligro grave.

La actuación de esta autoridad de control, no lo será exclusivamente por una intervención de oficio, sino, y es de especial relevancia, cuando se hayan comunicado inquietudes infundadas en los términos del artículo 26, lo que supone una importante habilitación a todos aquellos que puedan verse afectados en sus intereses por resultar en riesgo determinados bienes jurídicos contemplados en la Directiva, pudiendo actuar a través de organizaciones civiles de defensa de los mismos, expandiendo las posibilidades de vigilancia, control y denuncia. Cabe destacar cómo la Directiva establece cómo las legislaciones nacionales deberán garantizar el anonimato y la confidencialidad de las organizaciones o particulares que comuniquen tales *inquietudes*.

Las actuaciones de inspección llevadas a cabo por parte de esta autoridad podrán ser comunicadas previamente a la empresa, a salvo de que de ello pueda derivarse un menoscabo en la labor inspectora.

Durante el desarrollo de esa labor de investigación o de inspección es posible que sea necesaria alguna actuación fuera del Estado miembro competente, en este caso se prevé la asistencia y colaboración por parte de la autoridad de control de otro Estado miembro, la cual deberá de dar una respuesta en un plazo máximo de un mes, pudiendo en determinadas circunstancias prorrogarse hasta dos meses. Si como resultado de esta investigación se suscitara dudas acerca de a quién le corresponde la competencia para seguir conociendo, será la Red Europea de Autoridades de Control que habrá de crearse, la que establecerá mecanismos de coordinación para su resolución.

Para el desarrollo de sus funciones, las autoridades de control podrán solicitar la cooperación de otras autoridades, así como la intervención judicial cuando sea necesario conforme al derecho nacional aplicable al lugar de la inspección.

17 «reparación»: devolver a la persona o personas, las comunidades o el medio ambiente afectados a una situación equivalente o lo más similar posible a la que habrían tenido de no haberse producido el efecto adverso real, que guarde proporción con la implicación de la empresa en el efecto adverso, incluso mediante una compensación financiera o no financiera proporcionada por la empresa a la persona o personas afectadas por el efecto adverso real y, en su caso, el reembolso de los costes soportados por las autoridades públicas por cualquier medida reparadora necesaria; Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*.

Esta facultad tiene su especial interés en tanto está prevista la colaboración de las autoridades de otros países miembros, en aquellos casos en los que, como consecuencia de la inspección llevada a cabo, fuera necesaria alguna actuación inspectora por parte de otro Estado miembro. Difícilmente se darán situaciones dispares de tal intensidad que puedan afectar a los derechos de cualesquiera de los que resultaran inspeccionados, habida cuenta de la cada vez mayor uniformidad en la legislación de la UE. Sin embargo, en algunas ocasiones se podrían suscitar conflictos en el acceso a determinada información, por ejemplo, necesaria para la actuación inspectora, y en la forma de obtenerla con determinadas garantías, judiciales o no, diversas de cada Estado.

En todo caso, la Directiva dispone que los Estados arbitren vías de recurso frente a cualquier decisión con relevancia jurídica llevada a cabo por las Autoridades de Control.

Antes hacíamos referencia a la Red Europea de Autoridades de Control y a su función de canalización de los posibles conflictos competenciales. La Directiva crea en el seno de la Comisión una Red que actúe como órgano de control que garantice la cooperación, así como la armonización en las prácticas de investigación y sanción de las Autoridades de Control de cada Estado miembro de la UE.

A través de esta Red se realizará el importante y necesario intercambio de información, en especial respecto de empresas de terceros países, para la comprobación de los requisitos que la Directiva establece para considerarla obligada a sus previsiones, sirviendo la Comisión como órgano de comunicación de esa información entre cada Estado miembro para la determinación de su competencia.

Dentro de las competencias de la Red Europea de Autoridades de Control, además de la labor de coordinación en la transmisión de información, tiene relevantes competencias que facilitan la transparencia en la comunicación y así deberá de publicar las decisiones de todas las Autoridades de Control que impongan sanciones, así como un listado de empresas de terceros países sujetas a la aplicación de la Directiva.

La Directiva CS3D, parte de la constatación de la ausencia de la plena eficacia de la autorregulación, o si se quiere, de la autorresponsabilidad de las empresas en el cumplimiento de los objetivos implicados de respeto a los derechos humanos y medio ambiente. Esta constatación está en la base del documento a través de la imposición de todas y cada una de las obligaciones que se han descrito, creando un

instrumento normativo de carácter obligatorio. Pero va más allá, por cuanto, a la vez de señalar las obligaciones y la existencia de órganos de control de su cumplimiento, prevé el otro instrumento necesario para dotar de relevancia tanto a unas como a otras y que es revelador del fracaso autorregulatorio, como es el catálogo de sanciones que incentivarán el respeto y cumplimiento de los objetivos de la Directiva.

Se podrá discutir la oportunidad y pertinencia de un sistema sancionador. Es cierto que solo la implicación en profundidad y plena de todos los responsables en la toma de decisiones empresariales, que afecten o puedan afectar a los derechos humanos, conseguiría la imprescindible conciencia de la importancia de su respeto. Pero por mucho que pueda parecer una obviedad, ello resulta insuficiente, al menos en este momento actual, por lo que la *sanctio* frente al incumplimiento, deviene en mecanismo necesario para conseguir los fines propios de toda pena que se pueden resumir en uno solo, que no es otro que el de influenciar de manera particular y general en el cumplimiento de la norma.

La Directiva en el artículo 27 regula las sanciones que se podrán imponer ante incumplimientos de las normas de derecho nacional que traspongan la Directiva, y establece dos tipos de sanciones:

- Pecuniarias
- Declaraciones públicas.

El segundo tipo de sanciones previstas puede verse como una clara manifestación del deseo y objetivo de la Directiva de servir de cauce indirecto, para incrementar el beneficio reputacional de la empresa, de tal forma que las incumplidoras, no solo de la normativa, sino de la consecuencia económica que como sanción se imponga, vean de alguna forma repercutirlo en su consideración pública. Pueden ser de especial relevancia este tipo de sanciones si se tiene en cuenta que el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva podrá formar parte de los criterios en la contratación pública y en la adjudicación, por ejemplo, de concesiones.

De la misma forma, este conocimiento puede ser determinante a la hora de entablar nuevas relaciones comerciales con la empresa implicada, en tanto en cuanto las obligaciones implícitas en la diligencia debida que han de desarrollar las empresas, les exigen tomar en consideración las expectativas de prevención de los efectos adversos reales y potenciales, así como su eliminación a la hora de entablar o mantener relaciones comerciales, tal y como se expresan los artículos. 10 y 11 de la Directiva CS3D.

Por lo que al importe de las sanciones pecuniarias se refiere, será cada Estado miembro quien, en la legislación de transposición, las concrete. Solo se fija un límite máximo y es que éste al menos será del 5% del volumen mundial neto de negocios en el año anterior a la imposición de la sanción, y cuando se trate de un grupo de empresas, la referencia económica lo será al volumen de negocios consolidados de la empresa matriz.

En este, así como en otros relevantes aspectos, la Comisión ha de servir de catalizador que matice, por un lado, y por otro potencie las legislaciones nacionales de los Estados miembros para el establecimiento de los entornos y espacios normativos eficaces y equitativos.

Proclama la Directiva una serie de circunstancias que podrán operar como agravantes o atenuantes de la responsabilidad empresarial y que definan el importe de la sanción. No se trata de un *numerus clausus*, ya que se introduce una cláusula final abierta que permita la apreciación de otras distintas, pero igualmente relevantes:

- a. La naturaleza, gravedad y duración de la infracción, así como la gravedad de los efectos derivados de dicha infracción.
- b. Las inversiones realizadas y cualquier apoyo específico prestado de conformidad con los artículos 10 y 11.
- c. Toda colaboración con otras entidades para hacer frente a los efectos de que se trate.
- d. Cuando proceda, la medida en que se tomaron decisiones de priorización de conformidad con el artículo 9.
- e. Las infracciones previas pertinentes de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a la presente Directiva cometidas por la empresa y constatadas por una resolución definitiva.
- f. La medida en que la empresa ha llevado a cabo cualquier medida de reparación en relación con el asunto de que se trate.
- g. Los beneficios económicos obtenidos o las pérdidas evitadas por la empresa debido a la infracción.
- h. Cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso de que se trate.

7. Responsabilidad civil de las empresas y derecho a una indemnización íntegra

De entre las opciones que el regulador comunitario tenía a su disposición y que serían demostrativas de la decidida voluntad de hacer de los derechos humanos *el elefante* de la habitación, se ha optado por aquella que menos influencia positiva puede tener en los destinatarios de las obligaciones que la Directiva establece. El legislador comunitario ha decidido regular una responsabilidad civil por los daños basada en el dolo o culpa, trasladando la obligación de acreditar la relación causal a los reclamantes, descartando una responsabilidad de carácter objetivo.

La Directiva no contempla mecanismos de reclamación de la responsabilidad civil de carácter extrajudicial, que también constituyen medios eficaces de reparación. Sorprende esta ausencia, cuando el establecimiento de mecanismos de resolución de conflictos de carácter extrajurídico constituye la tónica general en las legislaciones de nuestro entorno, no ya como requisito previo de acceso a los tribunales— que a veces puede constituir un obstáculo— sino, como decíamos, como un mecanismo eficaz, de fácil acceso y de (deseables) reducidos costes económicos. Sirva como ejemplo y, por lo que a la legislación española se refiere, la potenciación de los mecanismos de mediación, conciliación y resolución de conflictos no jurisdiccionales introducidos en Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, *de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*.

Abundando en lo expuesto, resulta llamativo cómo, reconociendo la Directiva la influencia que los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos tienen en ella, obvia el número 27 que establece:

Los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.

El artículo 29 de la CS3D establece que las empresas podrán ser responsables de los daños causados a una persona física o jurídica, siempre que se hayan producido como consecuencia del incumplimiento, voluntario o negligente, de los deberes de prevención, mitigación y eliminación de los efectos adversos de sus operaciones, siempre que afecten a alguno de los derechos recogidos en el Anexo de la Directiva y tengan por objeto la protección de la persona física o jurídica conforme al Derecho nacional.

De esta definición se extrae lo siguiente:

- Quedan al margen del régimen de r.c. los daños puramente medioambientales¹⁸.
- La vulneración de las obligaciones de las que derive el daño habrá de producirse de manera dolosa o negligente.
- Vinculación entre el daño y los intereses jurídicos de la persona, conforme al derecho nacional. Podrán quedar fuera daños sufridos a bienes jurídicos propios de determinados derechos que, si bien están incluidos en el Anexo de la Directiva, pueden no estar protegidos por el derecho nacional.
- El demandante habrá de probar el incumplimiento.
- El demandante habrá de probar la relación de causalidad entre la vulneración de las obligaciones y el daño.

Se establece un plazo de prescripción para la presentación de demandas de 5 años, salvo que la legislación nacional establezca otro de mayor duración.

El plazo comenzará a correr solo cuando la infracción haya cesado y el demandante haya podido tener conocimiento del comportamiento y hecho vulnerador de las obligaciones que constituye la infracción, el daño sufrido y de la identidad del infractor.

Pudiera considerarse un plazo razonable de prescripción. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta la asimetría entre la empresa y la persona o personas afectadas. La diferente posición de poder y de capacidad de acceso a los datos necesarios para la formulación de la demanda. Con relación a ella, es cierto que se establece la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan ordenar a la empresa la exhibición de pruebas que la empresa tenga en su poder y que se consideren relevantes, siempre que la demanda tenga la suficiente viabilidad, lo que exige tener acceso a las pruebas necesarias para su fundamentación, al que la Directiva se refiere como razonable.

La exhibición de esa documentación, no obstante, estará sometida a condiciones, así será necesario que la demanda esté respaldada por hechos y pruebas, lo que parece que no supondrá un nuevo examen de su admisibilidad para el inicio del procedimiento, sino que afectará al propio fondo del asunto; el coste de la exhibición, así como la afectación de terceros, si está implicada información confidencial.

¹⁸ Hay que destacar, en todo caso, cómo el tratamiento diferenciado que parece hacerse en el texto es corregido al permitir posibles reclamaciones de responsabilidad civil derivada, de los efectos adversos en el medio ambiente, aun cuando se pueda producir de manera paralela una reclamación relacionada con los derechos humanos, así parece derivarse del art. 29.6.

La legitimación activa se residencia en las personas, físicas o jurídicas, que han sufrido el daño. Se permite también la presentación de demandas en nombre de aquellas por parte de sindicatos, organizaciones no gubernamentales dedicadas a los derechos humanos y el medio ambiente, siempre que mantenga una presencia permanente y no se dedique de manera comercial a realizar esta actividad.

Por otro lado, y por lo que se refiere a la legitimación pasiva, lo serán las empresas incumplidoras causantes del daño, a salvo de daños ocasionados tan solo por los socios comerciales, en cuyo caso no podrá ser considerada responsable. Esto, parece que impide reclamaciones en materia de responsabilidad civil en estos casos, al no poder exigir una responsabilidad vicarial a la mercantil principal. Al fijarse este límite, queda por preguntar si no se debilitará la influencia de la empresa principal en el mantenimiento de unos estándares mínimos a lo largo de toda la cadena de actividades.

Se recoge también la posibilidad, a través de un procedimiento abreviado, de solicitar medidas, que podemos calificar de cautelares, para la cesación de la conducta.

8. Conclusiones y reflexiones

Considero que las implicaciones que el texto normativo que se analiza tendrá en la legislación española serán amplias, variadas, y no exentas de dificultades y matices, acorde con los múltiples intereses afectados. Precisamente, los diferentes extremos que se consideren en la transposición revelarán la verdadera fuerza que se pretende dar a esta Directiva y la intensidad con la que los derechos humanos y el medio ambiente se quieran proteger, *the devil's in the details*.

Parecen obvias las modificaciones que en la legislación social, mercantil y procesal españolas va a suponer la aplicación de la CS3D, demasiado amplias para que aquí sean todos abordados con rigor.

Pero centrándome en aquellos más cercanos a la actividad de la Unidad Especializada de la FGE a la que pertenezco, intentaré abordar algunos de ellos de manera general.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) parece indiscutible que deberá de ser objeto de modificación. Será interesante observar cómo se adapta la Directiva al derecho nacional, estableciendo nuevas obligaciones para las empresas (por amplitud de objetivos) distintas de las que están previstas en la LPRL.

¿De qué manera se van a recoger estas nuevas obligaciones de naturaleza preventivo-laboral? ¿Cómo se recogerá la obligación de evaluar los efectos adversos por parte de las empresas a lo largo de toda su cadena de actividades? ¿Qué papel desempeñarán los servicios de prevención en estas nuevas obligaciones?

La Directiva centra sus esfuerzos en la prevención, en la evaluación de los riesgos, así como en la planificación preventiva, en tanto no solo serán los efectos adversos reales los que habrán de detectarse, sino también los potenciales.

La legislación nacional que adapte la Directiva deberá integrar las obligaciones que las empresas deben cumplir para anticiparse a los riesgos que sus actividades puedan generar para la salud y la integridad física de los trabajadores, constituyendo una verdadera fuente de normas de carácter preventivo-laboral.

Estimo que será necesaria también, una modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) para la introducción de las nuevas infracciones que se recogen en la Directiva.

La creación de una autoridad específica de control supondrá perfilar la normativa que, tratándose de una autoridad sancionadora, exigirá la redacción del correspondiente procedimiento o la adaptación del procedimiento administrativo de carácter sancionador en vigor.

Es cierto que la Directiva no regula ninguna responsabilidad penal derivada del incumplimiento de las obligaciones que crea, pero cabe reflexionar si la adaptación de nuestra legislación preventiva en materia de seguridad y salud de las personas trabajadoras a esa nueva norma no pueda ser de especial relevancia en la integración del tipo penal del art. 316 del Código Penal, y si el mismo podrá ser aplicado ante conductas vulneradoras del derecho a su seguridad, derivadas de los incumplimientos de las obligaciones previstas en la norma europea.

Pongamos como ejemplo el accidente que se menciona en la introducción de este texto. Consideremos que las trabajadoras que fallecen o resultan lesionadas pertenecen a una mercantil con la que una empresa española mantiene estables relaciones comerciales. Y tengamos en cuenta los defectos conocidos en la construcción de las plantas del edificio que se desploman sobre ellas. Valoremos ahora de qué manera puede influir un defectuoso cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 8 a 11 de la Directiva, y qué trascendencia penal puede tener la ausencia de una labor de evaluación de los impactos adversos para la vida de los

trabajadores que constituya una infracción de la normativa preventivo laboral ¿Permitiría integrar el delito de los artículos 316, 317 y 318 C.P.? ¿Cómo afectaría a la definición de sujeto legalmente obligado? ¿Son las empresas obligadas por la Directiva garantes de la seguridad de los trabajadores de las filiales o socios comerciales? Y si la respuesta es afirmativa, ¿sus omisiones son penalmente relevantes?

Ninguna duda cabe de que la evaluación de riesgos constituye una de las obligaciones preventivas propias de los empresarios, como así se establece en el artículo 16 de la LPRL. El carácter de medio necesario al que se refiere el artículo 316 C.P. abarca, no solo los materiales, sino también los intelectuales, y así se recoge en la Circular 4/2011 de 2 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Siniestralidad Laboral*¹⁹. Y esta obligación de evaluación puede entenderse que es la que se contempla en el artículo 8 de la Directiva. La referencia que se realiza a los efectos adversos en este artículo, puesta en relación con la definición que se recoge en el artículo 2²⁰, permite establecer una clara relación entre la obligación establecida en la Directiva y la prevista en la normativa preventivo-laboral española.

En este contexto, bien pudiera plantearse el alcance que la violación de esta obligación prevista en la Directiva pudiera tener en la creación de situaciones de

19 II.1.2. Caracteres y categorías conceptuales II.1.2.4. El concepto de «medios necesarios» se extiende a todos los recursos personales, materiales, intelectuales y organizativos que los legalmente obligados han de facilitar para prevenir, evitar o disminuir los riesgos originados por la actividad laboral de que se trate. La referencia normativo-laboral está esencialmente constituida por el art. 2 de la L.P.R.L. que habla de «la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgo derivados del trabajo», medidas y medios que van desde la evaluación de riesgos y planificación de la propia actividad preventiva, a las obligaciones de proporcionar formación e información al trabajador, pasando por el acondicionamiento de los lugares de trabajo, equipos de protección individual y colectiva, control periódico de la salud del trabajador y cuantas otras medidas personales, intelectuales y organizativas afecten a su seguridad o estén expresamente establecidas en la normativa sectorial que regule la actividad de que se trate. Circular 4/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Siniestralidad Laboral*.

20 «efecto adverso para los derechos humanos»: las consecuencias para las personas derivadas de: i) la vulneración de alguno de los derechos humanos enumerados en el anexo, parte I, sección 1, de la presente Directiva, ya que dichos derechos humanos están amparados por los instrumentos internacionales que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva; ii) la vulneración de un derecho humano no enumerado en el anexo, parte I, sección 1, de la presente Directiva, pero amparado por los instrumentos de derechos humanos que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva, siempre que: — el derecho humano pueda ser objeto de vulneración por parte de una empresa o entidad jurídica, — la vulneración del derecho humano menoscabe directamente un interés jurídico protegido en los instrumentos de derechos humanos que figuran en el anexo, parte I, sección 2, de la presente Directiva, y — la empresa pudiera haber previsto razonablemente el riesgo de que dicho derecho humano pudiese ser vulnerado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular la naturaleza y el alcance de las operaciones comerciales de la empresa y su cadena de actividades, las características del sector económico y el contexto geográfico y operativo. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859*

riesgo típico. Las cautelas sobre lo que ha de considerarse efecto adverso ya se determinan en la propia definición recogida en la norma europea, pero superadas estas, la posibilidad de trasladar el incumplimiento al ámbito penal, integrando el delito recogido en el artículo 316, puede ser objeto de reflexión.

Desde luego, el escenario de un procedimiento penal a través del cual se exigieran responsabilidades de aquel tipo, por hechos cometidos en España que pudieran ser constitutivos de un delito del artículo 316 o 317 C.P, podría dificultarse con la obligada aplicación del artículo 318 C.P. que redirige la responsabilidad de la persona jurídica a unas determinadas personas físicas, pero ello no puede ser óbice para su desarrollo, una vez resueltos y superados los cuestionamientos acerca de si es posible hallar a algún sujeto legalmente obligado, tras el establecimiento de la Directiva de las obligaciones preventivas que se han descrito, que desde luego será el verdadero punto de inflexión.

No se desconocen las dificultades que ello pueda suponer. Cabe partir de una ausencia de relación laboral entre la empresa incumplidora (matriz) y aquella a la que puede pertenecer el trabajador expuesto al riesgo —al efecto adverso— (filial), sin perjuicio de que ambas puedan haber vulnerado sus obligaciones. Sin embargo, la contribución que la empresa puede tener en la creación, incremento o no detección del riesgo puede ser absolutamente relevante, si tenemos en cuenta el control que la primera puede ejercer sobre la segunda al establecer, conforme exige la Directiva, un plan de acción preventiva como una de las medidas posibles frente a los posibles riesgos, o todas aquellas otras que se enumeran para la eliminación de los efectos reales.

No obstante, quizá, ésta pueda ser una oportunidad para retomar el debate acerca de la oportunidad de ampliar el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos contemplados en el Título XV del C.P., habida cuenta de que, de una u otra forma, los bienes jurídicos que se tratan de proteger están relacionados con el clausulado de derechos humanos relacionados en el Anexo de la Directiva, y es evidente que las razones que justificaron la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, son aplicables para los delitos que pudieran surgir de las obligaciones que la Directiva incorpora²¹.

21 El problema reviste además tintes estructurales, en la medida en que la propia naturaleza de las corporaciones puede facilitar la aparición de conductas desviadas por parte de quienes las dirigen y sus empleados. En este contexto, el Derecho penal se enfrenta a dificultades específicas, tanto en el proceso de adscripción de la responsabilidad individual, como en relación con los efectos preventivos de la sanción.

En cuanto a lo primero, a nadie escapa que el sistema de organización del trabajo por medio de organigramas de distribución vertical y horizontal de las tareas —en un fenómeno que la doctrina ha dado en llamar de la irresponsabilidad organizada— dificulta la investigación y proporciona oportunidades adicionales de lograr la impunidad

La Directiva establece obligaciones de carácter corporativo, transversales y que implicarán a todos los departamentos de una empresa. El cumplimiento de estas obligaciones será lógica manifestación de su política de actuación, lejos de decisiones netamente individuales. Ello, y por lo que a las posibles responsabilidades penales que se pudieran deducir, bien puede merecer una reconsideración del legislador que, en el año 2015, al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dejó al margen los delitos del Título XV del C.P., manteniéndose la solución del artículo 318 y, a la vez, la misma redacción anacrónica del artículo 129 del texto penal.

La inclusión de los delitos del Título referido en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, podría ser un verdadero acicate para el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva, por lo que de instrumento estimulante pudiera suponer. Ello siempre que la transposición a las legislaciones nacionales no resulte meramente cosmética o de mínimos con una eficacia discutible, o no permita la actuación del proceso penal ante las relevantes consecuencias, que pueden derivarse de la inobservancia de las garantías para la seguridad y salud de los trabajadores implícitas en las obligaciones que impone la norma europea.

Por lo que, a la posible exigencia de responsabilidad civil, ninguna duda cabe que ello será posible. Podrán, en definitiva, suscitarse procedimientos de reclamación civil frente a los daños sufridos por trabajadores fuera de nuestro país, y que, perteneciendo a una empresa filial de otra domiciliada en España, haya sufrido las consecuencias de un efecto adverso, que no hubiera sido prevenido, evitado o mitigado por la filial y no hubiera sido tampoco detectado o prevenido por la matriz española.

Como antes trataba de exponer, el alcance de la oportunidad de desarrollo y protección que supone esta nueva norma para los derechos humanos se concretará a través de la amplitud con la que se delimiten las obligaciones de prevenir, mitigar, priorizar, eliminar y reparar, y si su inobservancia pudiera tener alguna relevancia penal.

o el deslizamiento de la responsabilidad hacia los niveles más bajos de la estructura jerárquica empresarial. En otros casos, detectada la infracción penal y comprobados sus efectos beneficiosos para una determinada compañía, la ventaja obtenida es sistemáticamente superior a las consecuencias gravosas derivadas del delito, en ocasiones solo soportadas por utilísimos chivos expiatorios entregados a tal fin, con o sin su aquiescencia. En este mismo sentido, quizá sea bueno recordar la tradicional insuficiencia de la acción civil para restablecer el orden subvertido por medio del delito atribuible únicamente a las personas físicas, al estar dicha acción necesariamente limitada a la obtención de un resarcimiento por el mal causado que bien pudiera tener un coste económico muy inferior al potencial beneficio obtenido con la infracción penal. A ello se añade la conveniencia de poner fin a la bienintencionada pero inaceptable tendencia a atraer el patrimonio de la sociedad al ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria exigible en el proceso penal mediante la imputación, a veces algo forzada, de las personas físicas. Circular 1/2011, de 1 de junio, *relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*.

No es extraño considerar, de hecho, sería ingenuo descartar las posibles influencias que sobre los Estados van a ejercer los sectores económicos nacionales e internacionales, en la labor de adaptación de la Directiva a las legislaciones nacionales, influjo que, por otro lado, no es necesario que se materialice, ya que podrá estar implícito en la toma de las decisiones legislativas que se realicen, que de manera tácita lo habrán contemplado.

La trascendencia de las implicaciones que la Directiva va a suponer en el desarrollo económico constituiría el punto crítico, determinante de la entidad que a esa norma se quiera dar, y del lugar²² en el que se quieran situar a los derechos humanos y a la propia persona.

Basta suponer los efectos, que puede ocasionar su aplicación en sectores económicos donde la materia prima necesaria tan solo se encuentra en determinados territorios. La obligatoriedad del respeto a un código de conducta o de un plan de transición para la mitigación del cambio climático establecido por la empresa interesada en esa materia, puede chocar con los intereses de su tenedor, reticente a su cumplimiento por múltiples factores que a todos nos pueden alcanzar.

Ello puede llevar a la empresa a una difícil situación, ante la imposibilidad de acudir a otros mercados más proactivos en el respeto a los criterios ESG, o de abonar el precio que el tenedor quisiera imponer por los incrementos en los costes que pueda suponer el respetar las condiciones que la compradora le exija, como consecuencia de la aplicación de la Directiva. O bien, asistir a supuestos donde no se haya podido adquirir ese producto, por no haberse llegado a un acuerdo en el precio al incrementarse por las nuevas exigencias, pero que se introduzca en el mercado a través de otras mercantiles que operen en la UE, pero procedan de países cuya legislación no sea exigente en el cumplimiento de obligaciones de sostenibilidad y respeto a los derechos humanos.

La multiplicación de situaciones semejantes con la relevancia económica y social que ello puede ocasionar, desde luego, será calibrada en el momento de la transposición.

Con la elaboración de esta Directiva, la Unión Europea puede situarse, una vez más, al frente de las iniciativas que, a través de instrumentos normativos, sitúen a

22 Si un lugar puede definirse como lugar de identidad, relacional e histórico, un espacio que no puede definirse ni como espacio ni como identidad ni como relacional ni como histórico, definirá un no lugar. Auge, Marc *Los no lugares. Espacios del anonimato. Una antropología de la Sobremodernidad*. Gedisa Editorial. Barcelona 2000 pag 83.

los derechos humanos, la dignidad de las personas y, en definitiva, al ser humano en sí mismo considerado, en una posición central inequívoca, vertebradora de las decisiones económicas más relevantes y haciendo de su protección una clara marca de calidad de la actividad empresarial.

9. Obra consultada

- La propuesta de Directiva Europea sobre Sostenibilidad <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9167642> 28-10-2024.
- Diligencia debida: enfoque de riesgos y sector financiero Diligencia debida: enfoque de riesgos y sector financiero —Despacho de abogados Gómez— Acebo y Pombo (ga-p.com) 21-10-2024.
- Obligaciones de Debida Diligencia en cuestiones de sostenibilidad en el marco de la Unión Europea: la perspectiva empresarial content (ceu.es) 28-10-2024.
- Debida Diligencia en Derechos Humanos: en camino hacia la legalización content (ceu.es) 28-10-2024.
- Hacia Una Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos Centrada en los trabajadores (DDHH) <https://www.ccoo.es/e5fb874c26f44a7122e-53dcf99317b87000001.pdf>, 30-10-24
- Informe de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España con motivo de la consulta pública previa del Anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresarias. transnacionales. https://www.camara.es/sites/default/files/publicaciones/informe_cce_apl_diligencia_debida_-_marzo_2022.pdf 12-01-2025.
- La diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. <https://www.dlapiper.com/-/media/project/dlapiper-tenant/dlapiper/insights/publications/2024/07/la-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad.pdf?rev=-1> 15-01-2025.
- Diligencia debida y derechos humanos laborales en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea. <https://gredos.usal.es/handle/10366/155170> 12-12-2024.
- El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible en el derecho internacional. Antecedentes, tratamiento y situación normativa actual. <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2024.8691> 3-11-2024.

- Derechos humanos y empresas: ¿cómo lo cambia todo la diligencia debida? <https://www.youtube.com/watch?v=6nsQ7FrjN0Q&t=729s> 12-01-2025.
- Webinar Diligencia debida mitos y realidades <https://www.youtube.com/watch?v=b8Lr9CxlOdk&t=3440s> 15-01-2025.
- La nueva directiva sobre diligencia debida — Los diálogos de Garrigues Sostenible <https://www.youtube.com/watch?v=p-XONgukrKI&t=2337s> 12-12-2024
- Empresas y Derechos Humanos: Hacia una ley española de debida diligencia empresaria <https://www.youtube.com/watch?v=BWDPJmXQ8Xw&t=3642s>. 18-01-2025.



Discapacidad y empleabilidad

Adaptaciones razonables a propósito de la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 asunto C-631/22, CA NA Negreta



David Mayor Fernández

Fiscal de la Unidad de Personas con Discapacidad y Mayores de FGE



María José Segarra Crespo

Fiscal de Sala Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de FGE

Resumen

El trabajo es una actividad social creativa que dignifica la condición humana y forma parte del derecho a la participación social. En una sociedad inclusiva, se valora y respeta a cada individuo, y se garantiza que todos tengan acceso equitativo a las oportunidades y participen activamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones.

Las principales barreras a las que se siguen enfrentando las personas trabajadoras con discapacidad, pese a los importantes avances normativos nacionales, son la segregación del mercado laboral general y la denegación de los ajustes razonables a una discapacidad sobrevenida.

En el ámbito del derecho de la discapacidad, la inserción de la Convención en nuestro ordenamiento, junto con el establecimiento, a partir de la misma, de los ajustes razonables y de la calificación de su denegación injustificada como causa de discriminación directa, ha ampliado sustancialmente el contenido de la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad.

Esta fuerza expansiva afecta al concepto mismo de discapacidad en relación con la incapacidad permanente en nuestro derecho interno y se abre a una interpretación más integradora de los ajustes, orientados a facilitar el mantenimiento, no ya en un puesto de trabajo en particular, sino en el empleo (si ello no supone una carga excesiva para el sujeto empleador).

1. Introducción. Una aproximación estadística del derecho al trabajo de las personas con discapacidad

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23, afirma que “*toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*”. Por su parte, el artículo 27 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad (en adelante, la Convención) dispone que las estructuras generales deben ser inclusivas, lo que permitiría que las personas con discapacidad participen en el mercado de trabajo y trabajen en condiciones de igualdad con las demás.

El trabajo forma parte de las relaciones sociales, sobre él reposa todo el sistema económico. El desempeño de un trabajo aparece como una imprescindible actividad social creativa que dignifica la condición humana y le dota de un componente central en la creación de riqueza, permitiendo su obligada participación social. En definitiva, es un espacio de derechos del que no pueden estar ausentes las personas con discapacidad.

Los datos de la Unión Europea son inquietantes, puesto que sólo la mitad de los 42,8 millones de personas con discapacidad en edad de trabajar tiene empleo. De ahí que la Comisión Europea haya presentado (septiembre de 2022) el Paquete de empleo para las personas con discapacidad (*Disability Employment Package*), un conjunto de medidas destinadas a mejorar el empleo de las personas con discapacidad y sus resultados en el mercado laboral, conjugando la inclusión social y la autonomía económica de las personas con discapacidad a través del empleo, con una apuesta sobre el fortalecimiento de las capacidades de los servicios de empleo y su integración. El *Disability Employment Package* es parte de la Estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 y está en consonancia con los derechos reconocidos en la Convención.

No está de más, acercarnos a la realidad del mundo laboral de las personas con discapacidad en España de la mano de los últimos datos que facilita el Instituto Nacional de Estadística a través de la Encuesta de Población Activa y de la base estatal de personas con discapacidad (2023), referido a la población comprendida entre 16 y 64 años que tiene un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Los datos analizados ofrecen el perfil de la población activa con discapacidad (personas con discapacidad en edad de trabajar) constituido por 1.946.800 per-

sonas, frente a 29.405.000 sin discapacidad. Dentro de este colectivo, destaca la importante presencia del grupo de 45 a 64 años (72,9% de la población activa con discapacidad) frente a los otros dos bloques analizados: personas entre los 25 y 44 años (20,8%) y entre los 16 y 24 años (6,29%), con volúmenes notablemente inferiores. Su desglose por sexo (el 44% de la población activa con discapacidad son mujeres) ofrece una similar variación en los mismos bloques de edad.

El número de personas con discapacidad en edad activa en los tres últimos años publicado por el INE ha subido el +0,90%, incremento que se sustenta, prácticamente, en el aumento de las mujeres en edad activa con discapacidad: (+19.800), sobre todo en la franja etaria de 45 a 64 años (+4,58%). La comparativa con el colectivo sin discapacidad arroja similar tendencia: incremento de +0,8%, recayendo la mayor parte de ese incremento también en la población femenina (+1,2%).

Tabla I. Empleo de las personas con discapacidad. Fuente INE¹

Empleo de las personas con discapacidad - Año 2023

	Valor	Variación
Tasa de actividad	35,5	0,2
Tasa de empleo	28,5	0,8
Tasa de paro	19,7	-1,9

Valor en %. Variación: diferencia respecto a la tasa del mismo periodo del año anterior

La tasa de paro (19,7%) para el colectivo con discapacidad mantiene la senda descendente desde la encuesta de 2020 (22,2%), siendo notablemente más alta respecto de la de población sin discapacidad: 12%. El reparto por edad es significativamente superior en los jóvenes (45,2%), descendiendo conforme asciende la edad: 23,7%, en el grupo entre 25-44 años y del 16,4%, en el de 45-64 años. Esta misma tasa de paro recoge la trascendencia de la formación en la actividad de la población activa con discapacidad, pues para las personas sin formación o solo con Primaria es del 83,6%, mientras que tras la formación Secundaria o la partici-

¹ INEbase / Mercado laboral / Actividad, ocupación y paro / El empleo de las personas con discapacidad / Últimos datos

pación en programas de formación o inserción laboral, la tasa desciende al 63,3% y con estudios superiores, al 49,3%.

Respecto de la tasa de actividad² de las personas con discapacidad: 35,5%, es un porcentaje significativamente inferior (43 puntos) al de las personas que no tienen una discapacidad, 78,5%. Amplia diferencia se registra también en las tasas de empleo³ (28,5 y 69%, respectivamente).

Por sexo, la presencia masculina es ligeramente superior a la femenina (35,8 y 35,1%) en la población activa con discapacidad. Lo mismo que sucede: 83,1% - 63,7%, en la población sin discapacidad, con similares porcentajes en la población ocupada. En la tasa de paro, el porcentaje es superior en la mujer sin discapacidad (13,8% frente al 10,5% masculino), al contrario que en la población con discapacidad (19,9% paro masculino -19,4% paro femenino).

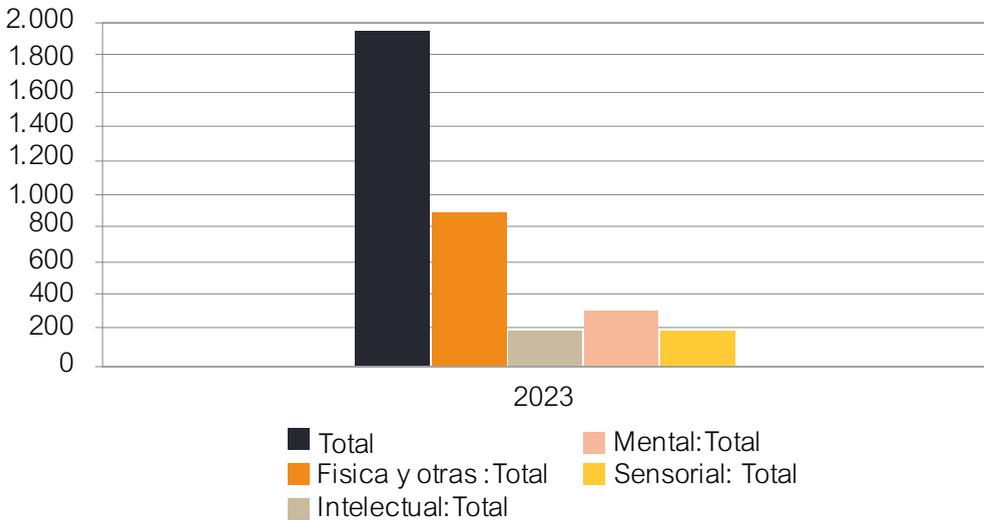
Por edades, las tasas de actividad en el año 2023 son mayores en el núcleo duro de la vida laboral, de 25 a 44 años, con un 51%, disminuyendo en la franja superior de 45 a 64 años hasta el 32,2% y siendo bastante inferior la tasa de actividad de los jóvenes de 16 a 24 años (21,6%), aun cuando sus porcentajes se han visto incrementados en relación con el año 2021 (47,4% - 31,7% - 19,9%). La misma regla se da en la tasa de empleo (38,9 - 26,9 y 11,9%, respectivamente). Para las personas sin discapacidad, la primera posición en tasas de actividad y de empleo es también para la franja de 25 a 44 años, y lo mismo ocurre para la población joven en las tasas de desempleo.

Según la tipología de la discapacidad, la participación en el mercado de trabajo va desde el 11,4 % para el grado superior, hasta el 54,1% para la de menor intensidad. A este respecto, hay que partir del carácter muy heterogéneo de los colectivos de personas cuya situación pueda encuadrarse en el concepto de discapacidad, porque es evidente que algunas o muchas de ellas no tienen que enfrentarse a barreras considerables para integrarse laboralmente con toda normalidad. De ahí que se refleje que la mayor tasa de actividad se registra en las personas con deficiencia auditiva (61,3 %) y la menor, en las personas con trastornos mentales (27,4 %).

2 La tasa de actividad hace referencia a la población activa, incluyendo en ella tanto a la población ocupada como a la que se encuentra en paro, en relación con el total de población en edad de trabajar.

3 La tasa de empleo solamente incluye a la población ocupada, sin tener en cuenta a la población parada o desempleada sobre el total de la población en edad de trabajar.

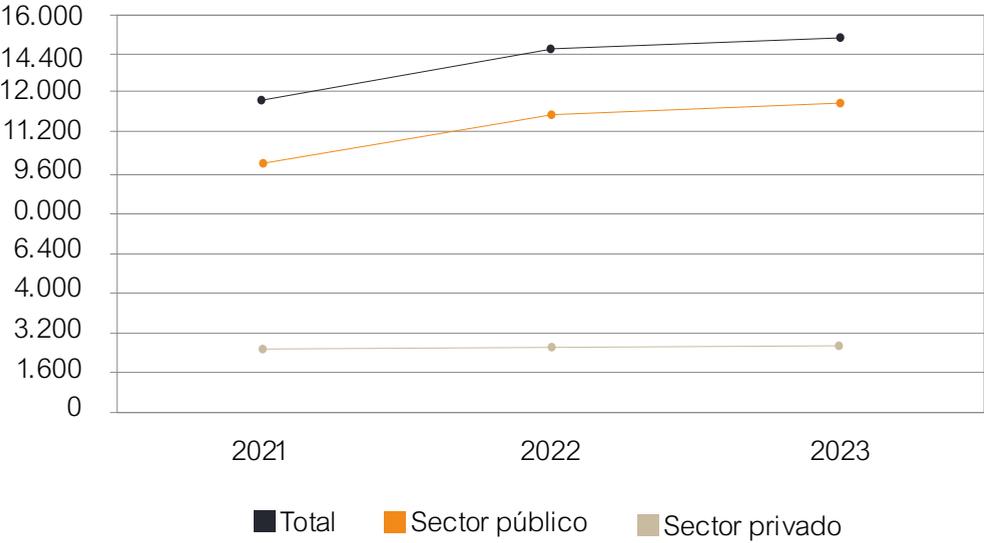
Tabla II. Personas en edad laboral asociada a la tipología de su discapacidad.
Fuente INE.



Finalmente, analizando las medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad, observamos que en las empresas que tienen obligación de reservar un porcentaje para quienes tengan discapacidad, es decir, las que tienen 50 o más trabajadores, la tasa de empleo de personas con discapacidad es del 2,6 %, porcentaje superior en nueve décimas a las que no tienen tal obligación legal. La tasa porcentual sobre el total de empresas es del 2,3 %. En la serie estadística analizada (2021-2023) se aprecia un incremento de 45.200 asalariados cotizantes con discapacidad. Porcentualmente, es el sector privado el que más asume esta tasa de empleo (37.800 asalariados con discapacidad) y la que más aumenta en los tres años del análisis.

Con respecto a las características de las relaciones laborales de las personas con discapacidad en el año 2023, el 90,5% eran asalariados; del sector público, el 22,9% y del sector privado, el 67,6%; trabajando por cuenta propia, el 9,5%. Siendo la gran mayoría, 83,3 %, personal trabajador a tiempo completo. Con jornada parcial se encuentra el 16,7%, siendo esta limitación de jornada determinada por la enfermedad o discapacidad en el 3,8% de los casos. El trabajo de la población con discapacidad se aglutina de forma ampliamente preponderante en el sector servicios, 82,2 %, en tasa porcentual superior a la población sin discapacidad, aun cuando en esta sea también el mayor apartado de actividad: 76,1%.

Tabla III. Personas con discapacidad asalariadas que cotizan a la Seguridad Social. Fuente INE.

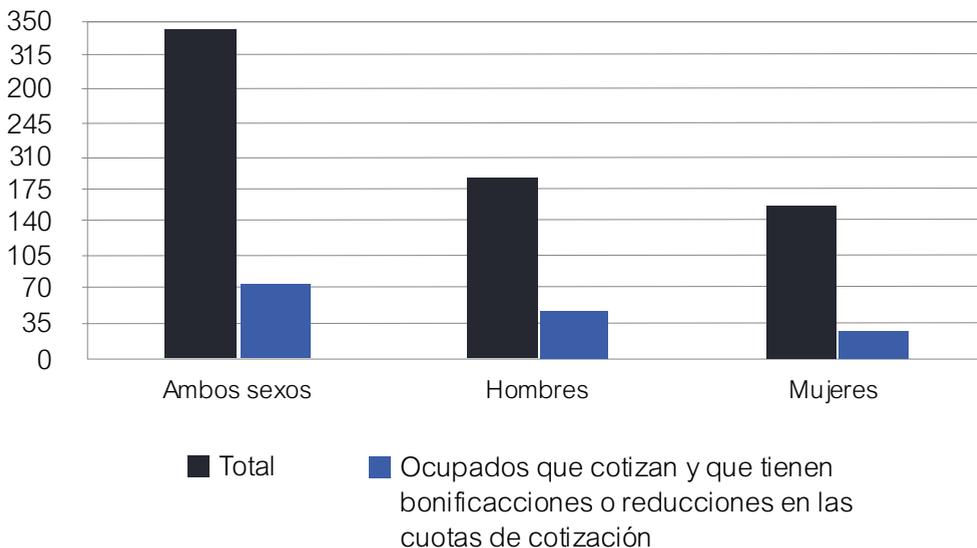


Entre las políticas destinadas a fomentar la actividad laboral del colectivo están las que favorecen su inserción en el empleo ordinario. Entre ellas cabe destacar las reducciones y bonificaciones en las cuotas de cotización, tanto para trabajadores asalariados como por cuenta propia, así como la modalidad de contratación específica para trabajadores con discapacidad en el caso de los trabajadores asalariados, que, además de conllevar bonificaciones en las cuotas de cotización a la Seguridad Social, contempla determinadas subvenciones. Se trata de conocer si las personas trabajadoras se benefician, y también las empresas para las que prestan sus servicios, de alguna medida incentivadora de su contratación en el mercado laboral “ordinario”, término que ha sido utilizado en informes precedentes (2019) en contraposición al mercado laboral “protegido”, el del trabajo en centros especiales de empleo.

Los datos estadísticos son los siguientes: el 22,2% de las personas con discapacidad ocupadas que cotizaron a la Seguridad Social en 2023 tenía algún tipo de reducción o bonificación en las cotizaciones: hablamos de 75.600 personas. El porcentaje de asalariados con discapacidad con la modalidad de contrato específico de discapacidad fue del 22,2%. Las reducciones y bonificaciones en las cuotas de cotización y la contratación específica beneficiaron, sobre todo, a la

población masculina, al grupo de edad de 16 a 44 años, a los grupos de discapacidad asociados a deficiencia intelectual y sensorial, y a las personas con grado de discapacidad superior al 75%.

Tabla IV. Personas con discapacidad ocupadas que tienen bonificaciones/reducciones en las cuotas de cotización. Fuente INE.



Las Prestaciones Sociales Públicas son pensiones y subsidios abonados con cargo a recursos de carácter público, cuya finalidad es cubrir situaciones de incapacidad, jubilación, muerte y supervivencia, protección familiar, desempleo para personas mayores de 52 años y otras mejoras estatutarias y prestaciones complementarias. Por ello, suponen una importante herramienta de apoyo para la situación de discapacidad.

En cuanto se refiere a esta protección social, se constata que, de cada 100 personas en edad laboral, 11,5 percibieron una prestación durante 2023. En el caso específico de las personas con discapacidad, el sistema público de prestaciones benefició a 1.287.400. De ellas, 270.300 personas eran activas. Entre las personas con discapacidad receptoras de prestaciones, el 81,03% recibió la prestación debido a una incapacidad laboral, correspondiendo el 59,5% a los hombres y el 40,43% a las mujeres.

Finalmente, se resalta la cifra de 659.400 personas con discapacidad en edad laboral sin prestación alguna.

Tabla V. Personas con discapacidad perceptoras de prestaciones. Fuente INE.

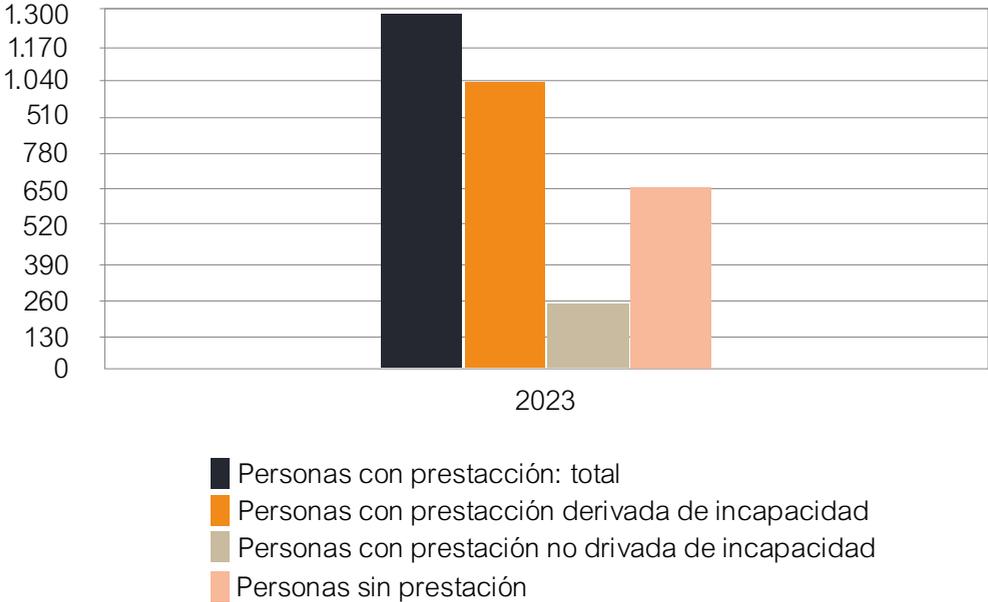
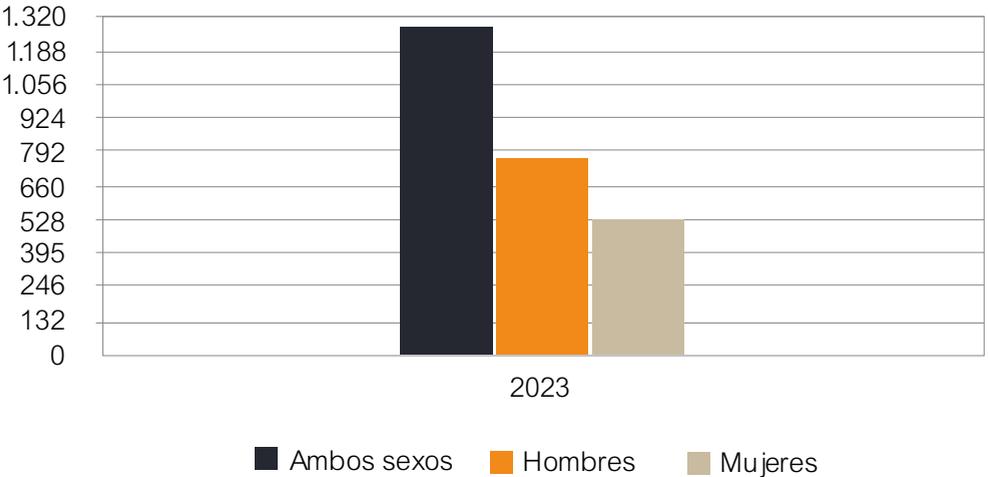


Tabla VI. Personas con discapacidad perceptoras de prestaciones distribuidas por sexos. Fuente INE.



Como conclusión, lo más destacable es la baja participación del colectivo de personas con discapacidad en el mercado laboral, con una presencia masculina solo

ligeramente superior a la femenina. El tipo e intensidad de la discapacidad tiene una notable influencia en la ocupación, de ahí la importancia de la cuestión central de este breve trabajo: el acceso y el mantenimiento del empleo se encuentran en relación directa con la consecución de la adaptación del puesto de trabajo a la discapacidad del trabajador, ya sea originaria o sobrevenida, y es parte integrante del derecho fundamental a la no discriminación por discapacidad.

La visibilización del empleo y el mercado de trabajo de las personas con discapacidad, a través de la labor de operación estadística del INE y los informes de mercado de trabajo del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), son herramientas fundamentales para llevar a cabo la necesaria transformación del empleo de las personas con discapacidad.

El nuevo escenario que ha abierto la revolución digital, la industria 4.0, constituye una excelente oportunidad para la mejora en el mercado laboral, el desarrollo profesional y la adaptación de las personas con discapacidad y la eliminación de las barreras que impidan o limiten la empleabilidad.

2. La evolución normativa nacional hacia la accesibilidad universal.

Una sociedad inclusiva, de todos y para todos, es aquella que busca la participación activa, equitativa y respetuosa de todas las personas que la componen.

Es la inclusión un concepto poderoso que va más allá de aceptar la diversidad. En una sociedad inclusiva, se valora y respeta a cada individuo, independientemente de sus diferencias, y se debe garantizar que todos tengan acceso equitativo a las oportunidades y participen activamente en todos los aspectos de la vida. Esa afectación de todas las facetas de la vida es lo que nos implica a todos, y parte de hacer accesibles todos los entornos.

El principio de accesibilidad universal, mencionado en el inciso f del artículo 3 de la Convención, resulta esencial para la construcción de una sociedad inclusiva. Partiendo de esta premisa, su artículo 9 establece que los Estados Parte deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, al transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público

o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en toda una serie de ámbitos. Conforme a este modelo, la accesibilidad debe garantizarse a través del diseño en origen o en el rediseño ex post de los bienes, entornos, programas, productos, servicios, dispositivos, herramientas, etc., de manera tal que todas las personas puedan disfrutarlos, sin necesidad de adaptación específica (art. 2).

Cuando esto no se haya alcanzado, deberán realizarse las medidas de adaptación individuales para lograr la accesibilidad en situaciones particulares. Aquí es cuando la Convención define los ajustes razonables (art. 2) como *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*, siendo su denegación una forma de discriminación por motivo de discapacidad.

El precepto clave dedicado a trabajo y empleo: el art. 27, subraya *“el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles”*, lo que incluye la obligación de los Estados de *“velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”*. Claramente, la Convención apuesta por el empleo en el medio ordinario de trabajo, frente al desarrollo del empleo especial.

En septiembre de 2022, el Comité de la Convención emitió su Observación general núm. 8 sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad al Trabajo y Empleo, orientando a los Estados Parte sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho al trabajo de las personas con discapacidad. En esta se indica que el trabajo es importante para la seguridad económica, la salud física y mental, el bienestar personal y el sentido de identidad de cualquier persona.

Las principales barreras que enfrentan las personas trabajadoras con discapacidad son la segregación del mercado laboral general, la inaccesibilidad a los lugares de trabajo y la denegación de los ajustes razonables a una discapacidad sobrevenida. A todo este panorama debemos sumar la era digital, con avances en progresión geométrica de difícil seguimiento por el mercado laboral, que a la par que ofrece nuevas oportunidades laborales, añade una capa adicional de inaccesibilidad para los trabajadores con discapacidad.

Debe apuntarse que las Observaciones finales, adoptadas en el proceso de examen de los informes periódicos presentados por los Estados Parte, deben considerarse como meras recomendaciones que no son jurídicamente vinculantes, pero a las que los Estados deben ajustar sus políticas en respeto a las obligaciones internacionales y de los derechos reconocidos en tratados.

En los últimos años, España ha realizado un amplio esfuerzo para generalizar la accesibilidad universal. La accesibilidad universal es única, pero presenta variantes como la accesibilidad cognitiva, sobre la que existía cierto déficit normativo que era necesario reparar. A dicha encomienda responde la Ley 6/2022, de 31 de marzo, *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (TRLGDPD), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación, cuyo preámbulo reconoce la accesibilidad como una condición previa para que las personas con discapacidad, hombres y mujeres, puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones.⁴

La ausencia de la accesibilidad cognitiva ha tenido graves consecuencias porque se ha impedido u obstaculizado que un gran número de personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y que participen plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás. Por ello, la norma previó el estudio de sus necesidades de implementación a través del Centro Español de Accesibilidad Cognitiva (que se crea en el seno del organismo autónomo Real Patronato sobre Discapacidad) y el desarrollo de un necesario régimen de sanciones.

4 Define esta norma (art. único) la accesibilidad universal como "la característica de los entornos, procesos, actividades, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que permiten la fácil comprensión y la comunicación". Pero no se detiene aquí la accesibilidad cognitiva, sino que contribuyen a ella y permiten satisfacer sus aspiraciones un repertorio amplio de sistemas y técnicas como los modos, medios y formatos aumentativos y alternativos de comunicación, entre los que se encuentran los pictogramas y cualesquiera métodos humanos o tecnológicos disponibles para tal fin, incluyendo la señalización de espacios que permiten interpretar y comprender los distintos entornos construidos y sus usos e interacciones. A tal efecto, incorpora mandatos garantes de la accesibilidad universal en todos los entornos, complementando las disposiciones del art. 5 del texto refundido a los espacios de: i) telecomunicaciones, y sociedad de la información; ii) espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; iii) transportes; bienes y servicios a disposición del público; iv) relaciones con las administraciones públicas, incluido el acceso a las prestaciones públicas y a las resoluciones administrativas de aquellas; v) administración de justicia; vi) participación en la vida pública y en los procesos electorales; vii) patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico: con el propósito de conciliar los valores de protección patrimonial y de acceso, goce y disfrute por parte de las personas con discapacidad; y en lo que hace a estas páginas: viii) en el empleo.

La reglamentación se ha llevado a cabo en el RD 193/2023, de 21 de marzo, *por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público*, reuniendo en un texto aquellas condiciones básicas cuya observancia se considera inexcusable para garantizar los derechos de las personas con discapacidad y sus familias, en la esfera de los bienes y servicios a disposición del público. Junto al catálogo de condiciones básicas, incorpora también un elenco de medidas de acción positiva orientadas a compensar las desventajas de partida que experimentan de forma generalizada las personas con discapacidad, para situarlas en una posición de igualdad de oportunidades para que puedan desarrollar su vida de acuerdo con sus propias preferencias, decisiones y elecciones.

Se consideran afectados por esta norma como servicios a disposición del público las prestaciones realizadas por una persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, medie o no una remuneración por ellas, y comprenden actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal, profesional, artística u otras análogas. Por consiguiente, tanto las administraciones públicas como las personas físicas o jurídicas (públicas o privadas) se encuentran comprendidas en las exigencias de accesibilidad universal y, por consiguiente, obligadas a realizar los ajustes razonables y proporcionados y a adoptar las medidas de acción positiva, garantizando el acceso de las personas con discapacidad a sus dependencias e instalaciones, a sus procedimientos y servicios, y arbitrando los mecanismos necesarios para su adecuada atención. Regula asimismo normas aplicables a los distintos ámbitos abarcados: bienes y servicios relacionados con el consumo y comercio minorista; de carácter financiero, bancario y de seguros; de carácter sanitario y de promoción y protección de la salud; de carácter social, asistencial y de atención a la infancia y a las personas mayores; de carácter educativo; relacionados con la seguridad ciudadana, emergencias, protección civil y seguridad vial; bienes y servicios de carácter cultural e histórico; deportivos, recreativos y de ocio; de naturaleza turística, medioambiental; administraciones públicas y servicios postales.

Lo más interesante de la norma es que define la proporcionalidad con la que deben evaluarse las medidas de accesibilidad (art. 2) como la calidad de una medida de mejora de la accesibilidad según la cual los costes o las cargas que implica están justificados, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. Los costes de la medida.
2. Los efectos discriminatorios que comportaría para las personas con discapacidad que la medida no se llevara a cabo.

3. Las características de la persona, la entidad o la organización responsable de adoptar la medida, así como la carga que a esta le suponga su implantación.
4. La posibilidad de obtener financiación pública u otras ayudas.

En todo caso, la no proporcionalidad deberá documentarse y argumentarse fehacientemente.

3. Los ajustes razonables y el derecho al trabajo

Esta importante amplitud normativa sobre la accesibilidad no tiene el correlato debido en el desarrollo de una cuestión clave, como es la de alinear la normativa reguladora del empleo de las personas con discapacidad al marco internacional y europeo, y más en particular, a la Convención.

Por mandato de la Convención, nuestro ordenamiento jurídico debe inspirarse en un principio de preferencia por el empleo en la empresa ordinaria, con los ajustes que sean razonables. Para ello, la regulación legal, el desarrollo reglamentario y la ejecución laboral deben ser coherentes con aquel principio, lo que exigiría una completa revisión de la regulación de los incentivos, el empleo con apoyo, la cuota de reserva de empleo y el régimen jurídico de los centros especiales de empleo, que deberían redimensionarse y orientarse hacia la transición a la empresa ordinaria.

La diferenciación tradicional entre el empleo ordinario y el empleo protegido ha perdido buena parte de su sentido dada la necesidad de establecer programas y políticas de transición flexibles entre ambos tipos de empleo. Por ello, lo relevante no es el tipo de empleo ordinario, protegido o autónomo, en los términos del TRLG-DPD, sino proceder a la elección del puesto adecuado a las capacidades de la persona.

Por su parte, los sistemas de cuota de empleo para personas con discapacidad han tenido, y siguen teniendo, una apreciable presencia en muchos países, habiendo sido reconocidos por la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) —Conferencia de Philadelphia, 1944— como mecanismos válidos para garantizar un porcentaje razonable de personas con discapacidad en las plantillas de las empresas. La Observación general núm. 8/2022 aludida —en su apartado 41— recomienda la utilización de cuotas para aumentar el empleo de personas con discapacidad en el sector privado.

Adaptar el puesto de trabajo y realizar ajustes razonables es una exigencia legal que debería contar siempre con el apoyo y la orientación de la administración. Esta, desde sus equipos multiprofesionales y desde la misma valoración de la discapacidad, debería ofrecer un programa individualizado de habilitación/rehabilitación, con el fin de incorporar a esa persona lo antes posible a la vida laboral activa.

No es ajena a esta importante política pública la administración de justicia, que a través de la jurisdicción laboral y contencioso-administrativa participa en el desarrollo de esta concepción integradora del derecho al trabajo cuando el acceso o el mantenimiento del empleo público o privado no se acompaña de las necesarias condiciones de accesibilidad.

3.1. ¿Cuáles pueden ser los ajustes razonables de un puesto de trabajo?

La misma variabilidad y diversidad de las manifestaciones de la discapacidad determina la multiplicidad de ajustes que pueden ser adecuados. Ajustes razonables pueden ser las tecnologías de apoyo, la asistencia personal, los ajustes del espacio de trabajo, el horario o la organización flexible de las tareas. Veamos algunas de ellas.

La tecnología de apoyo puede capacitar a los empleados con discapacidad para que realicen sus tareas de manera eficiente e independiente. Son sistemas que ayudan a superar ciertas limitaciones físicas, sensoriales o cognitivas, como:

- Lectores de pantalla para empleados con discapacidad visual.
- Programas informáticos de reconocimiento de voz para personas con problemas de movilidad que afectan a sus manos.
- Audífonos o dispositivos de escucha asistida para empleados con deficiencias auditivas.
- Teclados y ratones ergonómicos para aquellos con lesiones por movimientos repetitivos.

La profesora Elva Rodríguez Ruiz⁵ recoge esta categorización de los ajustes y narra en este apartado de apoyo tecnológico un interesante ejemplo de una empresa

⁵ Rodríguez Ruiz, Elva, *Discapacidad por daño sobrevenido y sus efectos en el ámbito jurídico-laboral*, ed. Ramón Areces, 2017.

alemana del sector sanitario que ofreció ajustes razonables a un enfermero con discapacidad auditiva. Instalaron equipos reforzados de señalización —entre ellos avisos visuales en el puesto de enfermería y en los pasillos— y un sistema de señalización por radio para bombas de perfusión. Además, instalaron un nuevo teléfono inalámbrico con control de volumen, vibración, indicadores luminosos intermitentes y conectividad Bluetooth para vincularlo con sus audífonos. Estas medidas permitieron al enfermero desempeñar eficazmente sus funciones en una sala de cáncer pediátrico a pesar de su discapacidad auditiva.

La asistencia personal puede ayudar a los empleados con discapacidad en tareas que podrían resultarles difíciles, asegurándose de que puedan desempeñar sus funciones con eficacia. Puede tratarse de la utilización de intérprete de lengua de signos para un empleado sordo durante reuniones o de un asesor profesional in situ para personas con discapacidad cognitiva con el fin de ayudar en la formación y la gestión de tareas⁶.

El ajuste del espacio de trabajo físico puede eliminar barreras y crear un entorno inclusivo que satisfaga las necesidades de los empleados con discapacidad. Ejemplos de estas adaptaciones pueden ser reducir la altura de los escritorios o proporcionar estaciones de trabajo de altura ajustable para empleados que utilizan sillas de ruedas; ampliar las puertas para dar cabida a dispositivos de movilidad; instalar rampas o ascensores, o garantizar que las zonas comunes, como las cocinas y los cuartos de baño, sean accesibles.

El horario de trabajo flexible puede ayudar a los empleados a gestionar sus condiciones de salud, sus calendarios de tratamiento o sus niveles de energía, manteniendo así la productividad y la satisfacción laboral. Permitir horarios flexibles de inicio y finalización del trabajo para los empleados que puedan tener que asistir a citas médicas o que padezcan variabilidad en su nivel de energía debido a su estado; ofrecer semanas de trabajo intensivas (por ejemplo, cuatro días de diez horas) para reducir el número de días de desplazamiento u ofrecer la opción de trabajo a tiempo parcial o de trabajo compartido a los empleados que no puedan soportar las horas de trabajo a tiempo completo son ejemplos de adaptaciones razonables.

6 En el estudio ya mencionado de la profesora Rodríguez, se expone el caso de una empresa energética multinacional que contrató en Portugal a un ingeniero de informática con autismo incorporando determinados ajustes premeditados. Durante la fase de integración, se seleccionó un área de trabajo y un equipo adecuados y se celebraron reuniones de sensibilización con directivos y compañeros de trabajo. También se proporcionaron al empleado auriculares con cancelación de ruido, para reducir al mínimo los ruidos bruscos o fuertes que pudieran resultarle molestos. Este enfoque permitió al ingeniero contribuir de manera significativa a la empresa, al tiempo que se respetaban sus puntos fuertes con unos costes de adaptación mínimos.

La forma en que se asignan o realizan las tareas también puede ayudar a los empleados con discapacidad a trabajar de manera más eficaz, adaptando las tareas a sus capacidades y reestructurando el puesto de trabajo para redistribuir a otros miembros del equipo tareas marginales que un empleado con discapacidad no puede realizar. A la inversa, se pueden realizar reasignaciones de tareas centrándose en las capacidades más que en las limitaciones, como sucede, por ejemplo, si se asigna a un empleado con discapacidad visual una función que implique principalmente tareas auditivas. Este enfoque personaliza las funciones de los profesionales sobre la base de unas previas evaluaciones individuales orientadas a poner de relieve las capacidades únicas de cada empleado. Una estrategia así maximiza la productividad y satisfacción del empleado con discapacidad y promueve la diversidad y la inclusión en el lugar de trabajo.

3.2. Los ajustes razonables en nuestra legislación laboral.

La obligación empresarial de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo se encuentra regulada en el art. 40.2 TRLGDPD. El precepto es consecuencia de la transposición del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, que establece la implementación europea de este deber empresarial como una manifestación del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad. Es una medida que pretende garantizar la igualdad en el trabajo de las personas con discapacidad e impedir que exista una diferenciación de trato que limite no sólo el acceso al trabajo, sino también el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo, el progreso profesional y el acceso a formación continuada de la persona trabajadora con discapacidad.

La adaptación del puesto se configura, explícitamente, como parte integrante del derecho fundamental a la no discriminación por discapacidad (STC 3/2018, de 22 de enero). Por su parte, en la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, se considera (art. 6. 1^a) “*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*”. Siendo de aplicación lo previsto en su art. 4 en cuanto a que la vulneración del derecho a la no discriminación se ocasiona al margen de que se produzca o no con intencionalidad.

En este punto no cabe sino recordar que, conforme el art. 17.1 y 177.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social* (LRJS), el Ministerio Fiscal será siempre parte en procesos en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya se tramiten por las normas del proceso especial de tutela de derechos fundamentales como por las normas de su proceso específico (art. 184 LRJS y art. 124 LRJS), porque así se desprende del art. 124 de la Constitución, conforme al cual el Ministerio Fiscal debe velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa y tomar parte en defensa de la legalidad. Y lo hace en concepto de parte a todos los efectos.

Los ajustes o adaptaciones son una solución individual que pretende eliminar las barreras que impiden una participación plena y efectiva de las personas con discapacidad. Por consiguiente, es una obligación empresarial con entidad propia, que se incardina dentro de la tutela antidiscriminatoria.

No debe olvidarse que la obligación de realizar ajustes razonables es diferente de la obligación de garantizar la accesibilidad. Aunque ambos deberes tienen por objeto garantizar la accesibilidad, el deber de asegurar la accesibilidad a través del diseño universal o de las tecnologías de apoyo supone incorporar la accesibilidad a los sistemas y procesos al margen de las necesidades de una persona con discapacidad en particular. En cambio, el deber de realizar ajustes razonables se aplica desde el momento en que una persona con discapacidad trata de ejercer sus derechos o requiere acceso en situaciones o entornos no accesibles para ella.

El art. 40.2 LGDPD dispone que *“los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa”*.

El precepto no ha sido objeto de desarrollo: ni se ha aprobado ninguna norma que permita concretar cuáles son las medidas que pueden adoptarse como ajustes, o cómo interactúan sus distintos elementos (medidas adecuadas frente a carga

excesiva o desproporcionada), ni se ha establecido un procedimiento reglado para detectar, implementar o modificar los ajustes que sean necesarios.

No obstante, el art. 63 TRLGDPD sí contempla consecuencias sancionadoras a la ausencia de ajustes razonables, considerando que los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de la realización de los ajustes son una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

En el ámbito del empleo público, el art. 59.2 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece que *“cada Administración pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempo y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”*. En la presente publicación es cita obligada realizar una alusión —siquiera breve— al ámbito profesional de la carrera fiscal, donde el Reglamento del Ministerio Fiscal (RMF) recoge expresamente, entre los derechos profesionales de los fiscales, la adaptación del puesto de trabajo y de las condiciones del ejercicio de sus funciones, atendiendo a las necesidades y singularidades propias de la discapacidad (art. 118.h)⁷.

Un buen punto de partida para el adecuado desarrollo del derecho a los ajustes razonables sería la inclusión en la normativa de las propuestas contenidas en los apartados 19 y 45 de la Observación general 8/2022 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: el desarrollo de un itinerario de definición y detección de las necesidades del trabajador con discapacidad, que, tras un proceso colaborativo con este, determinara la adopción de medidas empresariales de adaptación del puesto de trabajo.

⁷ Es obligatorio incorporar el interesante trabajo realizado por Vázquez Moraga, Olalla en el libro colectivo *Miradas para una justicia sin barreras*, editado por FGE, págs. 247-269, en el que analiza el acceso a la carrera fiscal y la posterior adaptación del puesto de trabajo efectivamente desempeñado por los/las fiscales con discapacidad, ya sea ésta originaria o sobrevenida, durante el ejercicio de sus funciones. En relación con la discapacidad sobrevenida, resalta la interesante previsión del Reglamento del Ministerio Fiscal (art. 29.1) cuando permite la adscripción a una determinada fiscalía de los abogados fiscales o fiscales con discapacidad, en atención únicamente a sus circunstancias personales y de salud, aunque ello suponga una ampliación ficticia y provisional de la plantilla del órgano fiscal. El carácter provisional ha sido desvirtuado por la Inspección Fiscal de FGE, por el mantenimiento en el tiempo de la adscripción hasta la consolidación de la plaza en los casos analizados desde su entrada en vigor. Además del arraigo familiar o el adecuado seguimiento médico de la enfermedad o discapacidad, se han empleado criterios de accesibilidad de las edificaciones o se ha realizado la selección de fiscalías que cuentan con mayor plantilla de funcionarios y por tanto con mayor facilidad para adaptar el puesto de trabajo a las necesidades específicas del fiscal concreto. Las jefaturas de los órganos fiscales, competentes para establecer el reparto de trabajo, deben valorar la asignación de funciones o cometidos que mejor se adapten a las concretas necesidades de los fiscales, dando preferencia a las vistas orales o al despacho de papel ordinario o, incluso favoreciendo el teletrabajo, según la situación específica, y siempre de conformidad con la información médica aportada.

Como se indica en esta Observación, la exigibilidad de los ajustes razonables se produce cuando se formaliza una petición por la persona trabajadora con discapacidad, o se observa por la empresa la necesidad de la adaptación. En el momento en el que se identifica un obstáculo, sería necesario que ambas partes identificaran y reconocieran la discapacidad, negociando soluciones para eliminar las limitaciones surgidas, con especial prioridad de la propuesta que realice la persona con discapacidad. Una vez realizado este primer paso, la empresa debería implementar la medida adecuada, salvo que constituyera una carga indebida. En el supuesto de que el ajuste suponga una carga excesiva, el apartado 45 de la citada Observación propone que la empresa implemente otro ajuste o medida adecuada que no suponga una carga excesiva o adopte parcialmente la medida concreta, de tal manera que no suponga una carga excesiva.

Es interesante tomar como referencia las pautas que ha ofrecido el TJUE o regulaciones de otros países, como es el caso de Estados Unidos, en relación con el derecho a la intimidad del trabajador. Si la discapacidad es evidente para la empresa, esta no podrá ignorar la situación. En cambio, si la discapacidad no es evidente, pero aparecen indicios de la misma, la empresa debería poder solicitar a la persona trabajadora más detalles que le permitan brindar apoyo y asistencia. A continuación, debería identificarse el obstáculo, ya sea por la persona trabajadora o por la empleadora, siendo obligatorio que ambas partes negocien de buena fe. La negociación debería ir orientada a determinar el ajuste razonable a implementar, a identificar las nuevas necesidades resultantes de la discapacidad y cómo la adaptación propuesta contribuirá a superar las dificultades generadas por la discapacidad.

Las consecuencias del incumplimiento de este deber empresarial se identifican en el art. 63 TRLGDPD, pero la norma debería precisar algo más en relación a qué situaciones se incluyen dentro del incumplimiento, pues debería abarcar tanto la negativa expresa como la omisión total o parcial en la adopción de las medidas adecuadas o la falta de interés en la búsqueda del ajuste más adecuado como una conducta asimilable al incumplimiento. Asimismo, debería introducirse la sanción del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (TRLISOS).

Otras carencias de la normativa española se refieren al alcance de las medidas adecuadas o razonables, ya que ni se definen ni se incluyen ejemplos. Se ha optado por indicar los ámbitos en los que pueden exigirse los ajustes razonables,

pero no se ha procedido a identificar medidas concretas de ajustes. Al respecto, el TJUE (sentencia de 11 de abril de 2013, C-335/11, *HK Danmark*) ha señalado que las medidas previstas en el considerando 20 de la Directiva 2000/78/CE⁸ constituyen una enumeración no exhaustiva de medidas adecuadas, que pueden ser de carácter físico, organizativo o educativo. Incluso ha considerado que una reducción de tiempo de trabajo o el traslado a otro puesto de trabajo constituyen ajustes razonables (misma sentencia y también STJUE de 10 de febrero de 2022, C-485/20, *HR Rail*).

Asimismo, la definición de cuando la carga es excesiva es otro de los aspectos que la norma debería desarrollar. A diferencia de otros límites, como la razonabilidad del ajuste, que es identificada en el art. 66.2 TRLGDPD⁹, el legislador no ha ofrecido pautas para clarificar cómo debe apreciarse su concurrencia.

En idéntico sentido, el art. 40.2 TRLGDPD señala que deberá valorarse si la realización del ajuste es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, considerando los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen, y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

Sin embargo, ninguna de estas circunstancias es detallada para facilitar la aplicación de la norma. De hecho, ni tan siquiera se conecta la regulación de los ajustes razonables con el actual marco de ayudas económicas estatales o autonómicas.

Hay que hacer hincapié, además, en que el juicio de exigencia no se debe restringir a las adaptaciones “necesarias” (para que la persona pueda seguir desarrollando su puesto de trabajo), sino también a las “adecuadas” (a la situación de discapacidad concreta a la que tenga que hacer frente).

Existe una diferencia conceptual entre “ajuste razonable”, por una parte, como la obligación de la parte empleadora, y “carga excesiva”, que es la excepción que justifica la inobservancia de dicha obligación por parte de la empresa. Una excesiva onerosidad económica para la empresa no afecta a la razonabilidad del ajuste,

8 (20) Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre. Directiva 2000/78/CE.

9 Art. 66.2 TRLGDPD “se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”.

sino al exceso de la carga. Puede considerarse que esta es una diferenciación meramente teórica, pero se trata de un deslinde útil, porque una adaptación razonable (para la discapacidad de la persona) puede ser inasumible para la empresa.

3.3. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los ajustes razonables (STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*).

Es obligado citar la STC 51/2021, de 15 de marzo, la primera en la que el TC dicta doctrina específica sobre el deber de adaptación en el ámbito laboral. Reitera la afirmación, reconocida legalmente, de que los ajustes necesarios se integran en el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación de las personas con discapacidad allí donde sean necesarios, para garantizar el ejercicio de sus derechos en el ámbito laboral en igualdad de condiciones. En particular, incorpora la obligación de la empresa de responder de forma expresa y suficientemente motivada a las solicitudes de adaptación del puesto de trabajo, en particular cuando deniegue el ajuste por considerarlo desproporcionado o indebido, *“ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho”*. Por consiguiente, el deber de respuesta de la empresa se incorpora de forma explícita como parte integrante del derecho que ostenta la persona con discapacidad.

El TC extiende el deber de adaptación a casos en los que la persona no la haya solicitado expresamente, pero la parte empleadora tenga conocimiento de su condición particular y de la necesidad consecuente de realizar ajustes para el adecuado desarrollo de la prestación de servicios. Y va más allá, articulando un deber de interlocución de la empresa con la persona afectada cuando no disponga de todos los datos, o el conocimiento de sus necesidades sea imperfecto. Puede afirmarse que esta sentencia del TC exige un notable grado de diligencia a la parte empleadora —que, en el caso planteado, se refiere a la administración pública— y subraya que es una obligación a desarrollar en todo caso, antes de emprender cualquier acción que pueda ir en menoscabo del empleo y trabajo de una persona que la sufre, como lo es en todo caso el despido, la jubilación o la imposición de medidas disciplinarias.

Precisamente, en cuanto a estas consecuencias (despido) previstas en el art. 49 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, ha sido de enorme relevancia la sen-

tencia dictada por la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), con ocasión de la petición de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. Su extraordinario interés motiva este trabajo.

El litigio se plantea entre un trabajador y su empresa con motivo de la extinción de su contrato por parte de esta al haber sido declarado en situación de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual, que es una de las causas de extinción del contrato que regula el art. 49ET. La sentencia cuestiona la conformidad al derecho comunitario de la normativa y jurisprudencia española en torno al precepto citado, que habrá que modificar¹⁰, y obligará a las empresas a una política preventiva en materia de ajustes razonables para evitar que la extinción del contrato, involuntaria por parte del trabajador, pueda llegar a ser calificada de despido que, si lo es por razón de la discapacidad, será declarado nulo por discriminatorio.

Hasta enero de 2024, la extinción del contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente operaba de forma automática, sin necesidad de justificación por parte de la empresa, dado que se trataba de una causa objetiva de terminación del contrato de trabajo, completamente ajena a la voluntad del empleador. En esos casos, la incapacidad permanente declarada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) provocaba la extinción automática de la relación laboral, salvo que el convenio colectivo aplicable obligara a las empresas a la adaptación del puesto de trabajo o a la reubicación de la persona trabajadora en la empresa.

En el caso en cuestión, el trabajador, conductor de la empresa, sufrió un accidente a consecuencia del cual resultó con importantes limitaciones para su trabajo habitual¹¹. Esto llevó consigo una reubicación por parte de la empresa porque solo debía conducir durante 40 minutos cada día aproximadamente, lo que le impedía la conducción de forma continuada, como implicaba su profesión habitual: conductor de camión de retirada de residuos. Pese a que esta actuación precedente de la empresa demostró que el “ajuste razonable” era factible, cuando el trabajador obtuvo la declaración de incapacidad, se le aplicó directamente (a los once días de dicho reconocimiento) la consecuencia extintiva prevista por el art. 49 ET.

10 El Consejo de Ministros de 21 de mayo de 2024 aprobó una propuesta de anteproyecto de Ley por la que se modifica el art. 49.1.e ET para adaptarlo a los efectos de la STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, Ca Na Negreta.

11 En la declaración de incapacidad permanente total para su profesión habitual constan sus limitaciones en estos términos: “limitación superior al 50% del tobillo derecho que le limita la marcha con importante inestabilidad, la bipedestación y las maniobras de flexoextensión del pie derecho, cojera antiálgica, dificultad para el manejo de pedales, subir y bajar escaleras, hacer cuclillas.”

El TSJ Baleares cuestionaba que, conforme a la norma y la jurisprudencia, el posible deber de ajuste razonable solo fuera exigible —en el contexto del art. 49 ET— si estuviera previsto expresamente por norma convencional o acuerdo contractual, considerando que ello producía una vulneración del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, pues el deber de realizar los ajustes razonables establecido en el art. 5 Directiva 2000/78, no se encuentra condicionado. Pese a lo dictaminado por la Fiscalía, no había duda alguna de que la persona demandante que ha visto extinguido su contrato por la declaración de incapacidad permanente total, debía ser considerada en situación de discapacidad conforme a la propia definición convencional¹².

El TJUE sintetiza toda su argumentación, en una lapidaria frase: *“una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia”*. Para ello, las empresas deberán involucrar a los servicios de prevención de riesgos laborales para determinar si es viable o no realizar estos ajustes en el puesto de trabajo, lo cual podría ser determinante para evitar que la extinción del contrato sea declarada improcedente o incluso nula.

El TSJ balear dictó sentencia el 19 de marzo de 2024, pero en congruencia procesal con la petición de la parte demandante, vio limitado su pronunciamiento a la calificación de improcedencia del despido, apuntando claramente la Sala que hubiera declarado la nulidad de la decisión empresarial conforme al art. 6.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, si dicha pretensión se hubiera mantenido por la parte recurrente. Se rechaza el argumento de la empresa respecto de la conexión de la voluntariedad del trabajador al solicitar la declaración de incapacidad, con la aceptación del despido ex art. 49 ET y concluye que la empresa puso fin al ajuste razonable inicialmente

12 A los efectos de la Directiva 2000/78, el concepto de discapacidad *“debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”* y en los términos de la Convención (art.1) *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

aplicado, sin razón alguna que justificara dicha decisión extintiva, pese a que este había permitido mantener la ocupación a pesar de su situación de discapacidad. Distinto hubiera sido que hubiera alegado, por ejemplo, la inviabilidad o el excesivo coste de la reubicación.

La sentencia afecta al concepto mismo de discapacidad en relación con la incapacidad permanente en nuestro derecho interno, ya no puesta en relación con el trabajo habitual, sino con la limitación funcional para un puesto de trabajo y no con relación a una profesión o grupo profesional. Es este un aspecto interesante que abre a una interpretación más integradora de los ajustes, orientados a facilitar el mantenimiento del trabajador con discapacidad, no en un puesto de trabajo en particular, sino en el empleo, en otro puesto de trabajo, si ello no supone una carga excesiva para el sujeto empleador.

La Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, pese a los ajustes que se puedan llevar a cabo. En un enfoque basado en el concepto social de discapacidad, adaptar el entorno de trabajo de la persona con discapacidad para que pueda participar de forma plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, la conservación del empleo puede llevar consigo ofrecer otro puesto de trabajo adecuado a la discapacidad sobrevenida. En este sentido, los ajustes razonables, incluso cuando se trate de un cambio en las características del puesto de trabajo, constituyen una medida preventiva para mantener el empleo de las personas con discapacidad.

La sentencia no olvida que solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo, si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar. Esta cuestión afectaría a la distribución de la carga de la prueba, que debería recaer en la parte empresarial, que se encuentra en mejor disposición de facilitar la información necesaria sobre la existencia o no de la categoría del puesto de trabajo al que se ajusta la capacidad de la persona y la existencia de vacantes.

El efecto inmediato de este importante pronunciamiento ha sido la formulación de propuesta de anteproyecto de Ley por la que se modifica el Estatuto de los Trabajadores, aprobada en el Consejo de Ministros de 21 de mayo de 2024, mediante el que se modificará el art. 49.1.e ET para adaptarlo a los efectos de la STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*.

La propuesta de redacción contempla que en caso de *declaración de gran invalidez o incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora*, la empresa no podrá extinguir el contrato de trabajo por esta causa cuando la persona trabajadora solicite que se realicen los ajustes razonables en su puesto de trabajo que le permitan continuar desempeñándolo o, cuando esto no sea posible por constituir una carga excesiva, el cambio a otro puesto de trabajo vacante compatible con su nueva situación. El anteproyecto también aclara que para determinar si la carga es excesiva para la empresa se tendrá en cuenta si puede ser paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que los ajustes impliquen, en relación con el tamaño y el volumen de negocios de la empresa.

Es importante indicar que, en el texto, la posibilidad de extinguir el contrato, que hasta el momento estaba en manos de la empresa, se condicione ahora a la voluntad de la persona trabajadora, lo que dependerá de las condiciones de la adaptación del puesto de trabajo. De ella se indica que deberá ser *razonable, necesaria y adecuada*; o, en el caso de la propuesta del cambio a otro puesto de trabajo, se indica que debe estar *vacante y disponible* y ser *acorde con su perfil profesional y compatible* con su nueva situación.

Finalmente, prevé un plazo —de un mes— *desde el reconocimiento de la incapacidad permanente para manifestar la voluntad de continuar en la empresa, y de tres meses, desde la fecha en que la persona trabajadora comunique a esta su intención, para que la empresa adapte el puesto de trabajo, ofrezca el cambio a otro o finalmente proceda a la extinción cuando nada de esto sea posible*. El iter legislativo nos irá indicando hacia dónde irá esta regulación.

Epílogo: la expansión de los derechos de las personas con discapacidad en un ordenamiento constitucional multinivel.

Posiblemente, pocos juristas en 1978 se podrían imaginar que en 2024 una resolución de un tribunal supranacional europeo habría de dar lugar a la inaplicación de una norma española por resultar contraria a una norma europea. En aquel tiempo aún sorprendería más constatar que a tal conclusión se llegase mediante la interpretación de la norma europea a la luz de una declaración de derechos también

europea y a una convención internacional de derechos de las personas con discapacidad. E igualmente sería entonces inconcebible que la resolución del tribunal europeo se produjese mediante un mecanismo de consulta de un tribunal ordinario español, previo a la resolución ordinaria del asunto, sin pasar por los altos órganos jurisdiccionales de nuestro país. Pues bien, eso es lo que ha sucedido, con plena normalidad institucional, en el caso resuelto por la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*.

Esta realidad lleva a considerar que, de los muchos balances positivos que podrían hacerse sobre la evolución de nuestro ordenamiento democrático —ahora que nos aproximamos a los 50 años de vigencia de nuestra Norma Fundamental— destaca especialmente la *vis expansiva* que para los derechos fundamentales supuso la inclusión en la Constitución Española de diversas cláusulas de apertura internacional.

Junto con la tradicional incorporación al ordenamiento de los tratados y convenios válidamente ratificados (art. 96.1 CE), nuestra ley de leyes establecía dos novedosas cláusulas de apertura que, a la postre, resultarían enormemente trascendentes: los artículos 10.2 y 93 CE, respecto de las cuales, en tiempos constituyentes, solo podía intuirse su bondad sin vislumbrarse apenas el alcance que en la efectiva progresión de los derechos humanos y libertades fundamentales se lograría asentar, finalmente, durante estas cinco décadas.

El primero de los preceptos citados, el artículo 10.2 CE, estableció la apertura de la interpretación de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos hacia niveles normativos supraestatales. En aquel momento, las principales referencias eran la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) —incluida explícitamente en el texto constitucional, y cuyos pactos de desarrollo (sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales) habían sido previamente ratificados por nuestro país (1977)—, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), en el ámbito regional europeo, que se ratificaría por España en 1979. A ellos se fueron sumando una larga lista de convenios y tratados sectoriales, entre los que destaca, por tener un carácter transversal que alcanza a todos los derechos fundamentales anteriormente reconocidos, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)¹³.

13 Acerca de la relevancia jurídica-constitucional de esta apertura constitucional y de la inclusión de la mención explícita a la DUDDHH en la CE, véase GÓMEZ CUENCA, P., *La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española*, Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén (segunda época), nº 12, 2012, págs. 1-24.

La segunda cláusula de apertura constitucional, la establecida en el artículo 93 CE, abrió la puerta a la atribución de competencias derivadas de la norma fundamental a organizaciones o instituciones internacionales, fundamentalmente ante la perspectiva de la proximidad de la adhesión de España a las entonces denominadas Comunidades Europeas, que llegaría años más tarde (1986). Notorio es que esta atribución de competencias a las instituciones comunitarias acabaría por tener un alcance e intensidad mucho mayor de la que mostraba en aquel momento, en cuánto fue acrecentándose sustancialmente al mismo ritmo que avanzaba el proyecto de integración comunitaria, evolucionando posteriormente en la Unión Europea tal y como la conocemos hoy¹⁴.

En el sector del ordenamiento en que se incardina el objeto de este trabajo —derechos de las personas con discapacidad— se da una doble singularidad: por una parte, que la propia Unión Europea llegaría a aprobar su propia Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE) con mención, en el marco de la regulación del principio de igualdad, a la discapacidad respecto del principio de no discriminación (art. 21 CDFUE) y al derecho a la autonomía, integración social y profesional y participación en la comunidad de las personas con discapacidad (art. 26 CDFUE). La Carta, inicialmente sin valor jurídico vinculante, sería posteriormente integrada en los tratados constitutivos (artículo 6.1 TUE), junto con el reconocimiento, como principios generales, de los derechos fundamentales garantizados en el Convenio de Roma, así como de los derechos tal y como son reconocidos en las tradiciones comunes de los Estados miembros (artículo 6.3 TUE)¹⁵; por otra parte, que también la Unión Europea, además de sus Estados miembros, ratificaría en nombre propio la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁶.

14 En el momento constituyente no podía tan siquiera atisbarse la eventualidad de que las Comunidades Europeas a las que entonces se proyectaba incorporarse, llegasen a alumbrar una verdadera unión política que incluyese su propia carta de derechos. Efectivamente, “el sistema de la UE es el resultado de una evolución y conformación por etapas sucesivas, puesto que si bien el Derecho de las comunidades siempre tuvo como presupuesto que los Estados miembros fuesen democráticos, nunca tuvo como objeto explícito directo, ni el reconocimiento de los derechos fundamentales, ni su enumeración en un catálogo. Los derechos fundamentales fueron, por tanto, reconocidos de forma muy paulatina tanto por el TJ como por el Derecho originario, pudiendo distinguirse cuatro etapas muy diferenciadas en este devenir. En la primera se aprecia un cierto rechazo del reconocimiento de los derechos fundamentales por el TJ. En la segunda, el TJ los acepta como principios generales de Derecho comunitario. En la tercera se aprecia una internacionalización de las fuentes y un progresivo reconocimiento de los mismos por parte del Derecho originario. Y en la cuarta se consolida la aplicación de la CDFUE y se inicia el diálogo entre el TJ y el TEDH”, tal y como señala OLAYA GODOY en *Protección de derechos fundamentales y diálogo jurisdiccional en el ámbito europeo*, Foro Nueva época, vol. 18, núm.2 (2015): 387-399.

15 La CDFUE, proclamada el 12 de diciembre de 2007, con valor jurídico vinculante desde la aprobación del Tratado de Lisboa, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

16 La doble ratificación de la CDPD por la UE y sus Estados miembros constituye, hasta la fecha, el único supuesto en el que la tradición común de los Estados miembros plasmada en un instrumento ratificado por todos

Respecto de ambos textos (Carta y Convención) se da, por tanto, una peculiarísima posición en nuestro sistema de fuentes, en cuanto inciden y se integran en el mismo a través de tres cauces simultáneos: a) como parte integrante del ordenamiento jurídico, al ser tratados internacionales ratificados por España e incorporados al mismo ex art. 96.1 CE; b) como referencia interpretativa de los derechos y libertades constitucionales, por ser instrumentos de protección internacional de los derechos humanos a los que remite el art.10.2 CE; c) finalmente, como canon interpretativo del propio Derecho Europeo, el cual a su vez, se integra en nuestro ordenamiento con la prevalencia que imponen los principios de primacía y efecto directo, incluidas las relaciones entre particulares, plenamente consolidados en el orden constitucional europeo.

Para terminar de apreciar esta complejidad de los diferentes niveles normativos y de sus superposiciones e interacciones, queda por subrayar que la ratificación de la Convención por todos los Estados miembros de la UE dota a este texto —fundamental para los derechos de las personas con discapacidad—, de la original virtualidad de estar interactuando con plena eficacia jurídica al mismo tiempo en los ordenamientos internos de cada Estado miembro y en el Derecho de la UE¹⁷.

Pues bien, en la interpretación del complejo entramado normativo resultante encontramos diversas instancias jurisdiccionales, a saber: los órganos judiciales ordinarios nacionales, los tribunales nacionales de garantías constitucionales, el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A ello cabría añadir, aunque sus resoluciones no puedan considerarse jurisdiccionales *strictu sensu*, las observaciones y resoluciones del Comité de Naciones Unidas para los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁸.

ellos se refleja también, explícita y formalmente, en un instrumento común formalmente ratificado e incorporado al derecho de la UE, pero surgido en un ámbito institucional diverso y más amplio, la Asamblea General de las Naciones Unidas en este caso.

17 En contraste con el Convenio de Roma que, a pesar de la previsión introducida en el artículo 6.2 TUE, no ha sido hasta la fecha ratificado por la UE como tal.

18 Podemos concluir que el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad es un intérprete cualificado de la Convención de modo que sus observaciones y dictámenes deben ser considerados por los órganos jurisdiccionales, en especial en las resoluciones que solventan quejas formuladas frente al mismo. Así lo viene entendiendo la doctrina respecto del Comité de Derechos Humanos de NN. UU, entre otros SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 132. Así está siendo valorado por la jurisprudencia, entre otras en la reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, STS 1595/2023, de 29 de noviembre de 2023, en donde se reconoce el valor de los dictámenes del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de NN. UU. que aprecien lesión de los derechos establecidos en la CDPD. Considera la Sala Tercera que dichos dictámenes constituyen un elemento determinante en la acreditación de la alegación de vulneración de derechos fundamentales constitucionales y concluye que «el contenido de aquéllos (de los derechos reconocidos en la

En ese marco, la cuestión prejudicial europea ante el TJUE destaca como herramienta óptima para desarrollar un auténtico diálogo jurisdiccional. Al tiempo que podría verse como el exponente máximo de esta complejidad, la cuestión prejudicial europea constituye la clave de bóveda del perfeccionamiento de un sistema multijurisdiccional de protección de los derechos, coherente con la existencia de un auténtico ordenamiento constitucional multinivel¹⁹, en el cual la soberanía estatal, sin desaparecer ni diluirse, consiente en integrarse en un entramado normativo que la trasciende.

Tal y como se plantea en estas páginas, cabe imaginar que, si el demandante inicial en el asunto *Ca Na Negreta* hubiera mantenido una pretensión de nulidad del despido por discriminatorio, el tribunal territorial español hubiera podido plantearse también la relevancia de una eventual cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 49.1 e) ET ante el TC español, con fundamento en una interpretación del art. 14 CE coherente con los referidos estándares internacionales. Y en una última vuelta de tuerca, si el TC hubiera llegado a conocer por esa vía o a través de un recurso de amparo de este asunto, hubiera debido plantearse, a su vez, la misma cuestión prejudicial que el TSJIB planteó al TJUE, en cuanto la referida inadecuación de la norma estatal a la Convención constituye, al mismo tiempo, una inadecuación al Derecho europeo en una materia competencia de la UE, como así quedó establecido en la referida sentencia²⁰.

CDPD) constituye parte también del de éstos (de los derechos constitucionales), formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2.

19 La primera construcción teórica del constitucionalismo multinivel se atribuye a Ingolf Pernice. Su planteamiento consiste en un marco teórico-descriptivo del carácter constitucional del proceso de integración europea a partir del Tratado de Ámsterdam. Supuso una nueva perspectiva de análisis jurídico que parte de considerar a los tratados constitutivos de la UE y a las constituciones de los Estados miembros como un cuerpo normativo sustancialmente unido, de naturaleza constitucional, dentro del cual el ejercicio de las facultades inherentes a la soberanía de los Estados miembros, manteniéndose íntegra, está distribuido, de forma coherente, en dos o más niveles, como solución de articulación normativa más allá del principio de jerarquía. PERNICE, I., *Multilevel constitutionalism, and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited*, *Common Market Law Review*, n.º 36(4), 1999, págs. 703-750 y *Multilevel constitutionalism in the European Union*, *European Law Review*, 27 (1/6), págs. 511-529. Entre otros autores que han desarrollado este planteamiento PIZZOLO, C., *Derecho constitucional en la Unión Europea: El "constitucionalismo multinivel" como alternativa al problema de la jerarquía normativa*, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 9, 2012, págs. 121-130 o GÓMEZ SÁNCHEZ, Y, en *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Madrid, Sanz y Torres, 2011.

20 Siguiendo a ROCA TRIAS. E & GARCIA COUSO S., debe considerarse que esta superposición de niveles normativos y de órganos jurisdiccionales de garantía y de unificación interpretativa en el ámbito de la UE pone también de manifiesto hasta qué punto los tribunales de garantías constitucionales de los Estados miembro han cedido al TJUE el control de la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales en materias de competencia de la UE. Así se afirma en ROCA TRIAS. E & GARCIA COUSO, S. (2017) *¿Es real el diálogo entre*

En contra de lo que a primera vista pudiera parecer, este sistema multinivel de protección de los derechos no dificulta el acceso a remedios eficaces para su salvaguarda. Al contrario, se revela como una formidable palanca de impulso de una interpretación evolutiva y expansiva del contenido de los derechos fundamentales.

Y, muy en particular, en el ámbito del derecho de la discapacidad, la inserción de la Convención en nuestro ordenamiento junto con el establecimiento, a partir de la misma, de los ajustes razonables y de la calificación de su denegación injustificada como causa de discriminación directa²¹, ha ampliado sustancialmente el contenido de la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. Este derecho-principio emerge así para su aplicación de forma transversal, enervando su vulneración en relación con el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental e irradiando en obligaciones positivas incluso para sujetos de derecho privado²², como lo era el empleador en el caso ya comentado.

tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales. Teoría y Realidad Constitucional n.º 39, 2017, págs. 529-548) que “los Tribunales Constitucionales han de jado de tener el monopolio sobre la interpretación de los derechos y libertades fundamentales (art. 10.2 CE). Es más, en aquellos casos en que afecte a derechos fundamentales relacionados con la competencia de la UE, podría afirmarse que han de jado de tener el control. En el caso de la Unión Europea el problema viene marcado por un nuevo elemento que hasta ahora no se ha tenido en cuenta de forma correcta: la competencia (art. 93 CE). También en el ámbito de los derechos fundamentales implicados en materias de Derecho europeo rige dicho principio, pues, en definitiva, los derechos fundamentales no de jan de ser una materia transversal que acompaña a la materia de la que bien la Unión bien el Estado son competentes. No podemos olvidar que la Carta es vinculante para los Estados miembros, por lo que, confirmada la competencia de la Unión, es al TJUE al que corresponde emitir un juicio sobre su interpretación”.

21 Arts. 4 y 6 de la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación en relación con el artículo 2 de la Convención.

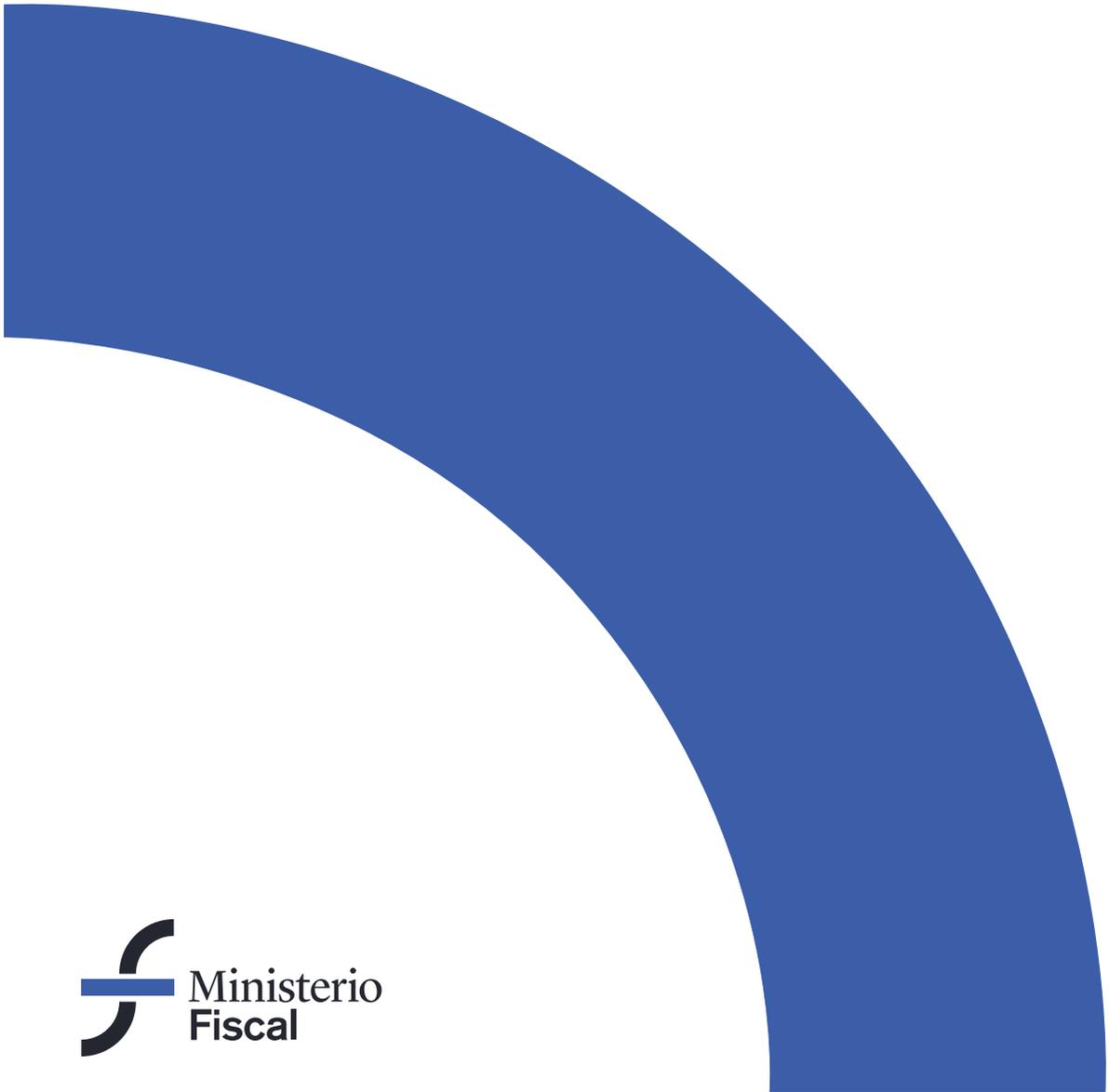
22 Efectivamente, los derechos humanos irradian todo el ordenamiento jurídico y comprenden también principios que actúan como verdaderos mandatos de optimización que exigen obligaciones positivas no solo para los poderes públicos sino también para los particulares. Si bien la exigibilidad inmediata para sujetos de derecho privado de estas obligaciones positivas suele anudarse a su concreción legislativa, sí que se viene admitiendo su eficacia directa precisamente en relación con el amparo de derechos vulnerados en relación con el principio de no discriminación respecto de personas o colectivos en situaciones de inferioridad o vulnerabilidad respecto del sujeto obligado. En este sentido sobre la eficacia horizontal inmediata o directa de los derechos fundamentales, ALEXY, R., obra citada, pág. 506-523; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., *La eficacia de los derechos fundamentales* en BASTIDA FREIJEDO, F. J. (Coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005. págs. 189-195; TOMÁS MALLEN, B., *Derechos Fundamentales y Drittwirkung en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el derecho europeo*. *Revista de Derecho Político*, n.º 115, 2022, págs. 207-235; y GARCÍA RUBIO, M.P., (2002): *La eficacia inter privados (Drittwirkung) de los derechos fundamentales*, Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera, Vol. I, Colegio Notarial de La Coruña, págs. 297-314 y VIVAS TESÓN, I., *La horizontalidad de los derechos fundamentales. Bienes de la Personalidad*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2008, págs. 205-213. Nuestro Tribunal Constitucional ha incorporado esta doctrina y técnica en diversas resoluciones, dictadas en asuntos empapados de la consideración de nuestro ordenamiento constitucional como un Estado Social de Derecho. Así, la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre o, entre otras, la STC 88/1985, de 19 de julio, la STC 177/1988, de 10 de octubre y la STC 108/1989, de 8 de junio, todas ellas, precisamente, en materia de relaciones laborales.

Efectivamente, si bien la evolución del Derecho a través de esta articulación de diversos niveles normativos parece irremediabilmente destinada a escalar su complejidad técnica —lo cual podría hacer temer, a primera vista, una repercusión negativa en la eficacia de la garantía de los derechos de los ciudadanos—, paradójicamente encontramos, ejemplificado en el caso que nos ocupa, que esa mayor complejidad técnica en la interacción de diversos niveles normativos e instancias jurisdiccionales redundante, finalmente, —y muy particularmente en el ámbito de la discapacidad— en una fuerza expansiva en la interpretación del contenido de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Al Ministerio Fiscal español —por sus atribuciones constitucionales en defensa de los derechos de los ciudadanos y en la procura del interés social (art. 124 CE)—, le corresponde un especial protagonismo —en consideración a sus capacidades de especialización y de visión de conjunto en unidad de actuación—, en la tarea común de coadyuvar a que nuestros órganos judiciales alcancen una interpretación del contenido de los derechos fundamentales armónica con los niveles de protección reconocidos en el derecho europeo e internacional.

- ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- GARCÍA RUBIO, M.P. *La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales*, Libro Homenaje a Idefonso Sánchez Mera, Vol. I, Colegio Notarial de La Coruña, 2002, págs. 297-314.
- GÓMEZ CUENCA, P. *La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española*, Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén (segunda época), nº 12, 2012, págs. 1-24.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Madrid, Sanz y Torres, 2011
- OLAYA GODOY, M. *Protección de derechos fundamentales y diálogo jurisdiccional en el ámbito europeo*, Foro Nueva época, vol. 18, núm.2, 2015, págs. 387-399.
- PERNICE, I. *Multilevel constitutionalism, and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited*, Common Market Law Review, n.º 36(4), 1999, págs. 703-750 y *Multilevel constitutionalism in the European Union*, European Law Review, 27 (1/6), págs. 511-529.

- PIZZOLO, C. *El constitucionalismo multinivel como alternativa al problema de la jerarquía normativa*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, n.º 9, 2012, págs. 121-130
- ROCATRIAS, E & GARCIA COUSO, S. *¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales*. Teoría y Realidad Constitucional n.º 39, 2017, págs. 529-548.
- RODRÍGUEZ RUIZ, E. *Discapacidad por daño sobrevenido y sus efectos en el ámbito jurídico-laboral*. Ed. Ramon Areces, 2017.
- SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 132.
- TOMÁS MALLEN, B. *Derechos Fundamentales y Drittwirkung en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el derecho europeo*. Revista de Derecho Político, n.º 115, 2022, págs. 207-235.
- VÁZQUEZ MORAGA, O. *Miradas para una justicia sin barreras*. FGE, 2023, págs. 247-269.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *La eficacia de los derechos fundamentales en BASTIDA FREIJEDO, F.J (Coord.), Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005. págs. 189-195.
- VIVAS TESÓN, I. *La horizontalidad de los derechos fundamentales*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2008, págs. 205-213.



Ministerio
Fiscal



La IA y sus efectos en el Derecho del trabajo¹



Adrián Todolí Signes

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultat de Dret. Universitat de València

¹ Investigación que forma parte del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo” ref. PID2022-139967NB-I00.

Resumen

El presente artículo analiza el impacto jurídico del uso de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito laboral, centrado en la figura de la dirección algorítmica. Lejos de limitarse a funciones tradicionales de vigilancia previstas en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, las nuevas tecnologías se emplean hoy con un carácter ofensivo, reorganizando el trabajo, intensificando ritmos, reduciendo la autonomía y aumentando el control empresarial sobre los trabajadores. Esta forma de dirección transforma el contrato de trabajo y genera desequilibrios que exigen una revisión del marco normativo.

La investigación aborda, en primer lugar, los riesgos de discriminación algorítmica derivados del uso de sistemas automatizados en procesos de selección y evaluación laboral. Se evidencian sesgos estructurales originados en los datos de entrenamiento, así como discriminaciones indirectas por variables proxies. En segundo lugar, se identifican los riesgos laborales específicos del entorno dirigido por IA: vigilancia constante, tecnoestrés, burnout, intensificación del trabajo y deshumanización de las relaciones laborales.

Asimismo, se examina el papel de los algoritmos en las redes empresariales, mostrando cómo permiten a las empresas matrices controlar indirectamente al personal de contratistas y franquicias, lo que plantea cuestiones sobre la cesión ilegal de trabajadores y la dilución de responsabilidades.

El artículo concluye reclamando una actualización del Derecho del Trabajo que garantice el equilibrio contractual, prevenga abusos tecnológicos y asegure la protección de los derechos fundamentales frente a esta nueva forma de organización empresarial.

Palabras clave: inteligencia artificial, dirección algorítmica, discriminación, riesgos laborales, Derecho del Trabajo.

1. La tecnología y su uso “ofensivo”

Desde que, en 2017, los economistas Frey y Osborne² alarmaron al mundo señalando que el 47% de empleos iban a desaparecer por culpa de la automatización, el futuro del trabajo genera gran inquietud social. Se pronostica que el coche conducido por inteligencia artificial destruirá el sector del transporte, y los algoritmos que crean imágenes o los que redactan textos (el famoso ChatGPT) conducirán al desempleo a millones de personas. Sin embargo, superadas las primeras visiones “catastrofistas”, el consenso actual, liderado por el economista David Autor³, es que los algoritmos no van a sustituir a las personas trabajadoras, sino que serán un complemento. Esto ha desplazado la inquietud social hacia cómo será el trabajo con una IA como jefe, esto es, saber cómo será el trabajo y la calidad del trabajo bajo la dirección algorítmica⁴.

Actualmente, los algoritmos son capaces de realizar procesos de selección, desde leer CV hasta analizar videos de entrevistas para detectar al mejor candidato o reducir la lista de ellos, organizar los horarios de las personas trabajadoras y determinar cuántas son necesarias en cada momento, dar instrucciones, vigilar y controlar el trabajo, evaluar el desempeño, etc.

El 72% de currículos nunca son vistos por ojos humanos⁵. Un algoritmo los escanea para obtener las habilidades y experiencias que la empresa busca e incluso interactuar con el propio solicitante mediante *chatbots*⁶. Los algoritmos pueden también analizar la información pública que existe en internet sobre una persona. Así, pueden escanear las redes sociales, averiguar sus hábitos o preferencias (a través de Instagram), sus películas favoritas (a través de Facebook), qué noticias lee (a través de Google News), sus preferencias políticas (a través de Twitter), etc. De esta forma, si el algoritmo identifica que la persona no tiene hábitos de vida⁷

2 Frey, C. B., & Osborne, M. A. (2017). The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? *Technological Forecasting and Social Change*, 114, 254-280. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2016.08.019>

3 Autor, D. (2021). Artificial intelligence and jobs: Evidence from online vacancies. National Bureau of Economic Research. <https://doi.org/10.3386/w28257>

4 Lee, M. K., Kusbit, D., Metsky, E., & Dabbish, L. (2015). *Working with machines: The impact of algorithmic and data-driven management on human workers*. In Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems (pp. 1603-1612). Association for Computing Machinery. <https://doi.org/10.1145/2702123.2702548>

5 O'Neil, C. (2016), *Weapons of math destruction. How big data increases inequality and threatens democracy*. Crow, p. 114.

6 Rafter, M. (2016). Why Robots Wont take over HR recruiting any time soon. *PC Magazine*.

7 Suder, S. & Siibak, A. (2018). Employers as nightmare readers: An analysis of ethical and legal concerns regarding employer-employee practice on social networking sites. *Baltic Journal of Law and Politics*, 10(2), pp. 76-106.

u opiniones políticas “compatibles” con los deseos de la empresa o con lo que la propia IA considera beneficioso para la empresa, el candidato quedaría excluido. Incluso no tener redes sociales puede ser un criterio para descartar candidatos al entender el algoritmo que no dispone de suficiente información para realizar un perfil del candidato. La empresa *HireVue* ha implementado un sistema, usado por empresas como *Goldman Sachs*⁸, que, a través del reconocimiento facial y la grabación de voz durante las entrevistas de trabajo, elabora un perfil profesional haciendo predicciones sobre su futuro comportamiento en la empresa, estabilidad personal, personalidad o nivel de compromiso, ofreciendo una ordenación automática de las personas candidatas⁹.

Desde hace décadas existen programas informáticos que se encargan de decidir el número de trabajadores que debe haber en cada tienda física para atender al público en cada momento del día¹⁰. Estos programas intentan prever, teniendo en cuenta el clima, si existen eventos cercanos, comportamientos del consumidor pasados, etc., las necesidades de personal en cada establecimiento. Igualmente, cada vez son menos extrañas las empresas que tienen una aplicación propia donde el algoritmo envía directamente a cada trabajador su horario al teléfono, evitando incluso la intervención humana de un supervisor. El objetivo es reducir costes laborales a través de un sistema de “*just in time*” de personal.

El trabajo en un *call center* es uno de los más afectados por este alto nivel de monitorización. La IA controla el número de llamadas atendidas, la duración de las mismas, las pausas, incluso el contenido de la llamada a través de la detección de palabras clave, el tono de voz y la entonación¹¹.

La empresa *Voci* es una de las múltiples empresas de software que vende IA para evaluar llamadas. La empresa sostiene que su producto es capaz de evaluar la empatía mostrada por el teleoperador durante la llamada. La empresa *CallMiner* anuncia que su software puede evaluar y poner nota —y hacer un ranking entre los trabajadores— en profesionalidad, cortesía y empatía en la atención mostrada

8 Feloni, R. (23 de agosto de 2017). I Tried the Software that Uses AI to Scan Job Applicants for Companies Like Goldman Sachs and Unilever Before Meeting Them — and It's Not As Creepy As It Sounds. *BUS. INSIDER*. Recuperado de: <https://perma.cc/M2DT-2WZ4>.

9 McKenzie, R. (2018). Bots, bias, and Big Data: artificial intelligence, algorithmic bias and disparate impact liability in hiring practices. *Arkansas Law Review*, 71 (2).

10 Melachrinoudis, E. & Olafsson, M. (1995). A microcomputer cashier scheduling system for supermarket stores. *International Journal of Physical Distribution and logistics management*, 25 (1), pp. 34-50.

11 Ball, K. (2010). Workplace surveillance: An overview. *Lab Hist*, 51 (1).

durante las llamadas¹². Además del problema del agotamiento emocional y del sentimiento de observancia absoluta, los programas marcan y evalúan la intensidad del trabajo.

Así, con el programa de monitorización de llamadas *Cogito*, los trabajadores solamente tienen un minuto para rellenar los formularios necesarios entre llamadas. Pasado ese minuto, automáticamente les entra otra llamada que deben responder. El programa también establece solamente 30 minutos para pausas para ir al baño o tiempo personal *al mes* (lo cual es menos de un minuto y medio al día en jornadas de 8 horas)¹³. Incluso en los supermercados se contabiliza cómo de rápido cada cajero escanea los productos, pudiendo compararlos con el resto de trabajadores a efectos de retribuciones, asignación de turnos de trabajo, despidos de los menos rápidos e incluso para hacer competir entre sí a los cajeros para que aceleren el ritmo de trabajo¹⁴.

El trabajo con ordenadores, sea en oficina o teletrabajo, es otro de los que están sujetos a un control absoluto de los tiempos de trabajo y una posterior evaluación del mismo mediante algoritmos a través de índices de productividad. La empresa *Crossover* ofrece una herramienta llamada *WorkSmart* para monitorizar ordenadores¹⁵. Este programa cuenta las pulsaciones del teclado y el ratón, la pantalla del ordenador, los emails enviados e incluso realiza una foto cada diez minutos a través de la *webcam* del ordenador. De esta forma, cada segundo de inactividad con el ordenador —que no significa que el trabajador no esté pensando o trabajando con una libreta— se penaliza.

Los trabajos presenciales no se libran de este tipo de controles y rankings de productividad. Existen en el transporte, la limpieza, la hostelería, etc. El ejemplo más conocido es el control que realiza Amazon a los mozos de almacén midiendo el número y velocidad de cajas empaquetadas, los pasos dados en un día dentro de los almacenes, las pausas para ir al baño o socializar, etc. Así, mediante pulseiras inteligentes o chips en las botas, se realiza un exhaustivo recuento del trabajo prestado y, junto a otras variables, se elabora un índice de productividad que es

12 Dzieza, J. (27 de febrero de 2020). How hard will the robots make us work?. *The Verge*, 27, p. 7. Recuperado en: <https://www.theverge.com/2020/2/27/21155254/automation-robots-unemployment-jobs-vs-human-google-amazon>.

13 Dzieza, J. (27 de febrero de 2020). How hard will the robots make us work?. *op. cit.*, p. 8.

14 The Week staff (5 de julio de 2015). The rise of workplace spying. *Week*. Recuperado de: <https://theweek.com/articles/564263/rise-workplace-spying>.

15 Solon, O. (6 de noviembre de 2017). Big Brother isnt just watching: workplace surveillance can track your every move. *The Guardian*. Recuperado de: <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/06/workplace-surveillance-big-brother-technology>

usado para generar avisos automáticos o se despiden de forma automatizada a las personas que no alcanzan una mínima productividad¹⁶. Con estos ritmos de trabajo poco espacio queda para la salud laboral. Así, documentos internos indican que durante 2018 Amazon tuvo el doble de trabajadores accidentados de forma grave que la media nacional para trabajos similares¹⁷.

En contra de lo que pudiera pensarse, el uso de estas tecnologías no queda limitado a las grandes empresas. Como ocurre con todo software, una vez creado, el coste de replicarlo y multiplicarlo es muy barato, por lo que las pequeñas y medianas empresas podrán usar algoritmos para la dirección de trabajadores a relativamente bajo coste, permitiendo su rápida expansión.

El impacto de esta nueva forma de funcionar está siendo mayúsculo, teniendo repercusiones sobre la calidad del trabajo a nivel individual y a nivel macroeconómico. En este sentido, el presente trabajo pretende realizar un diagnóstico de los efectos que está teniendo la tecnología de la IA en el contrato de trabajo.

La regulación actual del Derecho del trabajo, con una visión clásica de que el empresario puede elegir los medios de control que considere más convenientes para la vigilancia del trabajador (art. 20 ET), se encuentra descompasada con la realidad tecnológica actual. La regulación de la vigilancia tecnológica parte de un uso defensivo de la misma por parte de la empresa. Esto es, se controla al trabajador para que cumpla su contrato de trabajo. Sin embargo, con esta tecnología actualmente se está haciendo un uso ofensivo, esto es, se recopila la máxima información sobre el trabajador y se procesa mediante algoritmos para tener mayor poder de negociación. Si la información es poder, con los algoritmos y la IA el empresario lo tiene todo. Con el uso ofensivo de la tecnología de la IA y, otras tecnologías de vigilancia y control, el contrato de trabajo ha perdido su equilibrio interno. Esto exige un replanteamiento del Derecho del trabajo con objeto de conseguir el reequilibrio interno.

2. ¿Qué es la dirección algorítmica?

La dirección algorítmica es un conjunto diverso de herramientas tecnológicas y técnicas que permiten estructurar las condiciones de trabajo y manejar la fuerza de trabajo. En este sentido, la dirección algorítmica es de todo menos monolítica.

16 Lucher, C. (2019). How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for "productivity". *The Verge*.

17 Dzieza, J. (27 de febrero de 2020). How hard will the robots make us work?. *op. cit.*, p. 2.

La misma contiene un conjunto de herramientas -no solamente algoritmos- entre los que se incluyen posibilidades de uso de sistemas de inteligencia artificial, con diferentes modalidades o tipos de aprendizaje (aprendizaje automático, aprendizaje “profundo”), con diferentes niveles de intervención humana para la toma de decisiones (perfilados, decisiones semiautomáticas, decisiones automáticas) y con gran variedad de usos posibles en materia laboral.

Así, un algoritmo¹⁸ puede seleccionar candidatos para un puesto de trabajo o descartar candidatos en una primera fase para reducir el trabajo a los responsables de la decisión; predecir el número de trabajadores necesarios en cada franja horaria en una tienda de ropa de acuerdo con la demanda esperada; decidir los horarios o turnos de trabajo de cada uno de los trabajadores; establecer objetivos “óptimos” de venta o producción en cada momento del día; decidir los ritmos de trabajo del personal de limpieza; evaluar el cumplimiento de los objetivos marcados o de la carga de trabajo asignada; contabilizar la productividad de cada trabajador y compararla con el resto de compañeros mediante un ranking; analizar la reputación digital mediante la evaluación de los clientes; promocionar o degradar a los trabajadores de acuerdo con los datos analizados; y, finalmente, imponer penalizaciones o despidos.

3. Retos de la IA para el Derecho del Trabajo

3.1. Discriminación algorítmica

La toma de decisiones o el perfilado de los trabajadores mediante algoritmos consiste en el análisis de datos pasados, que son entregados al algoritmo, para que busque patrones recurrentes y correlaciones, con objeto de poder realizar predicciones¹⁹. En efecto, el objetivo es la construcción de perfiles de trabajadores para poder clasificarlos por parámetros introducidos en el propio algoritmo. Una vez identificadas las características que correlacionan con los resultados buscados por la empresa, el algoritmo buscará esas características en futuros trabajadores.

18 En este trabajo se usará “algoritmo” como genérico para referirse a todo el conjunto de herramientas tecnológicas y técnicas descritas incluyendo la inteligencia artificial.

19 Goñi Sein, J. (2017). Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016. *Revista de derecho social*, (78), p 16 y ss; Garriga Domínguez, A. (2018). La elaboración de perfiles y su impacto en los DDFF. Una primera aproximación a su regulación en el RGUE. *Derechos y Libertades*, 38, p 112.

En aquellos casos en los que los algoritmos no puedan identificar directamente las características deseadas, buscará un “*proxy*”, esto es, otra característica sí observable que correlacione con la característica buscada.

Así, en el *software* que usa reconocimiento facial y de voz para analizar entrevistas de trabajo y seleccionar automáticamente candidatos, este programa es “alimentado” con miles o cientos de miles de videos de entrevistas de trabajo indicándole al programa cuáles fueron exitosas (esto es, se contrató al trabajador y resultó “productivo” o cualquier otra forma en que la empresa considere un “éxito” una contratación) y cuáles no lo fueron. De esta forma, el programa “aprenderá” a distinguir qué patrones de conducta (expresión facial, movimientos de brazos, tono de voz, vocabulario específico) correlacionan con los casos marcados con “éxito” y qué patrones debe identificar para rechazar. Cada uno de estos videos analizados y su etiquetaje como éxito o fracaso es lo que se llama “datos de entrenamiento”.

El primer problema que surge con esto es que es posible que el algoritmo detecte patrones en los casos de éxito que nada tengan que ver con la competencia en el trabajo o la productividad. Podría ser que llevar corbata azul correlacionara con casos de éxito²⁰ y, por tanto, penalizara al que llevara corbata roja en los casos futuros en los que se aplica el algoritmo de selección.

El segundo problema sería la discriminación. El color de la corbata es una característica realmente arbitraria entre los hombres (por mucho que diga un algoritmo), pero dado que las mujeres no suelen llevar corbata, que esa característica se valore positivamente podría ser un caso de discriminación indirecta. En efecto, el algoritmo podría detectar directamente como característica de éxito ser hombre, lo que sería discriminación directa, pero también otras características que, sin ser directamente el sexo, puedan correlacionar con el género y provocar discriminaciones indirectas (como el caso de la corbata). Otra posibilidad sería que el algoritmo identificara el tipo de lenguaje (lenguaje típicamente masculino o de una determinada ideología) como caso de éxito²¹. De nuevo, podrían ser casos de discriminación indirecta. Sin embargo, podría haber casos más complejos.

20 No es necesario que todos los casos de éxito llevaran corbata azul, solamente un pequeño porcentaje de casos ya podría ser calificado como estadísticamente significativo. El valor concreto dependería de si existen otras características significativas o no.

21 Kelly-Lyth, A. (2020). Challenging biased hiring algorithms. The adequacy and enforcement of EU-derived law. *Oxford Journal of Legal Studies*. <https://doi.org/10.1093/ojs/gqab006>. p. 8.

El programa de *HireVue* de selección de personal identifica como factor de éxito que el candidato hable despacio²². De esta forma, si hablar despacio correlacionara también con ser hombre, podría ser de nuevo discriminación indirecta. No obstante, se podría argumentar que, en puestos de atención al público, hablar despacio es un valor añadido que podría justificar este tipo de discriminaciones.

Incluso otro tipo de medidas objetivas podrían ser discriminatorias estadísticamente. Así, por ejemplo, que la empresa le ordene al algoritmo buscar patrones de “permanencia en el trabajo” con el objetivo de seleccionar a aquellos trabajadores con menor probabilidad de dimisión (y así reducir costes de rotación de personal) puede acabar concluyendo que es mejor contratar un hombre que una mujer, dado que estadísticamente, las mujeres tienen menor antigüedad por cuestiones sociológicas y de la propia discriminación existente en el mercado de trabajo. Así pues, de hecho, no es solamente que los algoritmos puedan discriminar o tener sesgos, sino que también podrán facilitar a las empresas razones “objetivas” con las que justificar esos sesgos. En efecto, el algoritmo podrá fácilmente encontrar, de forma muy eficiente, múltiples patrones o características “objetivas” que correlacionen con la característica discriminatoria. Que estas características “objetivas” sean justificación suficiente para excluir la discriminación dependerá del caso concreto.

Las posibilidades de las empresas que usan dirección algorítmica para encontrar “justificaciones” alternativas a la discriminación están bien acreditadas. Un estudio realizado por diversos economistas de Stanford²³, con el apoyo de Uber, estableció que en Uber las mujeres cobraban un 30% menos que los hombres. Sin embargo, estos economistas encontraron en los datos “razones” para la diferencia salarial que exculpaba a Uber de cualquier discriminación directa. Concretamente, el estudio consiguió correlacionar los menores salarios con tres razones.

1. El estudio señala que las mujeres abandonan Uber a los 6 meses de media, mientras que los hombres a los 2 años. De acuerdo con el estudio, esta falta de “consistencia” o de compromiso de las mujeres hace que no “aprendan” los trucos del trabajo en Uber y por eso cobran menos. Algo así como que, debido al poco tiempo trabajando en Uber, no se conocen qué rutas coger, etc... lo que hace que ganen menos dinero.

22 Larsen, L. (21 de junio de 2018). HireVue assessments and preventing algorithmic bias. *HireVue Blog*. Recuperado de <https://www.hirevue.com/blog/hiring/hirevue-assessments-and-preventing-algorithmic-bias>.

23 Cook, C., Diamond, R., Hall, J. V., List, J. A., & Oyer, P. (2020). The gender earnings gap in the gig economy: Evidence from over a million rideshare drivers. *The Review of Economic Studies*, 88(5), 2210-2238. Recuperado de <https://web.stanford.edu/~diamondr/UberPayGap.pdf>.

2. La segunda razón es que el estudio “descubre” para explicar la brecha salarial, que las mujeres conducen más lento. Una vez más, se culpa con ello a las mujeres de su menor retribución. Esto es, dado que Uber paga por viajes, si conduces más lento, ganas menos dinero al final del día. De nuevo, el estudio consigue encontrar una razón adicional y distinta para justificar la diferencia salarial de las mujeres.
3. La tercera razón son las concretas franjas horarias elegidas para conducir. El algoritmo de Uber paga más por viaje cuando hay poca oferta, esto implica que los sábados por la noche (por ejemplo) paga más por viaje. En este sentido, el estudio establece que las mujeres cobran menos porque “eligen” trabajar en horas típicas (entre semana, etc.) y no sábados por la noche.

En definitiva, este estudio consigue correlacionar el menor ingreso salarial de las mujeres con múltiples variables que acaban diluyendo toda responsabilidad de la empresa (al menos en apariencia).

En efecto, el estudio intenta señalar que la razón de pagar más a los trabajadores es porque estos tienen más antigüedad, conducen más rápido y disfrutan de un plus de nocturnidad/peligrosidad. Sin embargo, el resultado no deja de ser que es la empresa la que diseña un sistema que premia más los comportamientos típicamente masculinos. Esto es, conducir de forma agresiva/rápida, no tener que conciliar y por ello poder trabajar en horas poco sociables, así como, poder llevar carreras profesionales más largas. Por tanto, sigue siendo posible que aquí se esté encubriendo una discriminación indirecta.

En cualquier caso, y sin querer predeterminar la solución, sirva este estudio de ejemplo para ver cómo aquél que posee los datos tendrá gran facilidad para encontrar una justificación (o correlación en los datos) que ponga en duda cualquier tipo de discriminación, dificultando con ello la calificación judicial de la misma.

Adicionalmente, cabe resaltar que la posibilidad de que, en general, los algoritmos clasifiquen directa o indirectamente a los trabajadores en categorías discriminatorias²⁴ es un riesgo que, de acuerdo con los expertos, es sumamente elevado²⁵. Las razones son las siguientes:

24 Bodie, M. T., Cherry, M. A., McCormick, M. L., Tang, J. (2016) *The Law and Policy of People Analytics...* op. cit.; Ajunwa, I., et al. (2017). *Limitless worker surveillance...* op. cit. p 106.

25 Hardt, M. (26 de septiembre de 2014). *How big data is unfair.* Medium. Recuperado de: <https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de>.

1. *Inferencias estadísticas*: La tecnología parece capaz de inferir ciertas características personales basadas en otros datos. Es decir, aunque se prohíba recabar datos en materia de afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad, los algoritmos son capaces de obtener esta información a través de otros datos²⁶. Por ejemplo, la religión, la raza o la ideología política pueden estar estadísticamente muy relacionadas con el código postal o el barrio donde la persona vive. Así pues, tomar decisiones basadas en la ubicación de la vivienda resultará en el fondo una decisión fundamentada en la raza o la ideología²⁷ o, incluso, conforme al tiempo dedicado a leer unas noticias en Facebook o Google —y no otras— se puede predecir la afiliación política o sindical. De hecho, en muchos casos, se desconocen las capacidades de un algoritmo a la hora de hacer inferencias estadísticas, lo que supone la “imposibilidad” de conocer si el propio algoritmo está tomando decisiones fundamentadas en información discriminatoria o no²⁸.
2. *Sesgos en los datos de entrenamiento*: la propia construcción del algoritmo requiere de datos que estarán sesgados por parámetros discriminatorios. El algoritmo toma la realidad como factor de aprendizaje a la hora de procesar datos, lo que implica que los resultados obtenidos de esos datos vendrán a perpetuar sesgos existentes en nuestra sociedad. Por ejemplo, dado que actualmente 9 de cada 10 consejeros de grandes empresas son hombres²⁹, un algoritmo entenderá que es “más probable” que un hombre encaje mejor como consejero en una de estas empresas —porque así lo “confirman” estadísticamente los datos que posee—³⁰.

Concretamente, esto parece que fue lo que ocurrió en el caso del software de reclutamiento automatizado de Amazon que discriminaba a las mujeres. Dado que los casos de “éxito” suministrados por Amazon de los anteriores diez años eran la gran mayoría de contrataciones de hombres, el algoritmo aprendió que debía contratar hombres. Incluso cuando se retiró la característica de hombre/mujer entre

26 Ver Crawford, K., & Schultz, J. (2014). Big data and due process: Toward a framework to redress predictive privacy harms. *Boston College Law Review*, 55 (1), 93.

27 Mittelstadt, B. D., Allo, P., Taddeo, M., Wachter, S., & Floridi, L. (2016). The ethics of algorithms: Mapping the debate. *Big Data & Society*, 3(2), section 7.

28 Hardt, M. (26 de septiembre de 2014). How big data is unfair... *op. cit.*

29 Grau, O. (4 de febrero de 2017). España, país de consejeros (hombres). *El Periódico*. Recuperado de: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20170204/espana-mujeres-consejos-administracion-ibex-35-2016-5784962>.

30 Téngase en cuenta que en este caso es irrelevante que la correlación sea cierta o no, es decir, aunque estadísticamente exista una correlación entre el sexo masculino y el éxito dirigiendo una empresa del Ibex 35, esta correlación es social y políticamente rechazable: Edwards, L., & Veale, M. (2017). Slave to the algorithm? Why a “right to an explanation” is probably not the remedy you are looking for. *Duke L. & Tech. Rev.*, 16. p. 28.

las variables que se le suministraban, el algoritmo aprendió a identificar quién era mujer con base en otras características (que en el CV apareciera como formación en colegios mayores de mujeres o que aparecieran aficiones, o deportes, mayoritariamente femeninos) para rechazar su candidatura³¹.

3. *La estadística contra las minorías.* Cuando un algoritmo está al mando, en general, las minorías siempre estarán en desventaja. La propia ciencia de la estadística otorga mayor valor a las decisiones tomadas con más información disponible. Eso conlleva que en las minorías —raza, religión, orientación sexual, etc.— habrá menos datos disponibles, lo que implicará que el algoritmo entienda que tomar una decisión favorable a un colectivo minoritario sea más arriesgado que tomarla a favor de un colectivo mayoritario. Es decir, para seleccionar un candidato de un colectivo minoritario, el algoritmo exigirá más cualidades, aptitudes, conocimientos... (por defecto) que para hacerlo con el de un colectivo mayoritario, simplemente por el hecho de que es más fácil predecir, estadísticamente, el comportamiento de alguien perteneciente al colectivo mayoritario.

Así, por ejemplo, si en los datos de entrenamiento no se proporciona información equiparable entre distintas características (igual número de C.V. de hombres y mujeres y casos de éxitos de ambos casos en igual proporción o igual número de C.V. y casos de éxito de personas de distinta raza), el algoritmo penalizará a los que tengan características minoritarias (de lo que tenga menos datos).

4. *Programación discriminatoria:* La empresa podría configurar específicamente este tipo de algoritmos de selección para no contratar sindicalistas, personas con tendencias de izquierdas, personas que puedan convertirse en líderes en defensa de intereses colectivos de los trabajadores. Una función que no siempre sería sencilla de descubrir, dado que el algoritmo hallaría estas características, no porque se le facilitara esa información directamente, sino a través del análisis de datos en redes sociales, aficiones que tenga, locales que frecuente, películas que le gusten, periódicos que lea o los amigos que tenga, etc.

Tener amigos sindicalistas probablemente implique que existe una mayor probabilidad de que atesores, al menos, simpatías hacia los sindicatos, lo que, junto con otros factores, puede convertirse en una “señal de alerta” para el algoritmo. También es posible que se obtenga esta predicción de “posible sindicalista” que

31 Dastin, J. (2018). Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women. *Reuters*. Recuperado de: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>.

impida su contratación de otra información aparentemente neutra a ojos del no experto, como pueda ser, ser el pequeño en una familia con varios hermanos o tener un amplio rango de intereses diversos³². Es decir, el algoritmo puede usar estas y muchas otras características que el ser humano no podría correlacionar para predecir las posibilidades de sindicación, o de participación en una huelga, para rechazar su contratación.

3.2. Prevención de riesgos laborales

La dirección algorítmica del trabajo, es decir, la sustitución de supervisores y mandos intermedios por sistemas automatizados está causando una deshumanización significativa de los empleados. La ausencia de interacción humana durante la jornada laboral, al estar en contacto únicamente con máquinas, disminuye la socialización, un componente fundamental del proceso de humanización. Además, la incapacidad de los algoritmos para comprender los límites de las capacidades humanas pone en riesgo la salud y la seguridad de los trabajadores.

La vigilancia constante a través de sensores, la intensificación del trabajo provocada por decisiones tomadas por máquinas sin empatía ni comprensión de los límites humanos, la reducción de la autonomía del trabajador sometido a una inteligencia artificial, las decisiones discriminatorias bajo una aparente neutralidad algorítmica y los posibles errores de funcionamiento pueden ocasionar graves problemas de salud física y psicológica para los empleados.

En los centros logísticos de Amazon, se controla mediante dispositivos portátiles el tiempo que un empleado tarda en transportar paquetes de un lugar a otro, y si se excede el tiempo estipulado por la empresa, se le envía una notificación de advertencia³³. Hoteles y empresas de limpieza han utilizado estos dispositivos para medir el tiempo que cada trabajador invierte en limpiar un retrete³⁴. Esta práctica ha sido denominada por la doctrina como “el látigo digital”³⁵. Estos mensajes recuerdan constantemente al trabajador que está siendo observado, presionán-

32 Estas son algunas de las características que se asocian (correlacionan) con “susceptible de sindicarse”, ver Townley, B. (1989). Selection and appraisal: reconstituting “social relations”?. En *New perspectives on human resource management*. Routledge. pp. 96-97.

33 Miguel, J. (2018). Los empleados de almacén en Amazon Reino Unido tienen tanto miedo de ir al baño que orinan en botellas. *Gizmodo*. Recuperado de: <https://es.gizmodo.com/los-empleados-de-almacen-en-amazon-reino-unido-tienen-t-1825291024>.

34 Moore, P.V. (2018). *The Quantified Self in Precarity: Work, Technology and What Counts*. New York, NY: Routledge.

35 Moore, P. V., Upchurch, M., y Whittaker, X. (2018). Humans and machines at work: monitoring, surveillance and automation in contemporary capitalism. In *Humans and Machines at Work* (pp. 1-16). Palgrave Macmillan, Cham. p. 23.

dolo para que trabaje más rápido y cumpla con las expectativas de la empresa, lo que aumenta los riesgos de accidentes físicos, estrés psicológico y enfermedades a largo plazo.

En Australia, los repartidores en bicicleta se sienten obligados a seguir las rutas indicadas por el GPS, aunque estas no consideren las condiciones climáticas, poniendo en riesgo su salud. Por ejemplo, mientras los ciclistas preferirían tomar una ruta con sombra cuando las temperaturas en Sídney superan los 40 grados, el algoritmo les indica la ruta “óptima” que atraviesa grandes áreas sin sombra. En un estudio del Centro para la Justicia Climática³⁶, los ciclistas afirmaron que temían ser despedidos si elegían una ruta diferente a la marcada por el algoritmo. Este ejemplo demuestra no solo los riesgos para la salud de un algoritmo mal diseñado —al no tener en cuenta la temperatura ambiental ni las zonas de sombra, sino solo la ruta más corta—, sino también que, aunque el sistema esté configurado como una “recomendación de ruta” y no como una obligación, los trabajadores asumen riesgos para cumplir con las indicaciones del algoritmo.

La precariedad y la imposibilidad de comunicarse con un ser humano para dar explicaciones provocan un “pánico” al despido que agrava cualquier situación de riesgo. Los trabajadores no conocen las razones por las que pueden ser despedidos; lo único que saben es que, si son despedidos, las posibilidades de explicarse ante el algoritmo son mínimas. Este miedo al despido, derivado de la precariedad, incrementa exponencialmente los riesgos para la seguridad y salud.

Estos riesgos pueden reducirse si se consideran en la programación. Este trabajo defiende la necesidad de una correcta programación del algoritmo para que evalúe los riesgos laborales. Así como un supervisor humano debe estar formado en prevención de riesgos para realizar su trabajo, el algoritmo debe ser programado para considerar los riesgos laborales y, en caso de no contar con esta programación, debe impedirse su utilización para dirigir trabajadores. El algoritmo debe ser transparente, adaptado a las capacidades reales del trabajador, permitir cierto margen de autonomía y respetar su privacidad. En definitiva, debe considerar cualquier elemento que represente un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Para ello, se propone que la evaluación de riesgos, realizada por técnicos, sea incorporada en la programación del algoritmo para que este la respete en la toma de decisiones en la dirección del trabajo.

36 UTS (2019) *Heat Stress and On-Demand work: The experience of food delivery and courier cyclists*. Climate Justice Centre. p. 3. Recuperado en: <https://opus.lib.uts.edu.au/bitstream/10453/134736/1/On%20Demand%20cyclists%20UTS%20final.pdf>

Además, el uso de estas técnicas puede reducir los riesgos laborales. Por ejemplo, en la lucha contra la fatiga, se han creado dispositivos para detectar “cabezadas” de los conductores de camiones y operadores de maquinaria pesada³⁷. También existen dispositivos portátiles capaces de medir el estrés y otras biométricas de los trabajadores, lo que puede usarse para reducir los riesgos asociados³⁸.

3.2.1. Factores de riesgos laborales derivados de IA en el trabajo.

La diversidad de aplicaciones de los algoritmos en la dirección del trabajo, y dependiendo del diseño específico del sistema algorítmico de dirección, puede dar lugar a factores de riesgo laboral muy variados³⁹. He clasificado estos factores en grupos, que se detallan a continuación. En cada grupo se analizan las principales consecuencias para la salud del trabajador. No obstante, antes de expo-

37 Financial Times, (2016) Wearable devices aim to reduce workplace accidents, Financial Times, 2016, en <https://www.ft.com/content/d0bfea5c-f820-11e5-96db-fc683b5e52db>.

38 Financial Times, (2017) IoT-linked wearables will help workers stay safe, Financial Times, 2017, en <https://www.ft.com/content/944e6efe-96cb-11e7-8c5c-c8d8fa6961bb>.

39 Dembe, A. E., Erickson, J. B., Delbos, R. G., y Banks, S. M. (2005). The impact of overtime and long work hours on occupational injuries and illnesses: new evidence from the United States. *Occupational and environmental medicine*, 62(9), 588-597.; Domeinski J, Wagner R, Schobel M et al. (2007) Human redundancy in automation monitoring: Effects of social loafing and social compensation. *Proceeding of Human Factors and Ergonomics Society 51st Annual Meeting* 51(10): 587-591.; Hung W, Chang L and Chien-Hung L (2011) Managing the risk of overusing mobile phones in the working environment: a study of ubiquitous techno-stress. *PACIS 2011 Proceedings* Paper 81: 1-12.; Schumacher S (2011) What employees should know about electronic performance monitoring. *ESSAI* 8(28):138-144.; EU-OSHA. (2013). Second European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER-2). *Over-view Report: Managing Safety and Health at Work*. Recuperado en: <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/second-european-survey-enterprises-new-and-emerging-risks-esener>; Van Jaarsveld, D. y Poster, W. (2013). Emotional Labour over the phone. En: Grandey A (ed.) *Emotional Labour in the 21st Century: Diverse Perspectives on Emotion regulation at work*. New York, NY: Routledge, pp. 153-174.; Derks, D. y Bakker, A. (2014). Smartphone use, work-home interference and burnout: a diary study on the role of recovery. *Applied Psychology* 63(3): 411-440.; Pérez-Zapata, O. (2015). *Trabajo sin límites, salud insostenible: La intensificación del trabajo del conocimiento (e-prints)*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.; Lindsay, G. (2015). We spent two weeks wearing employee Trackers: Here's what we learned. *Fast Company*. Recuperado en: <https://www.fastcompany.com/3051324/we-spent-two-weeks-wearing-employee-trackers-heres-what-we-learned>; Akhtar, P. y Moore, P. (2016). The psycho-social impacts of technological change in contemporary work-places and trade union responses. *International Journal of Labor Research* 8(1-2): 102-131.; Ajunwa, I., Crawford, K., & Schultz, J. (2017). Limitless worker surveillance... *op. cit.*; EU-OSHA (2017). *Monitoring technology: the 21st century's pursuit of well-being?*. Recuperado en: <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/monitoring-technology-workplace/view>; Fernández Avilés, J.A. (2017). NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora. *Diritto della sicurezza sul lavoro*. 2/2017: 69-101.; Horton, J., Cameron, A., Devaraj, D., Hanson, R. T., y Hajkovicz, S. A. (2018). Workplace safety futures: the impact of emerging technologies and platforms on work health and safety and workers' compensation over the next 20 years. *Canberra, ACT, Australia: CSIRO.*; Rodríguez-Rico, R. (2018). Los retos para la prevención de riesgos laborales ante la tecnificación del trabajo. En: Cerejeria N (ed.) *Health at work, ageing and environmental effects on future social security and labour law Systems*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, pp. 71-93.; Moore, P.V. (2018). *The Quantified Self in... op. cit.*; Moore, P. V., Upchurch, M., y Whittaker, X. (2018). Humans and machines at work... *op. cit.*;

ner cada uno de estos factores y sus consecuencias, es importante señalar que muchos de estos riesgos también pueden estar presentes cuando un supervisor humano está a cargo. Sin embargo, esto no debe hacernos bajar la guardia por tres motivos principales:

- Incremento de riesgos por la capacidad del algoritmo: Aunque los factores de riesgo puedan existir con supervisores humanos, los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial pueden incrementar estos riesgos debido a su capacidad omnipresente y su potencia para procesar un mayor número de variables, sumado a su falta de empatía.
- Difusión de la responsabilidad: La toma de decisiones por parte de la inteligencia artificial podría diluir la responsabilidad en la protección del trabajador, lo que podría dar lugar a un aumento en el número de accidentes.
- Especificidad de los riesgos algorítmicos: Conocer y reconocer los riesgos específicos que la inteligencia artificial provoca en los trabajadores es esencial para mitigarlos. Incluso si se demostrara que los riesgos laborales son equivalentes con un supervisor humano o un algoritmo (lo cual es altamente improbable), las formas de reducir y combatir estos riesgos serán diferentes, de ahí la necesidad de conocer sus particularidades.

Esta clasificación y análisis detallado de los riesgos laborales específicos de la dirección algorítmica es fundamental para dar cumplimiento a las obligaciones empresariales en materia de prevención y protección para la salud de los trabajadores en entornos controlados por inteligencia artificial.

a. Vigilancia constante

La capacidad de procesar datos de manera eficiente incita a las empresas a recopilar la mayor cantidad posible de información sobre los trabajadores y el trabajo realizado. Las nuevas tecnologías, como los dispositivos portátiles (*wearables*) y el internet de las cosas (IoT), facilitan la implementación de sensores que pueden medir y contabilizar casi todo.

No es sorprendente que, en una encuesta realizada por Price Waterhouse Cooper, el 82% de los trabajadores manifestaran preocupación por la cantidad de datos personales que las empresas recogen sobre ellos⁴⁰. La sensación de estar cons-

40 Spicer, A. y Cederstrom, C. (2015). What Companies Should Ask Before Embracing Wearables. *Harvard Business Review*. Recuperado en: <https://hbr.org/2015/05/what-companies-should-ask-before-embracing-wearables..>

tantemente vigilado (*big brother as stressor*) es un factor de riesgo por sí mismo⁴¹. El control tecnológico invasivo y la falta de privacidad pueden generar diversos riesgos psicosociales, como tecnoestrés, tecnoansiedad, tecnofatiga o burnout.

La dependencia exclusiva de datos y métricas, delegando en los algoritmos la toma de decisiones sobre el destino de los trabajadores, puede deshumanizar a los empleados, reduciéndolos a ser meros componentes del proceso productivo, tratados como activos fungibles al servicio de las máquinas⁴².

b. Aumento de los ritmos

La intensificación del trabajo se refiere al aumento en la intensidad del esfuerzo y, por ende, al desgaste laboral, relacionado con el ritmo del trabajo, independientemente de su duración⁴³. Los trabajadores sometidos a una dirección automatizada o algorítmica pueden experimentar una mayor intensificación de su trabajo. Cuando el algoritmo asigna tareas y fija plazos, los trabajadores deben aumentar su velocidad de trabajo según lo establecido por el algoritmo. Cabe destacar que el algoritmo puede hacer desaparecer una tarea de la pantalla de trabajo una vez alcanzado el plazo determinado, sin posibilidad para el trabajador de reorganizar su tiempo⁴⁴. Esta presión puede generar estrés, ansiedad, desánimo y, en casos extremos, el síndrome de burnout. Además, los trabajadores pueden verse obligados a asumir riesgos físicos innecesarios, como saltarse semáforos, para cumplir con los plazos marcados.

c. Pérdida de autonomía en el trabajo

El algoritmo, por definición de sus funciones, decide cuál es la mejor forma de realizar una tarea y de organizar el trabajo según sus datos y configuraciones, siendo esta “mejor forma” la más productiva para la empresa y la exigida al trabajador. De

41 Fernández Avilés, J.A. (2017). NTIC y riesgos psicosociales... *op. cit.* p. 83.; Rodríguez Escanciano, S. (2017) “Los riesgos psicosociales ante una vigilancia empresarial tecnológicamente avanzada: garantías preventivas y posibilidades de resarcimiento”, en J.J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano, (dir.), *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Bomarzo, pp. 211 y ss.

42 Moore, P. V., Upchurch, M., y Whittaker, X. (2018). Humans and machines at work... *op. cit.* p. 149.

43 Pérez Zapata, O., Álvarez Hernández, G. y Revilla Castro, J.C. (2019). Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles. p. 5. Recuperado en: <https://www.ccoo.es/24c0e370fa4b4d1f3>

44 Otras veces lo que ocurre es que el sistema automáticamente incorpora tareas (no remuneradas) a la lista de tareas del trabajador teniendo este que realizarlas inmediatamente si quiere seguir realizando tareas remuneradas, ver Barros Vale, S., & Zanfir-Fortuna, G. (2022). Automated decision-making under the GDPR: A comprehensive case-law analysis. *Future of Privacy Forum*. Disponible en <https://fpf.org/blog/fpf-report-automated-decision-making-under-the-gdpr-a-comprehensive-case-law-analysis/>

esta manera, la implantación de la dirección algorítmica reduce la autonomía del trabajador para organizar su propio trabajo y decidir cómo realizar sus tareas. La OCDE reconoce que la dirección algorítmica permite niveles de vigilancia y microgestión del trabajo difíciles de obtener en trabajos convencionales, lo que puede resultar en una disminución de la satisfacción laboral, aumento del estrés, reducción de la confianza mutua entre las partes y un empeoramiento del ambiente laboral⁴⁵.

En este sentido, la dirección algorítmica del trabajo puede provocar una fuerte alienación del trabajador, similar a los movimientos determinados por el taylorismo, pero con una mayor capacidad de los algoritmos que incrementa los riesgos de alienación y especialización excesiva. La pérdida de autonomía, participación y autogestión puede dañar la salud de los trabajadores, causando falta de motivación, desánimo, baja autoestima y depresión⁴⁶.

3.3. La dirección y control de otras empresas contratistas o franquiciadas

Otra de las funciones, mucho menos comentada, de los algoritmos consiste en la dirección estandarizada de los trabajadores, no de la propia empresa, sino de otras empresas de la red. El premio Nobel de economía, Coase, en su famoso artículo “La naturaleza de la empresa”⁴⁷ expone las razones por las que las empresas se integran verticalmente y contratan internamente trabajadores (asalariados). La primera razón es para estandarizar la prestación de servicios. Dado que el consumidor conoce la marca de la empresa y le gusta que las cosas se hagan de una determinada manera, la empresa tiene incentivos para garantizar que todos los trabajadores realizan su trabajo de la misma manera y con un nivel de calidad uniforme. La segunda razón es que la internalización (contratación laboral por la principal) permite a la empresa recoger información de cada una de las personas trabajadoras para mejorar el servicio de toda la empresa. Así, cuando la transmisión de información era costosa, a la empresa le interesaba para cumplir estas dos funciones, internalizar el personal para obtener esta información deseada y el necesario control de calidad para estandarizar los servicios.

45 Schumacher, S. (2011). What employees should know about electronic... *op. cit.*; EU-OSHA. (2022). *Artificial intelligence, advanced robotics and the automation of tasks at work: taxonomy, policies and strategies in Europe*. Recuperado de <https://osha.europa.eu/en/publications/artificial-intelligence-advanced-robotics-and-automation-tasks-work-taxonomy-policies-and-strategies-europe> p. 11.

46 Karasek, R. y Theorell, T. (1990). *Healthy work. Stress, Productivity and the Reconstruction of Working Life*. New York, NY, Basic Books.

47 Coase, (1937) “The nature of the firm”, *Economica*, 4 (16), pp. 386-405.

Ahora bien, con la tecnología de la información llevamos años viendo que el abaratamiento de los costes de transmisión de información ha reducido los incentivos para tener una empresa integrada, aumentando la subcontratación y otras formas de colaboración entre las empresas.

De esta forma, los algoritmos son un paso más en la misma dirección. Por lo visto hasta ahora, se observa cómo los algoritmos facilitan, mejoran y abaratan el ejercicio de estas dos funciones (transmisión de información y control), lo que provocará mayor facilidad de desintegración empresarial. En este sentido, por ejemplo, McDonald's usa un algoritmo de selección de personal que es compartido por la central en beneficio de todas las empresas franquiciadas. Con ello, no solamente se facilita la labor a las empresas franquiciadas respecto a la contratación, sino que la central puede controlar los procesos de selección para que cumplan con sus propios estándares o requisitos, además de acumular gran cantidad de datos que le permite diseñar futuras estrategias en beneficio propio. De la misma forma, se puede controlar minuto a minuto las acciones de los trabajadores de la franquiciada y evaluarlos o despedirlos (u ordenar su despido).

También en las cadenas de hotel. Muchas de ellas que funcionan con el modelo de franquicia, usan algoritmos para controlar que las habitaciones están limpias, que hay suficientes personas atendiendo en la recepción, etc⁴⁸. Se controla la calidad del servicio prestado a través del control de los trabajadores de la empresa franquiciada teóricamente independiente.

Lo mismo ocurre con la subcontratación. Amazon, por ejemplo, de acuerdo con un acta de sanción de la Inspección de trabajo de Barcelona a dos de sus filiales, usa su propio algoritmo para determinar las rutas que deben seguir los trabajadores transportistas de las empresas que subcontratan para el reparto. Esto es, las filiales de Amazon, a pesar de subcontratar el trabajo, mantienen una comunicación directa con los trabajadores de la contratista, indicándoles incluso la ruta que deben seguir para los repartos, controlan sus tiempos y verifican en tiempo real que los mismos se han realizado⁴⁹.

En definitiva, las empresas en red comparten tecnología para dirigir y controlar algorítmicamente a los trabajadores, de forma que quien controla el algoritmo (lo

48 Weil, D. (2014), *The fissured workplace: Why work became so bad for so many and what can be done to improve it*, pp.145-147.

49 Esteve Segarra A., y Todolí Signes A., (2021) "Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales", *RDS*, 95.

compra, lo diseña, decide los datos con los que se suministra, establece los objetivos del algoritmo) pasa a dirigir directamente y en tiempo real a los trabajadores de las otras empresas. Así, de la misma forma que se ha concluido por los tribunales que un autónomo no puede ser verdaderamente independiente si está monitorizado por el algoritmo de la empresa principal⁵⁰, la misma conclusión (falta de independencia) se debería alcanzar con empresas que están sujetas al control del algoritmo de la principal⁵¹.

4. Conclusión

En este trabajo se han señalado algunos de los retos que la inclusión de la IA y la dirección algorítmica plantean al Derecho del trabajo. Así, se ha analizado cómo la dirección algorítmica no solo incrementa el riesgo de discriminación en el ámbito laboral, sino que también genera riesgos laborales específicos y transforma las redes empresariales, afectando a instituciones jurídicas tradicionales del derecho del trabajo, como las contratas, subcontratas y la cesión ilegal de trabajadores. Asimismo, se identifican otras repercusiones relevantes, como la incidencia en la privacidad de los trabajadores y la protección de datos, así como la redefinición del concepto de trabajador en relación con la subordinación algorítmica.

Los aspectos aquí señalados permiten concluir que la tecnología, lejos de ser utilizada de manera “defensiva” por la empresa —como tradicionalmente se había entendido bajo el marco del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores—, está siendo empleada de forma ofensiva: con el fin de maximizar el rendimiento de los trabajadores (lo que se puede exigir a los trabajadores dentro del contrato de trabajo). Este uso intensivo de la tecnología genera un desequilibrio en la relación laboral, el cual se traduce en una disminución mayor del poder de negociación, y una disminución de la efectividad de las protecciones laborales.

Ante estos desafíos, se considera imprescindible una reformulación de las normas del Derecho del trabajo para que este pueda cumplir eficazmente su finalidad esencial: corregir los desequilibrios inherentes a la relación entre empleador y trabajador. La transformación tecnológica y el creciente control empresarial mediante herramientas de IA agravan la brecha entre ambas partes, lo que exige

50 Entre otras, para el caso de España, STS de 25 de septiembre de 2020; para los Tribunales Holandeses en el caso de Uber, *Rechtbank Amsterdam*, Case 8937120 CV EXPL 20-228882, 13 de septiembre de 2021

51 Esteve Segarra A., y Todolí Signes A., (2021), “Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales”, *RDS*, 95.

una regulación adaptada y modernizada que restablezca el equilibrio en el contrato de trabajo. De lo contrario, existe el riesgo de que el avance tecnológico, en lugar de representar un progreso, suponga un retroceso hacia un escenario jurídico propio de épocas en las que la legislación, en su momento de carácter civil, resultaba insuficiente para garantizar una protección efectiva de las personas trabajadoras⁵².

52 Para ver algunas propuestas de modernización y adaptación del Derecho del trabajo ver Todolí Signes, A., (2023), *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para incentivar la innovación y mejorar el empleo*. Aranzadi. Disponible en abierto en <https://adriantodoli.com/2024/10/17/libro-en-abierto-para-descargar-algoritmos-productivos-y-extractivos-como-regular-la-digitalizacion-para-mejorar-el-empleo-e-incentivar-la-innovacion/>

