



El edadismo de género: cartografiado de una discriminación interseccional

Alicia Villalba Sánchez

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela (España)*
alicia.villalba@usc.es | <https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>

Extracto

La edad es una característica objetivamente mensurable con fundamento en la cual se ha presumido la mayor o menor vulnerabilidad, capacidad o experiencia de una persona. Sin embargo, esta presunción no siempre ha sido sustentada sobre evidencias científicas, sino sobre el ideal que una sociedad se había forjado. Surge, así, el «edadismo» o diferencia de trato por razón de edad, basada, no en un hecho biológico, sino en un estereotipo. Aunque la Constitución española de 1978 incluyera la edad entre las causas, no de desigualdad, sino de discriminación, los prejuicios asociados a ella condicionan todavía el acceso, la promoción y la conservación del empleo. Y, comoquiera que este prejuicio convive en el imaginario popular con otros muchos, interesa abordarlo en combinación con el que aflige a un mayor número de personas trabajadoras. Procede, por consiguiente, analizar la discriminación derivada de la intersección de dos condiciones, cuales son la edad y el género, considerando la vis atractiva y transformadora de esta última. Ello implica identificar y clasificar sus diversas variantes, para luego cuestionar, con ánimo propositivo, el nuevo marco jurídico llamado a prevenirla, erradicarla y sancionarla.

Palabras clave: edad; género; discriminación interseccional; discriminación por asociación; acceso al empleo; promoción profesional; extinción del contrato; conciliación de la vida laboral y familiar.

Recibido: 28-11-2024 / Revisado: 20-12-2024 / Aceptado: 16-01-2025 / Publicado: 06-03-2025

Cómo citar: Villalba Sánchez, A. (2025). El edadismo de género: cartografiado de una discriminación interseccional. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 22-52. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24213>



Gender ageism: mapping intersectional discrimination

Alicia Villalba Sánchez

Senior lecturer in Labour and Social Security Law.

University of Santiago de Compostela (Spain)

alicia.villalba@usc.es | <https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>

Abstract

Age is an objectively measurable characteristic based on which a person's greater or lesser vulnerability, capacity or experience has been presumed. However, this presumption has not always been supported by scientific evidence, but on the ideal that a society had forged for itself. Thus, "ageism" or difference in treatment on the grounds of age, based not on a biological fact, but on a stereotype, has arisen. Although the Spanish Constitution of 1978 included age among the causes, not of inequality, but of discrimination, the prejudices associated with it still condition access, promotion to and job retention. And, since this prejudice coexists in the popular imagination with many others, it is interesting to address it in combination with the one that affects a greater number of working people. It is therefore necessary to consider the discrimination derived from the intersection of two conditions, age and gender, taking into account the attractive and transforming force of the latter. This implies identifying and classifying its various variants, in order to then question, with a proactive spirit, the new legal framework called upon to prevent, eradicate and punish intersectional discrimination.

Keywords: age; gender; intersectional discrimination; discrimination by association; access to employment; professional promotion; termination of contract; work life balance.

Received: 28-11-2024 / Revised: 20-12-2024 / Accepted: 16-01-2025 / Published: 06-03-2025

Citation: Villalba Sánchez, A. (2025). Gender ageism: mapping intersectional discrimination. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 485, 22-52. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24213>



Sumario

1. Introducción
2. La impronta del edadismo en el derecho del trabajo
3. La vis centrípeta y transformadora del género
4. De la discriminación múltiple a la discriminación interseccional por razón de edad y género
5. Taxonomía de la discriminación interseccional por razón de edad y género
 - 5.1. La discriminación interseccional por razón de edad y género *stricto sensu*
 - 5.2. La discriminación interseccional refleja por razón de edad y género
6. Nuevos remedios para una discriminación añeja
7. A modo de reflexión

Referencias bibliográficas

Nota: Esta obra es fruto de los proyectos de investigación financiados por la AEI (Agencia Estatal de Investigación) «Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global» y «Retos del Estado de Derecho ante la inteligencia artificial: respuestas jurídicas a los desafíos de la economía digital para su sostenibilidad y resiliencia», así como del Grupo de Referencia Competitiva Empresa y Administración.

1. Introducción

Las proyecciones publicadas por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2022 cifraron en más de 4 millones de habitantes el aumento de la población española previsto para los siguientes 15 años, superándose los 5, llegado el año 2072. Este incremento, en modo alguno debido a la inversión de un saldo vegetativo que mantendría un signo negativo, obedecería a la inmigración y a una creciente esperanza de vida. Esta, por aquel entonces, alcanzaría los 86 años, en cuanto concierne a los varones, superando, en el caso de las mujeres, los 90. A tenor del mismo estudio, el envejecimiento elevaría la tasa de dependencia referida a la población mayor de 64 años del 30,5 %, correspondiente al año 2021, al 50,8 %, en el año 2051. Una corriente inversa, pero de menor intensidad, rebajaría la tasa de dependencia de los menores de 16 años del 23,0 % actual al 21,4 %. De mantenerse las tendencias demográficas actuales, cabe augurar un mercado laboral compuesto por un nutrido contingente de personas que habrían dejado atrás su juventud, buena parte de las cuales tendrían a su cargo familiares o allegados que, por razón de su edad, necesitarían de sus cuidados.

Así las cosas, la edad reclama, de nuevo, la atención del iuslaboralismo desde múltiples perspectivas. De entre ellas, resulta ineluctable abordar su repercusión en el acceso, en la promoción y en la conservación de un empleo que hoy, como ayer, constituye el principal sustento de buena parte de la ciudadanía. Si hace más de medio siglo se enfatizó la relevancia del derecho del trabajo, en tanto base jurídica sobre la cual buena parte de la población se ganaba la vida (Kahn-Freund, 1983, p. 13), en la actualidad su objeto continúa siendo económicamente necesario, tanto para quien lo recibe, como para quien lo presta. Para este último la obtención y conservación de un empleo se erige, a su vez, en una aspiración social, habida cuenta del aislamiento imperante en las hodiernas sociedades. La inserción en el ámbito de organización y dirección de la empresa permite, por añadidura, instruir y, en cierto modo, amoldar al trabajador a su comunidad (Foucault, 2018, p. 238). Sirvan estas tres facetas para ilustrar la relevancia económica y social del empleo y la penuria económica, pero también moral, que afligiría a quien se viera privado de él por una condición personal¹ cuya toma en consideración fuese odiosa, a ojos del derecho. Dicho calificativo se atribuye la adopción de la edad como factor de diferenciación, pero solo cuando de ella se extraigan consecuencias jurídicas carentes de una justificación objetiva y razonable. La ambivalencia de la edad, bien como factor de desigualdad, bien como factor de discriminación, exige evocar el papel que ha desempeñado en el derecho del trabajo.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 62/2008, de 26 de mayo.

2. La impronta del edadismo en el derecho del trabajo

No existe rama alguna del ordenamiento jurídico que haya permanecido insensible a la edad. Sin embargo, el peso que en ellas ha ostentado palidece ante la impronta dejada en el derecho del trabajo, apreciable ya en su etapa embrionaria. Fue esgrimida, a la sazón, para vencer la reticencia de un legislador aferrado al principio *pacta sunt servanda* que permitía la imposición de condiciones leoninas a una parte contractual carente de poder de negociación. Los desmanes a los que condujo su aplicación sin cortapisas en una relación jurídica aquejada de un notable desequilibrio inspiró su conmiseración hasta el punto de dotar a las denominadas «fuerzas medias» de una protección negada entonces al común de las personas trabajadoras (Nielfa Cristóbal, 2003, p. 36). Dio fe de ello la promulgación de la Ley de 24 de julio de 1873, por la que se prohibió el trabajo en fábricas, talleres, fundiciones y minas de los menores de 10 años, limitándose el de las personas jóvenes. Su escasa efectividad (Martínez Girón *et al.*, 2006, p. 67) no empaña su valor, en tanto precedente de un derecho del trabajo cuya edificación fue erigida sobre una edad tomada como hecho a raíz del cual presumir la capacidad para trabajar de la persona trabajadora, la necesidad de modular su protección frente a diversos riesgos o la conveniencia de ofrecerle un retiro pensionado. Dicho en otro giro, el legislador social coligió de la edad una desigualdad fáctica susceptible de justificar un tratamiento jurídico diferenciado.

No obstante, la edad constituye apenas un indicio de una aptitud laboral dimanante de otros muchos factores. De ahí el acierto de quien supo ver en el envejecimiento un juicio social, más que una contingencia biológica (Sontag, 1997, p. 21). Y, comoquiera que el derecho constituye un fiel reflejo de los tópicos comúnmente aceptados por una sociedad en un momento dado, en él encontraron cabida cuantos se asociaron al cumplimiento de una edad que, a su vez, mutaba a medida que evolucionaban los clichés. Prueba de ello es la sorpresa que suscita la ubicación de la mayoría de edad en unos 23 años que hoy quizá se antojen demasiados (art. 320 del texto original del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil –CC–), de intensidad solo parangonable con el estupor que infunde el reconocimiento de la capacidad para contraer matrimonio a quienes actualmente se consideran, a duras penas, pubescentes². Ciertamente, parece desfasada una escala que denotaba cierto oportunismo cuando toleraba el trabajo de quienes contasen con una sola década de vida, si ello era necesario para contener un alza salarial. Basten los anteriores ejemplos para ilustrar la cuestionable categorización que, en función de la edad, ha pergeñado el derecho, en general, y el del trabajo, en particular, basándose en estereotipos convenientemente asociados a una edad y a menudo carentes de una base científica sobre la cual sustentarse.

² Tal sería el caso de las «hembras» que hubieran cumplido los 12 años o de los «varones» que hubieran alcanzado los 14 (art. 83. 1º CC, también en su redacción primigenia).

Por fortuna, tales ejemplos del «edadismo institucional» denunciado por el Informe mundial publicado por la Organización Mundial de la Salud en el año 2021 han caído en desuso. Mejor suerte han sufrido, empero, los del «edadismo interpersonal» surgido, a tenor del antedicho informe, de las interacciones personales propias de una época en la cual se abjura de la vejez. Llegados a este punto, procede traer a colación las palabras de quien evocó, no sin cierta nostalgia, cómo en su generación «gozaban de gran prestigio las maneras de la vejez» (Ortega y Gasset, 1999, p. 83), de manera tal que «el muchacho anhelaba dejar de ser muchacho lo antes posible». Fue en la segunda década de la pasada centuria cuando eclosionó una nueva etapa, en absoluto superada durante el siglo en curso, durante la cual «los chicos y las chicas se [esforzaban] en prolongar su infancia y los mozos en retener y subrayar su juventud» (Ortega y Gasset, 1999, p. 83). Pues bien, el edadismo prendido en aquella generación de entreguerras, para la que «todos y todo lo que no era de la misma edad era considerado como caduco» (Zweig, 2012, p. 379) llegó hasta nuestro tiempo, perennizándose al amparo de un ordenamiento jurídico, ora cómplice, ora indiferente ante ciertas diferenciaciones por razón de edad «históricamente arraigadas que han situado en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad»³ a amplios sectores de la población.

Emerge, entonces, la «cara peyorativa de la desigualdad» (Casas Baamonde, 2017, p. 6) cuya prohibición consagra la Constitución Española de 1978 (CE), instrumentalizando «en el plano jurídico la vía de supresión de las malformaciones que se [han] ido creando en la sociedad» (Valdés Dal-Ré, 2008a, p. 28). Aunque la edad no figure entre los motivos enumerados en el listado proporcionado por su artículo 14, su carácter abierto ha permitido al sumo intérprete del texto constitucional aplicar «un juicio de irrazonabilidad» (sic.)⁴ a toda diferencia de trato basada en ese factor. Por consiguiente, dicho juicio conllevará la necesidad de emplear un canon más estricto a la hora de fundamentar su legitimidad constitucional, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad. En palabras del propio Tribunal Constitucional, la toma en consideración de alguna causa de discriminación «implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya *ex Constitutione*»⁵. Así pues, una interpretación del artículo 14 de la CE conforme con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos conduce, a su vez, a incluir la edad entre las causas de discriminación⁶, al menos, desde la prohibición contenida en el artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), elevada a «principio general del Derecho de la Unión» por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁷.

³ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 19/1989, de 31 de enero, y 176/2008, de 22 de diciembre, entre otras.

⁴ STC 66/2015, de 13 de abril.

⁵ STC 229/1992, de 14 de diciembre.

⁶ STC 66/2015, de 13 de abril.

⁷ Sentencias del TJUE (SSTJUE) de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold, y de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci c. Swedex GmbH.

Recogiendo el guante lanzado por el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo texto encomienda a la Unión la lucha contra toda discriminación basada, entre otros motivos, en la edad, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, concretó ese principio antidiscriminatorio en el ámbito del empleo y la ocupación (Casas Baamonde, 2017, p. 2). Comprendió, a tal efecto, la discriminación llevada a cabo en la fase precontractual, incluyendo las condiciones de acceso al empleo y los criterios de selección, pero también la perpetrada constante la relación laboral, susceptible de lastrar la promoción profesional de quien la padece o de provocar la extinción de su contrato.

Es preciso admitir que la transposición de esta norma no fue trascendental, habida cuenta de la consagración del derecho a no ser objeto de discriminación para el empleo o una vez empleado por razón de edad en el artículo 4.1 c) del texto original del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Lo hubiera sido de haber dado lugar a la promulgación de una norma especial que aglutinara el régimen jurídico aplicable a la discriminación por razón de edad, al menos, en los aspectos regulados por la Directiva 2000/78/CE. De este modo se superaría la dispersión de una regulación contenida en diversos textos dedicados también a otras causas de discriminación, provocando así que la discriminación por razón de edad quedase «totalmente diluida» (Martínez Girón, 2014, p. 2). De igual modo cabría atribuir a la transposición del acervo comunitario un carácter decisivo de haber determinado la consignación en el Estatuto de los Trabajadores (ET) de alguna alusión a unas «discriminaciones múltiples» de las cuales, a tenor del considerando 3.º de la Directiva 2000/78/CE, son víctimas frecuentes las mujeres. Debido a esta admonición parece oportuno analizar el tratamiento jurídico dispensado a la confluencia de la edad con otro factor de discriminación, en modo alguno susceptible de acarrear consecuencias menos nocivas, cual es el género.

3. La vis centrípeta y transformadora del género

Anteriormente se elogió el trabajo «como vehículo de superación de la situación social peyorativa de unos colectivos discriminados»⁸ entre los cuales destaca, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, el femenino. Aunque la paulatina incorporación de la mujer al trabajo productivo haya sido considerada como «uno de los cambios sociales más profundos, sino el más profundo, del s. XX» (Casas Baamonde, 2017, p. 1), no ha estado exenta de obstáculos susceptibles de entorpecerle la consecución de un empleo, su conservación o la progresión a otro más apetecido. Lejos de haber sido removidos, aquellos se han metamorfoseado y, si antaño revestían la forma de impedimentos que vetaban a la mujer el acceso a determinadas profesiones, actualmente se ocultan u operan bajo una pátina de neutralidad.

⁸ STC 173/1994, de 7 de junio.

El respeto de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público (art. 103.3 CE) ha mitigado el riesgo de padecer una discriminación más frecuente en el ámbito privado, habida cuenta de la libertad de contratación que ostenta la empresa⁹. Desembarazada del «corsé del rigorismo de la total imparcialidad que debe presidir la actuación de la Administración»¹⁰, articula procesos selectivos apenas regulados por la normativa heterónoma y objeto, en menor medida, de la atención de unos interlocutores sociales más preocupados de ordenar una promoción profesional (art. 24 ET) que, al igual que la conservación del contrato, ha sido permeable a unos prejuicios que obran en detrimento de la mujer. Así las cosas, no es de extrañar que la escueta normativa rectora de los estadios previos a la contratación, unida a la imprevisión de la que se ocupa de la promoción y la conservación del empleo, hayan fracasado en su tentativa por evitar la persistencia, hogaño, de criterios y prácticas cuya aplicación, aunque no perjudique a la mujer, en general, sí afecta a ciertas mujeres, en particular.

Se alude a quienes, además de afrontar los inconvenientes asociados a su sexo, reúnan alguna otra condición que, en combinación con aquel, pudiera acarrearles una desventaja cualitativamente distinta y particularmente censurable. En su momento, ya fue advertida la compleja articulación de una posición común para la defensa de los derechos de las mujeres puesto que, a diferencia de los miembros de otros colectivos preteridos, abrazaban intereses divergentes entre sí y, a menudo, coincidentes con el varón de su misma etnia, credo o clase social (Beauvoir, 2018, p. 5). Gracias a ello se comprende que, de entre todas las posibles causas de discriminación, la sufrida por la mujer sea la más antigua en el tiempo, la más extendida en el espacio, «la más versátil en sus manifestaciones» y «la más primaria», habida cuenta de su «capacidad para sumar otras causas de discriminación» (Valdés Dal-Ré, 2008b, p. 143).

Para comprobarlo, baste remontarse de nuevo a la génesis del derecho del trabajo para observar unas normas donde la edad cobraba un significado excluyente solo cuando se presentaba en la mujer, denotando, bien una fragilidad ausente en el varón coetáneo, bien el deber de atender a unas responsabilidades familiares que no se cernían sobre un esposo inmune a las consecuencias derivadas del matrimonio desde el punto de vista laboral. De ellas se deduce, por una parte, la atracción ejercida por el género sobre otras causas de discriminación y, por otra parte, su potencial transformador, capaz de provocar consecuencias específicas en confluencia con aquellas. Sirva una breve retrospectiva para confirmar la vis centrípeta que sobre la edad proyectan los papeles, los comportamientos, las actividades y las atribuciones socialmente conferidos a la mujer. Se alude, con ello, al género asociado al sexo femenino, así definido por el artículo 3 c) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Se considera preferible, en adelante,

⁹ SSTC 173/1994, de 7 de junio (cit.) y 41/1999, de 22 de marzo.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 marzo 1999 (proc. n.º 52/1998).

aludir a este, en tanto motivo susceptible de acarrear un trato peyorativo, no tanto a quien nace con un sexo biológico, sino a quien debe conducirse de acuerdo con lo que se espera de aquel en un determinado lugar y en un concreto momento histórico.

En la sociedad preindustrial, la mujer permaneció en buena medida ajena a unas labores productivas cuya atribución al hombre dependió de la fortaleza requerida para acometerlas (Engels, 2017, p. 78). Dejando al margen su labor en unos talleres artesanales «donde la autoridad del maestro se confundía con la del padre de familia» (Nielfa Cristóbal, 2003, p. 42), no fue hasta la Primera Revolución Industrial cuando el desarrollo instrumental redujo la relevancia del esfuerzo físico permitiendo la participación de unas fuerzas medias imprescindibles, a su vez, para atender al incremento de una demanda imposible de satisfacer valiéndose en exclusiva de asalariados pertenecientes al sexo masculino (Montoya Melgar, 2000, p. 781). De ambos sumandos resultó la incorporación de las mujeres y de los menores de edad al trabajo productivo, mas no en pie de igualdad con los varones, habida cuenta de un menor poder de negociación derivado, en buena medida, de la traslación al ámbito productivo de los roles tradicionalmente asignados en el seno de la familia y adoptados por el sistema económico como ley natural y, desde la codificación, como ley positiva (Casas Baamonde, 2017, p. 5).

Deudora de ella fue la primigenia legislación obrera, donde se identifican numerosas muestras de este «edadismo de género». A ella cabría reprocharle, en primer lugar, el haberse acomodado a la consideración que de la mujer tenían sus contemporáneos, en tanto ser cuya delicadeza aconsejaba alejarlo de ocupaciones particularmente penosas, instaurándose una exclusión del trabajo convenientemente esgrimida como pretexto para diferir la apremiante mejora de unas condiciones nocivas para el común de las personas trabajadoras. En segundo lugar, el haberse centrado en la mujer potencialmente madre, cuya salud era motivo de preocupación social. Y, en tercer lugar, el haber mostrado una excesiva inquietud por su moralidad, en tanto depositaria de los valores de la familia, cuya salvaguardia suscitó un desasosiego en absoluto parangonable con el originado por la preservación de la de sus compañeros varones. De todo ello derivó un tratamiento jurídico distinto dispensado, no solo a la mujer trabajadora, sino a la mujer trabajadora de determinada edad.

En su momento se avanzaba que este último factor devino determinante en los orígenes de la legislación obrera. Se eludía, no obstante, aclarar que la edad que condicionaba la admisión a ciertos trabajos variaba en función del sexo de la persona trabajadora. Así, aunque el texto de la Ley de 24 de julio de 1873 prohibiera el trabajo de los niños y de las niñas menores de 10 años por igual, instauró una interdicción del trabajo nocturno en los establecimientos en los que se emplearan motores hidráulicos o de vapor que afectó a las jóvenes menores de 17 años, pero solo a los jóvenes menores de 15 (art. 4.º). He aquí cómo la confluencia de los factores sexo y edad arrojaban, a juicio del legislador, un resultado diverso que encuentra explicación en la mayor vulnerabilidad que se presumía en la mujer a una edad llegada la cual el varón se consideraba fuera de peligro. Esta diferenciación encuentra reflejo también en las limitaciones de la jornada laboral que afectaban a las niñas y

a las jóvenes durante un periodo más extenso que a sus compañeros (art. 4.º). En concreto, se prohibió que la jornada de los niños menores de 13 años y de las niñas menores de 14 excediera de 5 horas diarias, sin que la ejecutada por los jóvenes de 13 a 15 años o por las jóvenes de 14 a 17 superara las 8 horas al día (arts. 2.º y 3.º).

La protección de la salud de la mujer trabajadora impulsó también la aprobación del Reglamento de Policía Minera, de 15 de julio de 1879, por el cual se prohibió la entrada al trabajo en el interior de las minas a las mujeres, con independencia de su edad, y a los muchachos de menos de 12 años (art. 33), inaugurando la tendencia a equiparar a la mujer con el menor en tanto sujetos merecedores de una especial tutela. Posteriormente, la Ley de 13 de marzo de 1900, fijando las condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, desterró a los niños menores de 16 años y a las mujeres menores de edad del empleo en «los talleres en los cuales se [confeccionaran] escritos, anuncios, grabados, pinturas, emblemas, estampas y demás objetos que, sin estar bajo la acción de las leyes penales, [fueran] de tal naturaleza que puedan herir su moralidad» (art. 6.º). A la mayor exigencia moral que pesaba sobre el sexo femenino se añadía, entonces, la presunción de vulnerabilidad que evidenció la exclusión del trabajo de los jóvenes y de las mujeres, que no presentaran certificado acreditativo de su vacunación y de no padecer enfermedad contagiosa alguna, certificación de la que estarían exonerados los trabajadores de sexo masculino.

No fue, sin embargo, hasta la entrada en vigor del Real Decreto de 25 de enero de 1908, de industrias y trabajos cuando, equiparando a la mujer con el menor, se incorporó de un modo sistemático la prohibición del trabajo femenino por razones de seguridad y salud en determinadas actividades consideradas especialmente peligrosas o insalubres (García González, 2014, p. 1). En cuanto a los trabajos vetados a la mujer por la amenaza que pudiera entrañar para su salud su ejecución, baste mencionar que el Decreto de 26 de julio de 1957 sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos o insalubres englobó una serie de actividades «sin demasiado fundamento técnico o médico» (Ballester Pastor, 1993, p. 188), a juicio de la doctrina. Ello no evitó que hubiera estado en vigor hasta su derogación expresa por la disposición derogatoria única de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, aunque se haya sostenido su derogación tácita por la CE, dada su contrariedad al principio de igualdad en ella consagrado (Sempere Navarro, 1987, p. 116).

Con la promulgación de la norma por la cual España se constituyó «en un Estado social y democrático de Derecho» que «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1 CE) se reconoció la igualdad ante la ley de los españoles sin que pudiera prevalecer discriminación alguna por razón de sexo ni, a tenor de la jurisprudencia emanada de su sumo intérprete, por razón de edad (art. 14 CE)¹¹. Lejos de asistirse al reconocimiento de un derecho oponible solo ante

¹¹ Véase la STC 66/2015, de 13 de abril de 2015 (cit.), entre otras.

los poderes públicos, la prohibición de deparar un trato discriminatorio por estas razones se extendió a las relaciones jurídicas entabladas *inter privados*, como evidencia el tenor literal de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Allí encontró cabida el derecho de los trabajadores a la no discriminación para el empleo o una vez empleados, tanto por su sexo, como por su edad (art. 4.dos c). Sin embargo, ninguna de las antedichas prohibiciones repara en la posible concurrencia de varias causas de discriminación en una misma persona trabajadora. Fue preciso aguardar hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LITND), norma transversal en cuyo texto se contempló esta situación, avanzando un salto evolutivo que también se hizo esperar a nivel supranacional.

4. De la discriminación múltiple a la discriminación interseccional por razón de edad y género

La vocación económica de las instituciones con las cuales germinó lo que ahora es la Unión Europea explica que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 prohibiera, con carácter general, la discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los distintos Estados miembros (art. 48.2). Únicamente se ocupó de la igualdad de trato por razón de sexo donde proclamó el principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por el mismo trabajo (art. 119). Fue así como en sus orígenes adoptó, en opinión de la doctrina, una noción economicista del derecho a la no discriminación (Valdés Dal-Ré, 2008a, p. 34). No fue hasta la redacción del Tratado de Ámsterdam, de 1997, cuando se incorporó una mención a la discriminación por razón de sexo y de edad, entre otros motivos, para que, dentro de los límites competenciales de la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, pudiera adoptar medidas adecuadas para combatirla. Con este fundamento fueron aprobadas una serie de directivas, entre las cuales destaca la Directiva 76/207/ CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, que distinguió entre la discriminación directa y la indirecta, sin tener en cuenta la confluencia de varias causas.

La primera mención a «las discriminaciones múltiples» padecidas por las mujeres se halla en el considerando 14.º de la Directiva 2000/43/CE. No obedece al azar que fuera, precisamente, esa norma la que reparara en esta situación, puesto que fue el origen racial de la mujer el que permitió, a finales de la década de los ochenta del siglo pasado, singularizar una discriminación derivada de la confluencia de varios factores que arrojaban un resultado distinto a la mera acumulación de prejuicios para quien la padecía. Se alude a la discriminación interseccional. La procedencia trasatlántica de este concepto explica que quien lo acuñó (Crenshaw, 1989, p. 142) sustentara su argumentación sobre asuntos como DeGra-

ffenreid vs. General Motors, entablado por cinco mujeres afrodescendientes cuya antigüedad no resultó suficiente para evitar su despido. Adviértase que la empresa no fundamentó la decisión de extinguir sus contratos en su origen racial, sino que se limitó a prescindir de ellas por no haber alcanzado cierta antigüedad. Amén de constituir una discriminación indirecta, camuflada bajo un criterio aparentemente neutro, se diferencia de la que pudieran haber padecido las mujeres blancas, contratadas por la empresa con anterioridad a la entrada en vigor de la *Civil Rights Act*, en 1964, quedando así a resguardo de una decisión que afectó a las trabajadoras afroamericanas, en tanto colectivo particularmente marginado cuyo cartografiado acometió la autora en varios de sus trabajos (Crenshaw, 1991, 1244). Invocó también los casos Moore vs. Hughes Helicopter y Payne vs. Travenol, reveladores de la imposibilidad de sustentar un trato discriminatorio en unos datos estadísticos que solo tenían en cuenta a las mujeres, pero no a las mujeres afroamericanas, frustrando las pretensiones de las demandantes (Crenshaw, 1989, p. 143). Se apreció, de este modo, una modalidad singular de trato discriminatorio dimanante de la interacción de dos causas, cuales eran la raza y el sexo, no aptas para «explicar la discriminación que, en un mismo contexto, no sufriría una mujer blanca o un hombre negro, pero sí puede sufrir una mujer negra» (Lousada Arochena, 2023, p. 18).

Con tales antecedentes se entiende que fuera con ocasión de combatir la discriminación debida al origen racial o étnico cuando el legislador comunitario reparó en la singularidad propia de la confluencia de ambos factores en el sujeto discriminado. No obstante, desperdió una valiosa oportunidad para definir y regular la discriminación interseccional, distinguiéndola de la discriminación múltiple, como advirtió el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema «no discriminación e igualdad de oportunidades y aplicación del principio de igualdad de trato de las personas» (2009/C 211/12), a fin de «proteger a los grupos e individuos que tienen riesgo de sufrir[la] y atender a sus necesidades». Haciendo caso omiso a dicha sugerencia, la parte dispositiva de la directiva se conformó con prohibir la discriminación, tanto directa como indirecta, por motivos de origen racial o étnico, sin deparar una regla específica a la padecida por la mujer. La condición femenina restó, a la sazón, como una mera circunstancia que el intérprete del derecho pudiera quizá tener en cuenta cuando coincidiera con alguna de las previstas en el texto articulado.

Meses después de la publicación de esta norma, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, (cdo. 3.^o), encaminada a la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, también incorporó en su parte expositiva una referencia a la discriminación múltiple. No obstante, conviene reparar en su artículo 6.2, cuando descarta que ciertas diferencias de trato por razón de edad relativas al acceso a las prestaciones de jubilación o invalidez sean discriminatorias «siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo», recelando así del prejuicio subyacente a la confluencia de ambas características (Ferrando García, 2018, p. 35). A buen seguro, la ausencia de un acto de carácter normativo donde expresamente se contemplase la discriminación interseccional, diferenciándola de la múltiple (Lousada Arochena, 2017, p. 35),

justificó la reticencia del TJUE a admitir la existencia de «una nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de [los motivos contemplados en la directiva] susceptible de concurrir cuando no se [hubiera] constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado»¹².

De este modo, el legislador de la Unión se mantuvo ajeno a una evolución integradora del derecho antidiscriminatorio hasta la aprobación de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Con arreglo a lo dispuesto en su artículo 3.2 e), el concepto de discriminación incluirá la discriminación interseccional, «que es la discriminación por razón de sexo combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE». Sin embargo, teniendo en cuenta lo restringido de su ámbito de aplicación, que no alcanza el acceso al empleo, la promoción en el trabajo ni el despido es de esperar un cambio en la jurisprudencia del STJUE. Sobre este extremo, se ha argumentado que, de concurrir el sexo junto con otra causa de discriminación, el artículo 8 del TFUE permitiría «que una discriminación interseccional con componente de género [fuera] judicialmente tutelada sin necesidad de [...] intervención legislativa en orden a reconocer protección al colectivo de mujeres» (Lousada Arochena, 2017, p. 36). De lo contrario, «las directivas sobre raza y sobre otras discriminaciones se [podrían] aplicar sin tomar en consideración el objetivo de conseguir la igualdad de los sexos» (Lousada Arochena, 2017, p. 36). Considérese, pues, esta interpretación, a falta de una modificación normativa que integre, de manera definitiva, la perspectiva de género e interseccional en las políticas de la Unión Europea, como aconseja la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025». Integración que, según esta, constituye un presupuesto esencial para afrontar las transiciones verde y digital y el cambio demográfico en una Unión donde la tasa de empleo de las mujeres ha alcanzado cifras sin parangón en periodos precedentes, mientras «muchas de ellas siguen enfrenándose a obstáculos para incorporarse al mercado laboral y permanecer en él» como consecuencia de «la intersección del género con condiciones adicionales».

Por consiguiente, no se debe a la transposición del acervo comunitario la introducción del concepto de discriminación interseccional en el ordenamiento jurídico español. A lo sumo, podría haber inspirado su posterior tipificación por parte del legislador, mérito también atribuible a normas internacionales adoptadas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, como el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. En virtud del mismo, los Estados

¹² STJUE de 24 de noviembre de 2016 (asunto C-443/15), David L. Parris vs. Trinity College Dublin y otros.

signatarios apenas se comprometieron a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos enunciados en su texto (art. 3), entre los cuales figura el de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (art. 6). No obstante, brilla por su ausencia toda alusión a la discriminación interseccional que, por el contrario, sí ha merecido la atención del Comité de derechos económicos, sociales y culturales. En concreto, su Observación general n.º 20 (2009) hizo notar a los firmantes que «el carácter de la discriminación» que se comprometieron a combatir «varía según el contexto y evoluciona con el tiempo», lo cual les obliga a adoptar una interpretación flexible con base en la cual proporcionar la respuesta adecuada a «una intersección de dos causas prohibidas de discriminación».

Aunque date de una fecha posterior, el texto de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, tampoco menciona la discriminación interseccional. No obstante, la Recomendación General n.º 26 (2005) del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer alude a las «formas interrelacionadas de discriminación» padecidas por las trabajadoras migratorias. Haciendo gala de mayor precisión, su Recomendación General n.º 28 (2010) aclara que combatirla requiere reconocer la «interseccionalidad», dado que «la discriminación [...] por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer», entre los cuales cita la edad. En consecuencia, se admite que «la discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres», conminando a los signatarios a «reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado».

Iniciado el siglo XXI, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, los Estados firmantes reconocen sin ambages que las mujeres y las niñas «están sujetas a múltiples formas de discriminación» (art. 4). De un aserto que parece limitarse a sostener la existencia de variantes discriminatorias dignas de ser consideradas, las observaciones generales emanadas del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad han sabido extraer una alusión a la discriminación exclusivamente originada por la confluencia de dos o más motivos que no operarían en solitario. Así se colige de su Observación general n.º 1 (2014), relativa a la capacidad jurídica. No obstante, la Observación general n.º 3 (2016) ofreció una definición de la discriminación interseccional, en tanto situación en la que «varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables». No es ocioso reconocer la relevancia de este texto, en cuanto identifica la interacción y la inseparabilidad de las causas discriminatorias como los elementos que permiten distinguir la concurrencia del presupuesto de la discriminación interseccional de la que da lugar por sí misma a la discriminación múltiple. Asimismo, interesa reparar en la Observación general n.º 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, donde se reconoce que

las mujeres [...] las personas mayores y los jóvenes experimentan la intersección de las barreras relacionadas con el sexo, el género, la edad y la discapacidad que limitan las oportunidades de trabajo, afectan su derecho a la igualdad salarial y aumentan el riesgo de violencia y acoso en el lugar de trabajo.

En cuanto atañe al Consejo de Europa, la omisión de la discriminación interseccional en los convenios aprobados en su seno se ha visto paliada, en primer lugar, por la interpretación emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo evidencia su Sentencia de 25 de julio de 2017, caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal* (17484/15), a tenor de la cual una resolución portuguesa infravaloró los daños físicos y psíquicos padecidos por una mujer de 50 años a raíz de una mala praxis médica susceptible de incidir en su vida sexual, en atención a la existencia de hijos por parte de la demandante, con relación a otros supuestos, donde las víctimas eran varones. En ellos no se entró a valorar la repercusión reproductiva de tales daños, sino únicamente su impacto físico y moral y el menoscabo de su bienestar. Y, en segundo término, por las recomendaciones de su Comité de Ministros, como la Recomendación CM/Rec (2007)17 sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, donde se admitió que «algunos grupos de mujeres se encuentran en una situación particularmente vulnerable, debido a la combinación de su sexo con otros factores». Destaca, también, la Recomendación CM/Rec(2019)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo, que señala la mayor vulnerabilidad de ciertas trabajadoras frente a actos sexistas, como las mujeres jóvenes, particularmente si trabajan en ámbitos predominantemente masculinos. Por ello se invita a los Gobiernos a tomar en consideración los factores interseccionales, a la hora de elaborar la legislación y las políticas para combatir el sexismo. Por todo lo anterior, su Estrategia de igualdad de género correspondiente al periodo 2018-2023 incluyó la discriminación interseccional por razón de edad y género, haciéndose eco del «cambio que se ha producido en el debate, que ha pasado de centrarse en la discriminación múltiple a agrupar múltiples identidades y la interseccionalidad». Dado que esta última «margina de manera desproporcionada a determinados grupos de mujeres», la propia estrategia propone abordarla como una cuestión transversal en sus objetivos prioritarios, abordaje que fue modificado en la Estrategia de igualdad de género correspondiente al periodo 2024-2029, donde la aproximación interseccional ya se ha considerado digna de ocupar su 6.º Objetivo estratégico.

Cuanto antecede pone de manifiesto que, si bien la discriminación interseccional encontraba cabida en los diversos convenios prohibitivos del trato discriminatorio sin forzar la interpretación de su texto, su singularización data de principios del siglo XXI, siendo quizá la razón por la cual el legislador patrio tardara todavía una década más en regularla. Dada la imprecisión terminológica de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) aludiendo, ora a la discriminación doble, ora a la discriminación múltiple; y la sola mención del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la discriminación múltiple (arts. 7 y

67), la discriminación interseccional, como tal, hizo su aparición en el ordenamiento jurídico español estatal de la mano de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, aunque haya sido objeto de mención en diversas normas autonómicas¹³ y forales¹⁴, no fue conceptualizada, a nivel estatal, hasta la promulgación de la LITND, norma no exenta de obscuridad, pero destinada a marcar un punto de inflexión en su tratamiento jurídico.

5. Taxonomía de la discriminación interseccional por razón de edad y género

Con una minuciosidad desconocida hasta el momento, el artículo 6 de la LITND ha clasificado las diversas modalidades de discriminación. En su apartado tercero, define la discriminación múltiple y la discriminación interseccional, considerando que existe la primera «cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas» de las previstas en la norma. Huelga aclarar que esta es prolija a la hora de desgranarlas, incluyendo entre ellas el sexo y la edad. Sin embargo, solo se dará la segunda cuando concurren o interactúan diversas causas «generando una forma específica» de trato discriminatorio. Yerra, quizá, el legislador, al emplear como sinónimos los verbos concurrir o interactuar, puesto que «concurrir», cuando se predica de cualidades y circunstancias, significa, de acuerdo con la segunda acepción del *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, «coincidir en alguien o en algo». Dado que dicha coincidencia se observa también en la discriminación múltiple, hubiera resultado preferible que el legislador se decantase por unir ambas formas verbales mediante una conjunción copulativa. De este modo, se daría a entender que la concurrencia de dos o más causas de discriminación define la discriminación múltiple simultánea, pero apenas constituye el presupuesto de una discriminación interseccional fruto de su interacción.

Por consiguiente, quien padece una discriminación múltiple acumula, simultánea o sucesivamente, perjuicios derivados de dos causas, de manera tal que, de no haber concurrido una de ellas, hubiera afrontado igualmente el trato discriminatorio derivado de la causa subsistente. No obstante, si de esa concurrencia surge un «efecto cualitativamente diferente [...] que permanece invisible de considerarse separadamente los distintos factores de discriminación que convergen en la víctima» (Ferrando García, 2018, p. 23) desencadenando «un

¹³ Ya en su momento el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, obligaba a adjuntar al proyecto de ley de presupuestos «un informe sobre la perspectiva de género interseccional». No obstante, centrando el análisis en las normas con vocación eminentemente antidiscriminatoria, procede remontarse a la derogada Ley 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres del País Vasco.

¹⁴ Ley foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre mujeres y hombres.

perjuicio con perfil propio» (Lousada Arochena, 2023, p. 19), se asiste a una discriminación interseccional. Es, por tanto, la sinergia de características, y no estas individualmente consideradas, la que da lugar a la discriminación de la persona (Ferrando García, 2018, p. 23).

En resumidas cuentas, la interacción e inseparabilidad de las causas desencadenantes de la discriminación interseccional, a las que hizo referencia la Observación general n.º 3 (2016) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, configuran la discriminación interseccional como una modalidad autónoma de trato discriminatorio y no una especie perteneciente al género de la discriminación múltiple pues, mientras la primera deriva de una concurrencia accidental de factores, la segunda encuentra su germen en un perjuicio asociado única y exclusivamente a su combinación. La existencia de dicho perjuicio denota el carácter estructural que hace a la discriminación interseccional merecedora de un tratamiento jurídico diferenciado de la discriminación múltiple.

Conviene admitir que el legislador del Estado español no es el único que ha incurrido en el precitado error. Previamente, el catalán consideró existente una discriminación interseccional por la mera concurrencia de diversas causas de discriminación (art. 22 de la Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación de Cataluña). Y, posteriormente, la Directiva (UE) 2023/970 consideró interseccional «la discriminación por razón de sexo combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE». Baste traer a colación esta norma que, por lo demás, excede del objeto de este estudio para confirmar la confusión que todavía reina en la definición de un concepto cuya aprehensión parece más sencilla desde unas relaciones laborales incluidas dentro del ámbito de aplicación de la LITND (art. 3.1 a). A partir de ellas será posible, primeramente, identificar y clasificar las diversas variantes de discriminación interseccional por edad y género.

5.1. La discriminación interseccional por razón de edad y género *stricto sensu*

Se considera discriminación interseccional por razón de edad y género, en sentido estricto, aquella situación en la cual las dos causas que interactúan concurren en la persona discriminada, por contraposición a aquella situación en la cual una de ellas –a saber, la edad– afecta a otro sujeto con el cual quien recibe el trato discriminatorio está relacionada. Resulta tentador calificar de directa esta discriminación interseccional por razón de edad y género, frente a la discriminación interseccional refleja por edad y género, a la que se dedicará el epígrafe siguiente. Conviene, no obstante, descartar ese adjetivo reservado por el artículo 6.1 a) de la LITND para aquella situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable. Tanto esta última, como la ocasionada por disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras (art. 6.1 b) LITND) están comprendidas dentro de una

discriminación interseccional por edad y género *stricto sensu*. Esta incide, en particular, en los estadios previos a la celebración del contrato, presididos por una libertad de contratación escasamente contenida por una negociación colectiva y por un texto estatutario centrados, respectivamente, en regular la promoción profesional (art. 26 ET) y la extinción del contrato (arts. 49 y ss. ET).

El contexto que rodea a la candidata es el caldo de cultivo de una discriminación sustentada sobre los estereotipos asociados al binomio edad-género. Los mismos están condicionados por unas circunstancias que, por cuanto aquí interesa, son las propias de quien desea celebrar un contrato de trabajo, negocio jurídico cuya concertación depende, desde el punto de vista de la empresa, de la productividad de la persona trabajadora. De este modo, no es de extrañar que, cuando aquella parezca amenazada por sus condiciones personales, la contratante se encuentre tentada a descartarla en favor de otra persona que no las reúna. La productividad que se pretenda extraer del trabajo constituye, así, el catalizador de un trato discriminatorio cuyo detonante reside, no obstante, en prejuicios que, ora por estar arraigados en la propia empresa, ora por presuponer esta que han enraizado entre una clientela a la que ansía contentar, la inducen a rechazar a la aspirante. La hipótesis consiste, pues, en que la expectativa de entablar una relación jurídico-laboral o su existencia misma obra como detonante de ciertos supuestos de discriminación interseccional que atañen a la mujer. Por consiguiente, no obedece a la casualidad que el mercado laboral sea el ámbito donde la discriminación interseccional aflore con mayor frecuencia (Kantola y Nousiainen, 2009, p. 467).

Llegados a este punto, no es ocioso recordar que las condiciones personales tenidas en cuenta por la empresa diferirán en atención a las funciones desempeñadas. Ocurre en aquellos supuestos donde el atractivo se use a modo de reclamo para la clientela, dado que los rasgos propios de la madurez se juzgan de manera distinta cuando distinguen el aspecto de la mujer y el del hombre. Se aprecia, así, el carácter interseccional de una discriminación directa que, en alguna ocasión fue respaldada en el derecho de la empresa a introducir requisitos de edad, estatura y «buena imagen», puesto que las personas trabajadoras «son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía»; imagen que, «naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse [...] en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad»¹⁵. Pero no solo los puestos de trabajo con una elevada exposición pública son susceptibles de generar un trato discriminatorio interseccional padecido por la mujer de edad madura. La irrupción de las nuevas tecnologías en la práctica totalidad de los puestos de trabajo exige que las empresas busquen candidatas a ocuparlos que las dominen. Puesto que dicho dominio se presupone en los nativos digitales, de nuevo un prejuicio explica la mayor propensión a decantarse por las candidaturas presentadas por las personas jóvenes. Aunque

¹⁵ STS de 27 de diciembre de 1999 (rec. 1959/1999).

esta criba se presente como una vulneración del derecho a la discriminación por razón de edad de la cual pudieran ser víctimas tanto las mujeres como los hombres, el «doble rasero de envejecimiento», en virtud de la cual «las mujeres se consideran mayores cuando dejan de ser muy jóvenes» (Sontag, 1997, p. 20) irrumpe en la intersección provocando el rechazo de la candidatura presentada por una mujer de mediana edad, pero no la de un hombre que, con los mismos años, pudiera parecer juvenil.

Las citadas confluencias de la edad con el género femenino ocasionan una discriminación en el acceso al empleo rara vez apreciable en la oferta. Debido a la aparente concienciación social acerca del respeto del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, no proliferan las empresas que confiesen su animadversión por «lo viejo» abogando, sin tapujos, por sustituirlo por «lo nuevo», como hizo en su momento la que dio lugar al litigio resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 42 de Madrid, 495/2021, de 23 de noviembre. Solo cuando existe una causa susceptible de justificar la supeditación del acceso al empleo a la acreditación de una edad y de un género determinados es dable identificar ofertas de empleo donde tales factores se presenten como condicionantes expresos. Sucede cuando las circunstancias personales de algún empleador lo permitan, como aconteció en el caso enjuiciado por la STJUE de 7 de diciembre de 2023 (asunto C-518/22), J. M. P. y AP Assistenzprofis Gmb, donde se buscaba un asistente personal de sexo femenino para ayudar a una persona discapacitada de ese mismo sexo que debía tener, preferiblemente, entre 18 y 30 años. Pese a la concurrencia de ambos factores, el TJUE no apreció discriminación directa, puesto que el artículo 2.5 de la Directiva 2000/78/CE dispone que se aplicará sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional necesarias para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. Tal es el ostentado por las personas discapacitadas en orden a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, consagrado en el artículo 26 de la CDFUE, «en la medida en que parece razonable esperar que una persona perteneciente a la misma franja de edad que la persona con discapacidad se integre más fácilmente en [su] entorno personal, social y universitario».

Por añadidura, la condición femenina expone a la mujer, en función de su juventud, al acoso sexual, así como a otras violencias sexuales a causa de «una sexualización que las perjudica en sus proyectos laborales» (Cardona Rubert y Cabeza Pereiro, 2019, p. 32) frente a las cuales el varón o la mujer madura presentan una menor incidencia. Y, por otra, las mujeres maduras son señaladas como un colectivo susceptible de recibir comentarios y de ser víctimas de comportamientos en los que se traduce la minusvaloración de sus capacidades en mayor medida que los hombres de su misma edad (Cardona Rubert y Cabeza Pereiro, 2019, p. 38), exponiéndolas al acoso discriminatorio. No en vano el Convenio n.º 190 de la Organización Internacional del Trabajo (2019) sobre la violencia y el acoso obliga a abordarlo mediante «un enfoque que tenga en cuenta [...] las formas múltiples e interseccionales de discriminación». Asimismo, la exposición de motivos de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, invoca «la intersec-

cionalidad como concepto básico para describir las obligaciones del Estado frente a las discriminaciones y su impacto».

Sirvan los anteriores supuestos para sostener la existencia de una discriminación directa específicamente padecida por la mujer en función de su edad en la obtención de un empleo. A ellos procede sumar cuantos constituyen una discriminación indirecta, más frecuente, habida cuenta de la neutralidad de la que hace gala la disposición, criterio o práctica que la genera. Encaja en esta categoría la situación en la que se hallan las mujeres de edad avanzada que no ostenten una titulación exigida para el acceso al empleo o valorada en el proceso de selección, cuando no resulte indispensable para la ejecución de las funciones propias del puesto para el cual se postulan (Grau Pineda, 2023, p. 40), situación en la cual no se hallarán las mujeres cuya juventud les permitió disfrutar de oportunidades formativas, ni los varones, que pudieron disfrutar de las mismas con anterioridad. A la exigencia o valoración de una titulación, presente en la construcción jurisprudencial de la discriminación indirecta desde el caso *Griggs vs. Duke Power Company*, cabe unir otro detonante, cual es la demanda de unas competencias que no vengán requeridas por las funciones propias del puesto de trabajo.

Sobre el potencial discriminatorio de las nuevas tecnologías en el acceso al empleo de las mujeres maduras, procede hacer alusión no solo a la exigencia y/o valoración de su dominio, sino a su utilización en los procesos selectivos. Ello sucede, por ejemplo, cuando la candidata deba presentar su solicitud mediante un ecosistema digital, o cuando deba entrevistarse con un programa informático, conocido como *chatbot*, que utiliza inteligencia artificial simulando la conversación humana. De este modo, su empleo puede erigir una barrera insuperable para una persona lega en competencias digitales que aspire a ocupar un puesto de trabajo que quizá no las requiera y que algunas mujeres de cierta edad no han adquirido por haber permanecido fuera del mercado laboral durante periodos consagrados a las labores de cuidado.

A ello han de añadirse los riesgos inherentes a la adopción de decisiones automatizadas en los procesos selectivos. Sobre este extremo, conviene traer a colación el Dictamen del Comité económico y social europeo sobre inteligencia artificial. Este aconseja mostrarse cautos ante «los sesgos de los algoritmos, los datos de entrenamiento y [sus] posibles efectos», susceptibles de reflejar «los sesgos de los programadores de los robots-contratadores», dado que «los modelos algorítmicos nunca dejarán de ser más que opiniones revestidas de matemáticas». No en vano el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) califica de alto riesgo los sistemas de inteligencia artificial destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas; riesgo cuya conjura, según el Libro blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial «Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza», de 19 de febrero de 2020, reclama «la participación de los interlocutores sociales».

En concreto, resulta elocuente la virtualidad discriminatoria de los sistemas de selección basados en la inteligencia artificial cuando son capaces de aprender a raíz de los datos con los cuales son nutridos. Puesto que el aprendizaje adquirido por dichos programas «determina las características idóneas, por repetición» (Alameda Castillo, 2021, p. 13), si se ha alimentado única o principalmente de datos relativos a hombres, por pertenecer a este sexo los candidatos previamente contratados, asumirá que el sexo es un factor determinante excluyendo a las candidatas a ocupar ese puesto. De ahí el acierto de quien sugirió actualizar la tutela frente a la discriminación atendiendo a los yacimientos de donde son extraídos los datos en cuestión (Sáez Lara, 2022, p. 288).

5.2. La discriminación interseccional refleja por razón de edad y género

El perjuicio específico fruto de la discriminación interseccional por razón de edad y género no siempre surge de la confluencia de ambas causas en una misma persona, sino que el género puede concurrir en quien recibe el trato discriminatorio, mientras que la edad afecta a otra persona relacionada con ella. Se trata de una discriminación, ahora contemplada en el artículo 6.2.a) de la LITND como «discriminación por asociación» e identificada, en su momento, por el TJUE en su Sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06), Coleman. En ella se consideró constitutivo de discriminación directa el trato peyorativo sufrido por una trabajadora debido a la discapacidad que padecía, no ella, sino su hijo, al que prodigaba sus cuidados. Fiel a su posición reacia a considerar la concurrencia interactiva de diversos factores, el TJUE obvió la incidencia del género de la cuidadora. Entendió, sin embargo, que «el principio de igualdad de trato [...] no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en la Directiva»¹⁶, instaurando una tutela *ratione materiae*, no *ratione personae* (Maneiro Vázquez, 2021, p. 30).

Pues bien, según la Encuesta europea sobre calidad de vida, el 66 % de las mujeres en España consagra más tiempo a los cuidados de la prole que su pareja. Concretamente, ellas declaran reservar 38 horas semanales a esta labor, frente a las 23 dedicadas por sus compañeros. Ello explica que, según el Instituto de la Mujer, 32.578 mujeres disfrutaran de una excedencia para el cuidado sus hijas e hijos durante el año 2022, frente a los 4.434 hombres que ejercieron ese derecho. No es mucho más alentadora la diferencia que media entre la cifra de mujeres que han solicitado una excedencia para el cuidado de otros familiares, de 8.210, en comparación con la de 2.233 varones¹⁷. Ante este panorama, no es de extrañar que, al menos, el 50 % de ellas reconozca la dificultad de conciliar el trabajo con

¹⁶ Apartado 38.

¹⁷ Datos publicados por el Instituto de las Mujeres: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>

el cuidado de los menores o de los mayores a su cargo. Mayor asombro infunde observar el superior porcentaje de hombres conscientes de ello, que asciende al 52 %. De tales cifras cabe deducir, por una parte, la mayor dedicación femenina a las labores de cuidado y, por otra parte, la menor resignación del trabajador a la hora de afrontar las consecuencias negativas derivadas de tales quehaceres, posición que los lleva a hacer un uso moderado de los derechos destinados a conciliar vida laboral y familiar.

La amenaza que se cierne sobre quien ejerza tales derechos no ha pasado inadvertida para el legislador de la Unión. A fin de conjurarla, conmina a los Estados miembros a adoptar medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (art. 11). Elude, empero, aclarar en su texto articulado cuál es la condición personal que acarrea dicho trato, aunque en su Considerando 11.º aluda a «los estereotipos» y a «las diferencias de género en materia laboral y familiar». De este modo, evitó restringir a la mujer esta protección merecida también por el varón que ejercitase tales derechos, matiz en el cual no parece haber reparado el legislador patrio al incluir dentro la discriminación por razón de «sexo» el trato desfavorable dispensado tanto a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral (art. 4.2 c) ET). Sin embargo, el legislador de la Unión parece olvidar la singular posición en la que se ubica la mujer que los ejerce, habida cuenta del papel de cuidadora que tradicionalmente le fue atribuido a ella, pero no al varón. El reparto desigual de las responsabilidades domésticas explica que el ejercicio de los derechos de conciliación por el trabajador pueda reputarse un hecho ocasional, acreedor de un menor rechazo por parte de la empresa que su ejercicio por una mujer, cuyo rol social hace presagiar un recurso habitual susceptible de afectar de manera estructural a la organización productiva.

Así las cosas, la corresponsabilidad que, tanto el legislador de la Unión, como el legislador estatal, han pretendido fomentar mediante la asignación igualitaria de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral no debe encubrir el diferente riesgo al que se expone la mujer, habida cuenta del uso mayoritariamente femenino de los derechos de conciliación¹⁸. Esta propensión estructural de la mujer trabajadora a ser represaliada por su ejercicio permite calificar de interseccional una discriminación que no es padecida con idéntica contundencia por el varón que los ejerza, ni tampoco por una mujer libre de responsabilidades familiares. Es, de nuevo, la encrucijada donde se encuentra el género de la cuidadora con la edad de la persona cuidada, la que genera un perjuicio manifestado, no solo en el acceso al empleo, sino también en su conservación y en la promoción profesional de la mujer trabajadora.

¹⁸ STC 79/2020, de 2 de julio.

Al igual que la discriminación interseccional por razón de edad y género en sentido estricto, esta discriminación interseccional refleja por razón de edad y género conoce dos variantes. Así, por ejemplo, se produce de manera directa cuando una mujer afronta un trato desfavorable por hacer uso de sus derechos de conciliación, consistente en comentarios, decisiones o actitudes susceptibles de generar un entorno hostil, intimidatorio, humillante u ofensivo constitutivo de acoso. Pero también puede manifestarse de manera indirecta. Tal acontece, *v. gr.*, cuando un ascenso se haga depender del seguimiento de una formación programada por la empresa fuera del horario de trabajo ocupando un tiempo que la trabajadora consagra a los cuidados de sus familiares o allegados. O cuando la formación que se le ofrece para evitar el despido por inadaptación a las modificaciones técnicas introducidas en su puesto de trabajo se ubique extramuros del mismo (arts. 23.1 d) y 52 b) ET). Por más que el artículo 23.2 del ET conmine a los interlocutores sociales a pactar el ejercicio de tales derechos de un modo que garantice la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo, se echa en falta una mención relativa al deber de programarlas respetando los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Por fortuna, sí ha sido prevista en la disposición adicional vigesimoquinta del ET, relativa a las acciones formativas vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo.

Justificada la especificidad que permite adjetivar de interseccional la discriminación padecida por la mujer que ejerce sus derechos a conciliar el trabajo con el cuidado de menores y de familiares y allegados de edad avanzada, procede añadir otro elemento digno de ser considerado. Se alude al doble agravio fruto de la interacción entre el rol género femenino y la edad del receptor de cuidados que concurre aquí de manera «refleja» o «transferida»¹⁹. Sobre este extremo, resultan elocuentes las conclusiones formuladas por el Abogado General en el citado asunto Coleman, donde se advierte que, en tales supuestos, «la víctima inmediata de una discriminación no solo sufre personalmente una injusticia, sino que se convierte asimismo en el medio a través del cual se vulnera la dignidad de la persona incluida en una categoría problemática» (apdo. 13). La «forma más sutil» de la discriminación padecida por esta última no es, en modo alguno, menos perjudicial, dado que «socava la capacidad para ejercer su autonomía». En concreto, el Abogado General repara en que

cuando alguien priva a un individuo de opciones válidas en ámbitos de fundamental importancia para la vida por estar [...] vinculado a una persona que tiene una característica problemática también priva a esta última persona de opciones válidas y le impide ejercer su autonomía, [autoexcluyéndose] de un abanico de posibilidades que, de otro modo, habría estado a su disposición.

¹⁹ STS de 29 enero de 2000 (rec. 10097/2019) y STC 71/2020, de 29 de junio.

Tal es el caso en el cual una persona de edad avanzada decide abandonar su hogar para internarse en una residencia con el afán de evitar que su hija sea represaliada por ejercer los derechos que le fueron legalmente conferidos para atenderla. La gravedad de este supuesto clama, pues, por una respuesta específica.

6. Nuevos remedios para una discriminación añeja

Puesto que la LITND impone el despliegue de una tutela preventiva, además de punitiva y resarcitoria (González del Rey Rodríguez, 2023, p. 15) procede analizar la suficiencia de la normativa encaminada a evitar y sancionar la discriminación interseccional, así como a reparar sus consecuencias. Esta norma otorga un notable protagonismo a la negociación colectiva, dejando en manos de los interlocutores sociales el establecimiento de cuantas cortapisas sirvan para evitarla, vetándoles el establecimiento de limitaciones, segregaciones o exclusiones en acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional o en el despido, por las causas previstas en la norma. Aunque el amplio margen concedido a los interlocutores sociales permita adaptar esta tutela frente a la discriminación interseccional a las peculiaridades de cada empresa y sector, la escasa atención que le ha sido deparada hasta ahora invita a proponer buenas prácticas susceptibles de ser consideradas en la negociación de futuros textos.

La articulación de una tutela preventiva eficaz frente a la discriminación interseccional requiere, por una parte, desenmascarar los supuestos de discriminación directa y, por otra parte, evitar la neutralidad de las prácticas, disposiciones o criterios que producen la indirecta. Huelga aclarar el rol determinante que los interlocutores sociales están llamados a desempeñar en esta materia, para lo cual deberán calibrar el riesgo de discriminación interseccional que se cierne sobre ciertas actividades. Sucede en ámbitos incardinados en el sector servicios, donde se utiliza la imagen de las personas trabajadoras para atraer a clientela. Sin embargo, la urgente necesidad de reclutar personas dotadas de competencias digitales más o menos especializadas obliga a incluir también todas cuantas empresas pretendan cubrir puestos donde se procure un perfil tecnológico en el cual no parece encajar una mujer cuya edad se antoja avanzada en cuanto deja de presentar los rasgos propios de la juventud.

Dotar de transparencia los procesos de selección de personal exigirá, en primer lugar, identificar los instrumentos que constituyen el caldo de cultivo de la discriminación interseccional. Entre ellos conviven clásicos con otros de nuevo cuño, como los sofisticados sistemas basados en la inteligencia artificial. La obscuridad resulta una característica común a ambos, aunque el legislador únicamente se haya mostrado preocupado por la derivada del uso de algoritmos. En tales casos, reconoce al comité de empresa el derecho a ser informado acerca de los parámetros, reglas e instrucciones en los cuales se haya basado la decisión (64.4 d) ET). De este modo, cualquier decisión que se fundamente en la intersección

edad-género, en perjuicio de la mujer, podrá ser identificada por la representación legal de las personas trabajadoras, que podrá obrar en consecuencia. Idéntica atribución convendría introducir en el convenio, no ya en cuanto atañe a los procesos de selección automatizados, sino a otros basados en instrumentos que no entrañan un menor peligro. Conviene recelar, en concreto de la entrevista de trabajo, cuya elaboración y desarrollo está presidida por cierta opacidad y que da a conocer a la empresa, a primera vista, la imagen de la candidata. Dado que dicha revelación podría reputarse, en sí misma, un indicio suficiente de trato discriminatorio parece conveniente la predeterminación de los extremos dignos de ser valorados, así como de su peso en la decisión final, a fin de justificar de manera objetiva y razonable la diferencia de trato dispensada en un proceso selectivo (art. 96 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–).

Dicho de otro modo, procede objetivar, de una vez por todas, los procesos selectivos acudiendo, como no podría ser de otro modo, a las competencias profesionales requeridas para el desempeño de las funciones inherentes al puesto cuya cobertura se pretende; competencias cuya determinación y modo de acreditación debería ser pactado por la negociación colectiva y comprobado por una representación legal con derecho a tomar parte en ellos. Sirva como ejemplo, *mutatis mutandis*, la Ley orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. A tenor del texto, cuando la composición del consejo de administración de una empresa no resulte equilibrada, deberán ajustarse los procesos de selección de las personas candidatas mediante un procedimiento que permita la apreciación comparativa de las competencias y capacidades de cada una de ellas, basado en criterios claros, neutrales en su formulación y no ambiguos, elaborados con carácter previo.

En la actualidad, únicamente las empresas obligadas a elaborar un plan de igualdad deberán incluir los procesos de selección entre las materias sobre las cuales resulta preceptivo realizar el diagnóstico (art. 46.2 LOI) y, de acuerdo con la hoja estadística propuesta para su realización en el anexo 2.V del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, deberán aclarar: 1) si se incluyen sistemas objetivos de selección de personal; 2) si en dicho proceso participa la representación de las personas trabajadoras o 3) si se prevé que, en idénticas condiciones de idoneidad, se tenga en cuenta a las personas del sexo infrarrepresentado en el grupo profesional o puesto cuya cobertura se pretenda. Se echa en falta la inclusión de una perspectiva interseccional que, por lo demás, ha de ser adoptada por una negociación colectiva que también deberá reforzar el papel de la representación legal de las personas trabajadoras asegurando su participación en el desarrollo mismo de los procesos selectivos. Convendría, al menos, atribuirle el derecho a ser informada sobre el desarrollo de todo el proceso y no solamente acerca de los parámetros, reglas e instrucciones en los cuales se fundamenta una decisión automatizada.

Incumbe también a la negociación colectiva afrontar el segundo reto, consistente en detectar para suprimir o modificar las disposiciones, criterios o prácticas cuya neutralidad

diera lugar a una discriminación interseccional indirecta. Ello obligará a reconfigurarlos teniendo en cuenta el impacto adverso susceptible de ser irrogado en la mujer en función de su edad. La toma en consideración de las competencias requeridas para la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo al que se postula la candidata se plantea, de nuevo, como la alternativa destinada a sustituir la exigencia de unas titulaciones, a menudo escasamente ostentadas por las mujeres maduras e innecesarias para desempeñarlas. La remoción de las barreras que alza el empleo de instrumentos de selección digitales encaminados a la provisión de un puesto que no requiera el dominio de competencias en esa materia es otra tarea digna de ser asumida por los interlocutores sociales. Asimismo, deberán acometer la adaptación de las acciones formativas programadas por la empresa, ya sean voluntarias o de obligado seguimiento, a las circunstancias propias de quienes asuman el cuidado de sus familiares de corta o avanzada edad. Ello resulta ineludible, en particular, cuando de su seguimiento dependa la promoción de la persona trabajadora o la conservación de su empleo.

Los anteriores ejemplos no agotan el elenco de buenas prácticas disponibles para la negociación colectiva. No obstante, su introducción se considera indispensable para evitar la discriminación interseccional por razón de género y edad, en sus diversas modalidades. Queda, pues, en manos de los interlocutores sociales incorporar un tratamiento transversal de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los contenidos del convenio, tal y como consagra el V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva en su capítulo XII que, sin embargo, omite cualquier mención a la discriminación interseccional. Olvida, asimismo, mencionar las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección cuando conmina a los negociadores a «regular criterios para la promoción y ascensos, de forma que no conlleven discriminación indirecta, basándose en elementos objetivos de cualificación y capacidad».

Por último, ante el eventual fracaso de cuantas medidas hubieran sido introducidas para evitar un posible trato discriminatorio, procede reconfigurar una tutela sancionatoria y resarcitoria cuya articulación plantea ciertas dudas. En primer lugar, no se antoja muy afortunada la redacción del artículo 6.3 c) de la LITND cuando señala el deber de motivar la diferencia de trato «en relación con cada uno de los motivos de la discriminación» concurrentes. Dicho precepto equipara la discriminación de la posible discriminación interseccional con la de la discriminación múltiple, obviando que la especificidad que distingue a la primera reside, precisamente, en la indivisibilidad de unos motivos que solo producen un resultado discriminatorio cuando confluyen, aunque sea de manera refleja, en un individuo. Por ello, parece acertada la posición doctrinal que rechaza la necesidad de construir dicha justificación por separado, en relación con cada uno de los motivos de discriminación, técnica únicamente apta para descartar la discriminación múltiple, cumulativa o compuesta (Lousada Arochena, 2017, p. 32), considerando que la justificación del trato susceptible de generar una discriminación interseccional debe guardar «relación con la específica forma de discriminación que se produce» (Lousada Arochena, 2023, p. 19).

Asimismo, se planteó la necesidad de esclarecer si era preciso aportar indicios sobre la existencia de cada uno de los motivos confluyentes en la intersección o si los indicios en cuestión deberían referirse a la propia intersección (Rivas Vallejo, 2009, p. 1), alternativa que parece más conveniente y que pudiera derivarse del empleo de instrumentos susceptibles de permitir la toma en consideración de aspectos tales como la imagen de la persona trabajadora. Así pues, una vez aportados, incumbirá a la empresa justificar que su decisión no obedece a un estereotipo, sino a la mejor cualificación de la otra persona candidata, cuando de acceso al empleo o promoción profesional se tratare, o en la ausencia de competencias necesarias para la conservación del empleo, cuando la decisión cuestionada fuera el despido de la persona trabajadora. En consecuencia, se aboga por exigir una justificación susceptible de refutar el trato peyorativo dispensado en función del estereotipo asociado a la mujer de cierta edad cuando hubieran sido aportados indicios fundados de ese trato discriminatorio específico, propuesta que no agota los interrogantes derivados de esta modalidad discriminatoria. Destaca, entre ellos, la dificultad inherente a la elección del sujeto comparable, que pudiera ser tanto un hombre de la misma edad de la mujer trabajadora, como una mujer de distinta edad. De ahí el acierto de quien ha destacado el «avance dogmático en el tránsito desde una concepción de la igualdad de trato basada en un test de comparación hacia [otra] basada en un test de perjuicio [...] que, adecuadamente utilizado, permitirá mejorar [su] aplicación práctica» (Lousada Arochena, 2017, p. 33).

Tampoco parece satisfactoria la tutela sancionatoria, donde se contemplan unas infracciones graves o muy graves (art. 16 c) y art. 8.12 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–) inadaptadas, no solo a los nuevos motivos de discriminación previstos en el artículo 2 de la LITND, sino también a las nuevas formas de perpetrarla que contempla. *De lege ferenda*, debería considerarse el carácter interseccional de la discriminación, si no en la configuración del tipo, al menos entre los criterios de graduación de las sanciones. Del mismo modo, provoca cierto desconcierto la omisión de la interseccionalidad en la normativa rectora de los planes de igualdad, habida cuenta de la posibilidad de sustituir las infracciones graves y muy graves por su elaboración, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46 bis de la LISOS. En concreto, el contenido del plan de igualdad debería ser sensible, tanto en su diagnóstico, como en sus objetivos y las medidas destinadas a alcanzarlos, a la confluencia de la edad con el sexo de la persona trabajadora, de modo tal que la sanción sirviera para prevenir futuras muestras de este edadismo de género.

En último término, conviene reformular la tutela indemnizatoria de quien haya padecido esta variante discriminatoria. Dado que la falta de consentimiento en obligarse impide reconocer el derecho al concierto de una relación laboral (Alzaga Ruiz, 2001, p. 67)²⁰, el deber de reparar el daño moral ocasionado adquiere relevancia, en particular, en la discriminación interseccional por razón de edad y género sufrida en el acceso al empleo. Interesa, pues,

²⁰ STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2000 (rec. 3009/2000).

detenerse en la cuantificación de una indemnización cuya valoración se realizará atendiendo «a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley» (art. 27.1 LITND) y sobre cuya cuantía deberá pronunciarse el juez considerando, además, la finalidad disuasoria que le atribuye el artículo 183 de la LRJS. Comoquiera que el derecho español no contempla los daños punitivos²¹, conviene reconsiderar la adecuación del importe de las sanciones señaladas en la LISOS como criterio orientativo para fijar su cuantía²² en los supuestos de discriminación interseccional (Ferrando García, 2018, p. 50) que hoy opera, en algunos supuestos, como un mínimo de derecho necesario (Lousada Arochena, 2023)²³. Puesto que esta interpretación ha generado cierto recelo entre la doctrina, en la medida en que pugna abiertamente con un derecho de la Unión Europea que exige una indemnización «real y efectiva del perjuicio sufrido» (Ron Latas, 2022, p. 142), la «dimensión agravada» de la discriminación interseccional (Rivas Vallejo, 2009, p. 1) aconseja pergeñar otra, que podría consistir en acudir al baremo como importe mínimo dejando la determinación concreta del daño en manos de un juzgador. De este modo, podrá tenerse en cuenta, en particular, el daño irrogado al receptor de cuidados en los supuestos de discriminación interseccional refleja por razón de edad y género, en el cual reparó el Abogado General en las Conclusiones formuladas en el asunto Coleman.

7. A modo de reflexión

Líneas atrás se había acusado a la relación laboral de ser el elemento detonante de los prejuicios sobre los cuales se asienta el edadismo de género o, para ser exactos, la discriminación interseccional por razón de edad y género. La hipótesis formulada encuentra confirmación, por una parte, en el afloramiento de numerosos supuestos de discriminación directa derivados de la búsqueda de una mayor productividad en la candidata o del deseo de obtener de ella provecho sexual. Y, por otra parte, en la imprevisión de las circunstancias propias de la trabajadora por unas disposiciones, criterios o prácticas en cuya confección no se ha tenido en cuenta al colectivo femenino, en toda su amplitud y diversidad.

Puesto que el contexto laboral, en general, y el propio de ciertas actividades y/o empleadoras, en particular, obra como desencadenante de esta discriminación interseccional, su prevención ha de descansar sobre quienes mejor conocen los entresijos de cada empresa y sector. A ellos compete combatir la discriminación interseccional directa por razón de edad y género arrojando luz sobre unos procesos cuya opacidad cabe erradicar mediante

²¹ STJUE de 17 de diciembre de 2015 (asunto C-407/14), María Auxiliadora Arjona Camacho y Securitas Seguridad España, S.A.

²² STC 247/2006, de 24 de julio y SSTS de 17 diciembre 2013 (rec. 109/2012); de 12 julio 2014 (rec. 361/201) y de 20 abril 2022 (rec. 2391/2019).

²³ STS de 6 de julio de 2023 (rec. 4538/2019).

la participación de la representación legal de las personas trabajadoras. Ella ha de tomar parte en un acceso al empleo condenado a basarse en las competencias acreditadas por quienes se hayan candidatado para la provisión del puesto de trabajo, siempre y cuando su ejecución requiera dominarlas. Por su parte, quebrar la neutralidad generadora de la discriminación indirecta demanda atender a las circunstancias que impiden a la mujer madura acceder al empleo y a la que asume el rol de cuidadora reunir los requisitos de los que se ha hecho depender su promoción y la conservación del contrato de trabajo.

El renovado protagonismo de la negociación colectiva en ambas cuestiones no empeece el papel esencial que el legislador y los tribunales están llamados a desempeñar. El primero, adaptando la regulación del plan de igualdad y, en particular, la tutela sancionatoria otorgándole una virtualidad preventiva de futuras discriminaciones, objetivo que dependerá de la integración de la perspectiva interseccional en la elaboración del plan de igualdad susceptible de sustituir a una sanción. Los segundos, considerando en el resarcimiento moral de los daños la especificidad de los padecidos por la víctima, así como los irrogados a quienes, por razón de su edad, dependen de sus cuidados.

Referencias bibliográficas

- Alameda Castillo, M. T. (2021). Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 159, 11-52.
- Alzaga Ruiz, I. (2001). Los tratos preliminares y el precontrato de trabajo: Un estudio sobre su concepto, las consecuencias derivadas de su incumplimiento y la jurisdicción competente para conocer de los litigios nacidos de las actividades preparatorias del contrato de trabajo. *Documentación Laboral*, 65, 65-92.
- Ballester Pastor, M. A. (1993). Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 179-207.
- Beauvoir, S. (2017). *El segundo sexo*. Cátedra.
- Cardona Rubert, B. y Cabeza Pereiro, J. (2019). La discriminación por edad sobre las mujeres mayores. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 59, 30-39.
- Casas Baamonde, M. E. (2017). ¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres? *Derecho de las relaciones laborales*, 1, 1-18.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1, 139-167. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>
- Engels, F. (2017). *El origen de la familia, de la propiedad privada y del estado*. Akal.

- Ferrando García, F. M. (2018). La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral. *Revista de Trabajo y de Seguridad Social. CEF*, 428, 19-54. <https://doi.org/10.51302/rtss.2018.1482>
- Foucault, M. (2018). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo veintiuno.
- García González, G. (2014). Los trabajos prohibidos a la mujer en el Real Decreto de 25 de enero de 1908: la exclusión como instrumento de protección. *IUSLabor*, 2, 1-11. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/276183>
- González del Rey Rodríguez, I. (2023). Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022. *FEMERIS: Revista multidisciplinar de estudios de género*, 8(2), 9-31. <https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7783>
- Grau Pineda, C. (2023). La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación. *FEMERIS: Revista multidisciplinar de estudios de género*, 8(2), 32-51. <https://doi.org/10.20318/femeris.2023.7784>
- Kahn-Freund, O. (1983). *Labour and the Law*. Stevens & Sons.
- Kantola, J. y Nousiainen, K. (2009). Institutionalizing Intersectionality in Europe. *International Feminist Journal of Politics*, 11(4), 459-477. <https://doi.org/10.1080/14616740903237426>
- Lousada Arochena, J. F. (2017). Discriminación múltiple. El estado de la cuestión y algunas reflexiones. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 41, 29-40. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6582935.pdf>
- Lousada Arochena, J. F. (2023). Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023). *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 8(1), 13-35. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i01.02>
- Maneiro Vázquez, Y. (2021). La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 25-62. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2482>
- Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X. M. (2006). *Derecho del Trabajo* (2.ª ed.). Netbiblo.
- Martínez Girón, J. (2014). *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico-comparativo desde la perspectiva del Derecho español*. Netbiblo.
- Montoya Melgar, A. (2000). Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales. *Aranzadi Social*, 13, 779-792.
- Nielfa Cristóbal, G. (2003). Trabajo, legislación y género en la España contemporánea: los orígenes de la legislación laboral. En L. Gálvez Muñoz y C. Sarasúa (Coord. as), *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo* (pp. 39-56). Universidad de Alicante.
- Ortega y Gasset, J. (1999). *La deshumanización del arte y otros ensayos*. Austral.
- Rivas Vallejo, P. (2009). Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación. *Jornades sobre «El Dret del Treball en el segle XXI»*. <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Vallejo.HTM>
- Ron Latas, R. P. (2022). Los principales mecanismos de tutela frente a la discriminación en el ordenamiento jurídico laboral.

- Revista de Derecho Social y Empresa*, 16, 110-144. <https://doi.org/10.18172/redsye.6233>
- Sáez Lara, C. (2022). Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(2), 283-300. <https://doi.org/10.5209/crla.79417>
- Sempere Navarro, A. V. (1987). Discriminación y trabajo femenino en la minería. *Relaciones Laborales*, 1987, 108-127.
- Sontag, S. (1997). The Double Standard of Aging. En M. Pearsall (Ed.), *The Other Within Us. Feminist Explorations Of Women And Aging*. Routledge (pp. 19-24). Routledge.
- Valdés Dal-Ré, F. (2008a). Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación. En B. Quintanilla Navarro y F. Valdés Dal-Ré (Dirs.), *Igualdad de género y relaciones laborales* (pp. 19-43). Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Valdés Dal-Ré, F. (2008b). Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral. En E. Gómez Campelo y F. Valbuena González (Coords.), *Igualdad de género. Una visión jurídica plural. Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o ficción. Burgos, 11, 12 y 13 de marzo de 2008* (pp. 129-154). Universidad de Burgos.
- Zweig, S. (2012). *El mundo de ayer: memorias de un europeo*. Acatilado.

Alicia Villalba Sánchez. Licenciada en Derecho con premio extraordinario por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctora con premio extraordinario, Mención Internacional y Cum Laude por la misma universidad, tras haber defendido la tesis doctoral titulada *Cláusulas abusivas de extinción del contrato de trabajo*. Secretaria del Centro de Estudios Cooperativos de la Universidad de Santiago de Compostela (CECOOP). Investigadora principal del Proyecto europeo IQUAL_CAMPUS, convocado por la Comisión Europea y orientado a la elaboración de un sistema conjunto de formación transfronteriza en igualdad laboral. Integrante del Grupo de investigación Empresa y Administración, reconocido como Grupo de Referencia Competitiva por la Xunta de Galicia. Miembro del grupo de investigación de los proyectos nacionales de la Agencia Estatal de Investigación «Retos del Estado de Derecho ante la inteligencia artificial» y «Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global». Miembro del Comité Ejecutivo Técnico de la Red CIELO Laboral. Actualmente es profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Santiago de Compostela. <https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>