



Acceso al empleo e igualdad

por Guillermo Escobar Roca

La doctrina constitucional, en mantillas

“Acceso al empleo” e “igualdad” son dos conceptos clave en ciencias jurídicas y sociales, poco y mal estudiados por la dogmática constitucional, que es mi especialidad. Entre los colegas de mi disciplina, que yo sepa, solo uno ([Gonzalo Maestro Buelga](#)) ha dedicado algunas energías al tema, un autor sin duda interesante, pero a mi juicio demasiado teórico (se echan de menos datos empíricos y propuestas concretas y viables en su obra) e ideologizado (hacia la izquierda).

Igualdad en el Tribunal Constitucional: contradicciones e insuficiencias

El segundo concepto (“igualdad”) es sin duda controvertido y polisémico, por lo que exige ser clarificado. El término, o su contrario (discriminación) aparece hasta diecisiete veces en el texto constitucional, incluso en una ocasión en materia de empleo (art. 35), en lo relativo a la igualdad de sexo (hoy, por estar a la moda, diríamos de “orientación sexual”). La dogmática sobre este tema me resulta muy formalista, y resulta extraño (y no muy serio científicamente) que los constitucionalistas se limiten a analizar, cuando no a glosar, la jurisprudencia y los éticos normativos (como los muy relevantes trabajos de [Borja Barragué](#) o de [Silvina Ribotta](#)) eludan toda referencia no ya a la jurisprudencia, sino a la misma Constitución.

En síntesis, en la Constitución, la igualdad es tres cosas: un valor (art. 1.1), un mandato a los poderes públicos (art. 9.2) y un derecho fundamental (art. 14). Como valor, no ha resultado operativo, más bien un adorno retórico en la argumentación. El mandato, por su parte, no ha sido leído como tal, sino como norma de habilitación: es decir, donde el artículo 9.2 dice “corresponde”, se lee “corresponde, si quieren”. Cuando se han recurrido acciones positivas, el Tribunal Constitucional deja bien claro que el legislador las implantó porque quiso, no porque debió haberlo hecho. Sobre las listas paritarias: “el art. 9.2 CE [...] no impone una regulación como la cuestionada [...] correspondiendo a la libertad de configuración del legislador” ([STC 12/2008](#)). Sobre el matrimonio igualitario: “debemos respetar las opciones legislativas” ([STC 198/2012](#)), luego si se cambian, no pasaría nada.

Como derecho, se defiende una concepción formal, que únicamente prohíbe las diferencias de trato “no razonables” (vaya Usted a saber qué es eso), pero no obliga a ninguna diferencia, es decir, estamos ante un derecho reaccional, no un ante derecho de prestación: la libertad es negativa, no positiva. El Tribunal reitera hasta la saciedad, aunque no venga a cuento, esta misma tesis, que desdice nada menos que a Aristóteles (“justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”), poco sospechoso de revolucionario: “no amparando el art. 14 CE lo que se ha denominado discriminación por indiferenciación, al no consagrar aquella previsión constitucional

un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual” ([STC 1/2021](#)): no leyeron la Constitución completa, es decir, no hicieron interpretación sistemática, y menos conforme a valores. Sin embargo, las modas cambian, y se contradice: en igualdad de género, ha considerado leyes discriminatorias no por lo que dicen, sino por lo que no dicen, y recientemente (creo que por vez primera), ha reconocido que la omisión de un trato diferenciado a una persona con discapacidad vulnera el artículo 14 CE ([STC 51/2021](#)). Como el Tribunal es vanidoso, seguirá afirmando su tesis general, pero seguro que se contradirá más veces.

Vulnerabilidad

Hoy el tema estrella en el debate sobre la igualdad es la vulnerabilidad, que ataca la línea de flotación del pensamiento liberal, que es universalista, y no atiende a las diferencias reales entre las personas. Aquí falta una reflexión de fondo, pues las situaciones de vulnerabilidad van aumentando, y a este paso, seremos pocos los “no vulnerables”. Se incluye, entre otros, a los menores (perdón, niños, niñas y adolescentes), a las mujeres, a las personas con discapacidad y a los “adultos mayores” (en Naciones Unidas se prepara una convención al respecto). Sin embargo, de los auténticamente vulnerables, que son los pobres, se habla poco. En mi trabajo [Reduciendo la vulnerabilidad desde la concepción liberal \(renovada\) de los derechos humanos](#) he defendido esta tendencia (y hay que aprovecharla también en materia de empleo), pero dentro de lo razonable.

La realidad del acceso desigualitario al empleo y algunos parches constitucionales

La igualdad de oportunidades es clave en una sociedad justa, y el artículo 9.2 exige (no habilita) a trabajar por ella. ¿Oportunidades para qué? Para el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), es decir, para la autonomía, para hacer cosas, no solo para que evitar que otros las impidan (libertad negativa), sino para hacerlas real y efectivamente (libertad positiva), como viene a decir el artículo 9.2. Si bien la libertad no es para cualquier cosa: véanse por ejemplo las acciones incluidas y las excluidas del “libre desarrollo de la personalidad” por el [Tribunal Constitucional Federal](#) de Alemania o de la “vida privada” por el [Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#). Aunque cabría imaginar un “derecho a la pereza” y la cuestión me dio que pensar hace años ([Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria](#), págs. 481-488), creo que objetivamente el trabajo es una necesidad, algo importante para el desarrollo de las personas, y de cualquier modo, casi todo lo que la persona quiere hacer cuesta dinero, y el trabajo es la forma más habitual (y legítima) de obtenerlo.

Seguro que los datos existen (no puedo aportarlos ahora), pero no tenemos igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. En la función pública el acceso “debe ser” igualitario para personas con el mismo “mérito y capacidad” (arts. 23.2 y 103.3 CE), y aunque siempre persistirán algunas barreras de acceso (p. ej., no cualquier familia puede pagar un preparador de oposiciones a notario), aquí la igualdad funciona razonablemente bien. Lo que no es función pública es mercado laboral (aproximadamente el 75% de los empleos en España están en el mercado “libre”), y aquí la igualdad de oportunidades es bastante baja, pues el empresario es libre para contratar a quien quiera (art. 38 CE) y no se tiene demasiado en cuenta (dicen que en Alemania sucede otra cosa) el “mérito y capacidad” de los postulantes, sino más bien los contactos, al menos según [datos periodísticos de 2014](#). Es decir, quien tiene un MBA de 50.000 euros, pagado por su padre del barrio de Salamanca, tiene más posibilidades de acceder a un empleo que el hijo de un desempleado del barrio de Vallecas.

El propio constituyente es consciente de que el artículo 35.1 CE no reconoce propiamente un derecho (prestacional) de acceso al empleo, sino con suerte el derecho, para quien ya lo tiene, al

menos de que sea [decente](#), incluyendo una mínima protección frente al desempleo (art. 41 CE), y para eso “obliga” a los poderes públicos a perseguir el “pleno empleo” (sic, art. 40 CE, totalmente incumplido, como ya demostré en mi comentario al precepto [publicado en 2018](#)).

Normas cosméticas, con alguna excepción

Volvemos ahora con las “situaciones de vulnerabilidad”, y aquí el legislador (art. 30 de la [Ley de empleo](#)) habla de “colectivos prioritarios”, o con mayores dificultades para conseguir un empleo, en una especie de intento (ineficaz a mi juicio) de hacer algo por la igualdad de oportunidades. Lo único que ha funcionado relativamente bien hasta la fecha es la obligación de contratar a un mínimo de personas con discapacidad, algo ya avalado en su día para el empleo público por la [STC 269/1994](#), y que venía desde 1939, comenzando con los mutilados de guerra, pero extendiéndose progresivamente.

La Unión Europea y el litigio estratégico

Como tantas veces, la Unión Europea va más rápido, y su Derecho es más exigente y útil en la práctica que nuestra propia Constitución, y aquí tenemos algunas sentencias significativas del Tribunal de Justicia, como la lejana [Dekker](#), de 8 de noviembre de 1990, que obligó a la contratación de una mujer embarazada, o la más interesante [Egenberger](#), de 17 de abril de 2018, que consideró discriminatorio excluir de un puesto de trabajo (¡atención y de nuevo, privado!) a una persona que no profesaba la religión de la empresa convocante del mismo.

Luchar contra la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo no es fácil, pues implica limitar el poder empresarial y porque muchos de los problemas de fondo no tienen solución (salvo en las distopías de Orwell o Huxley), como el ambiente familiar o la inteligencia natural de las personas. Sin embargo, sentencias como las dos citadas pueden servir, al modo de “litigio estratégico”, para ir avanzando. Lentamente, pero algo es algo. La discriminación racial en Estados Unidos comenzó a mitigar a partir de un caso concreto ([Brown](#), 1954) y aunque sigue existiendo, ya no es lo mismo, y es que los derechos nunca se cumplen del todo, pero por algún sitio hay que empezar.

Guillermo Escobar Roca
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá