



REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

revista semestral

mayo-octubre 2025

REJLSS

ISSN-e 2660-437X

12

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

MAYO-OCTUBRE 2025

PRESIDENCIA

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

DIRECCIÓN

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

COORDINACIÓN GENERAL

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular (acreditada como Catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

SECRETARÍA GENERAL

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

Estefanía González Cobaleda

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga.

La revista nace en el marco de las siguientes acciones investigadoras:

- Proyecto Estatal de I+D+i "Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?" (RTI2018-094696-B-I00).
- Proyecto Autonómico de I+D+i "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico" (P18-RT-2585).

Este número se enmarca dentro de las actividades de los siguientes proyectos:

- Grupo PAIDI SEJ-347 sobre "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social", financiado por la Junta de Andalucía.
- Proyecto Estatal de I+D+i "La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica" (PID2022-140298NB-I00).
- Instituto Universitario de Investigación sobre "Juventud, mercado de trabajo inclusivo y protección jurídico-social y económica" (JUVUMA).

ENFOQUE Y ALCANCE

La Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS) es una publicación científica editada por el Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial). Desde su fundación en 2020, se ha consolidado como un espacio de referencia para la difusión de trabajos originales e inéditos centrados en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La revista se caracteriza por su acceso libre, abierto y gratuito, por su vocación internacional —especialmente en Europa y Latinoamérica— y por su compromiso con el rigor, la calidad y la reflexión crítica en torno a los desafíos actuales de esta disciplina jurídica. Su objetivo es contribuir al debate doctrinal y a la búsqueda de soluciones jurídicas ante los complejos procesos de transformación del mundo socio-laboral.

Se trata de una revista interuniversitaria de periodicidad semestral, editada en formato electrónico, que publica dos números ordinarios al año (que cubren los periodos mayo-octubre y noviembre-abril), además de números extraordinarios. Está dirigida a profesores/as universitarios/as, investigadores/as, estudiantes, profesionales del Derecho Laboral (abogados/as, graduados/as sociales y asesores/as) y, en general, a cualquier persona interesada en los estudios jurídico-laborales. Su finalidad es fomentar la investigación, la transferencia de conocimiento y la actualización académica y profesional en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La revista incluye los siguientes contenidos:

- Introducción del número
- Editorial
- Estudios doctrinales
- Estudios jurisprudenciales
- Clásicos del Derecho

La revista se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

CIRC (C, Ciencias Sociales), **Dialnet**, **Dialnet Métricas** (Cuartil 1 -C1- Derecho; Cuartil 2 -C2- Derecho del Trabajo), **Latindex**, **OpenAlex**, **MIAR**, **REBIUN**, **REDIB**, **DOAJ**, **DRJI**, **ROAD**, **WorldCat**, **Wizdom**, **CSUC**, **Google Académico**, **Crossref Metadata Search**, **EZB**, **WZB**, **ZDB**, **Dulcinea**, **Journal TOCs**, **Scilit** y **Erih Plus**.



DISPONIBLE EN FORMATO ELECTRÓNICO EN:
<http://www.revistas.uma.es/index.php/REJLSS/>

PRESENTE EN:



FACEBOOK



LINKEDIN



CONSEJO ASESOR

COORDINACIÓN

Marina Fernández Ramírez

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Salvador Perán Quesada

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

VOCALÍAS

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón (España)

Stefano Bellomo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

Paola Bozzao

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

Riccardo Del Punta

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Firenze (Italia)

Ángel Luis de Val Tena

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza (España)

Carmen Elena Domínguez Soto

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Marco Esposito

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Napoli «Parthenope» (Italia)

Juan García Blasco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza (España)

José Ignacio García Ninet

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)

Jordi García Viña

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)



Antonio Márquez Prieto

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

María Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

Rosa Quesada Segura

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León (España)

María José Romero Ródenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

Franco Scarpelli

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

Francisco Tapia Guerrero

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Adriana Topo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Padova (Italia)

José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)

María Arántzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón (España)

CONSEJO EDITORIAL, CONSEJO DE REDACCIÓN Y COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNA

Se pueden consultar los miembros de los comités en el siguiente [enlace](#).



SUMARIO

INTRODUCCIÓN

Francisco Vila Tierno

INTRODUCCIÓN AL NÚMERO 12 DE REJLSS

INTRODUCTION TO THE REJLSS 12 ISSUE 7-8

EDITORIAL

José Luis Tortuero Plaza

LO QUE SE VE Y LO QUE NO SE VE EN LA REFORMA DE LA JUBILACION ACTIVA

WHAT IS SEEN AND WHAT IS NOT SEEN IN THE ACTIVE RETIREMENT REFORM 9-14

ESTUDIOS DOCTRINALES

Matthieu Chabannes Hallard

DE LA JUBILACIÓN FLEXIBLE A LA JUBILACIÓN REVERSIBLE:

Análisis del Proyecto de Real Decreto para su aplicación y desarrollo

FROM FLEXIBLE RETIREMENT TO REVERSIBLE RETIREMENT:

An Analysis of the Draft Royal Decree for its Implementation and Development 16-39

Ana Castro Franco

LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES:

Derechos y deberes en una sociedad envejecida

SEXUAL AND REPRODUCTIVE HEALTH IN THE CONTEXT OF LABOUR RELATIONS:

Rights and Duties in an Ageing Society 40-73

Clara María Arrondo Asensio

LA GENERACIÓN QUE NO DESPEGA:

Trabajo precario, cultura laboral y reformas para la juventud

THE GENERATION THAT HAVEN'T TAKEN OFF:

Precarious Work, Work Culture and Youth Reforms 74-98

Marta Sánchez Capel

EMPLEABILIDAD Y PERSPECTIVAS LABORALES DE LA JUVENTUD MIGRANTE,

REFUGIADOS Y SOLICITANTES DE ASILO EN ESPAÑA

EMPLOYABILITY AND JOB PROSPECTS FOR MIGRANT YOUTH, REFUGEES, AND ASYLUM SEEKERS IN SPAIN. 99-125

CLÁSICOS DEL DERECHO

José Luis Monereo Pérez

CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY:

Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

SCIENCE AND LEGAL METHOD IN FRANÇOIS GÉNY: New Science and Free Scientific Research (Part II) 127-169

INTRODUCCIÓN AL NÚMERO 12 DE REJLSS

INTRODUCTION TO THE REJLSS 12 ISSUE

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

Of Counsel Martínez Echevarría Abogados

fvila@uma.es ORCID ID [0000-0001-5718-4160](https://orcid.org/0000-0001-5718-4160)

Recepción de trabajo: 21-10-2025 - Aceptación: 21-10-2025 - Publicado: 31-10-2025

Páginas: 7-11

Las Recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo de noviembre de 2020, incluyen, como número 14, una reflexión sobre los Jóvenes y la Seguridad Social y como se debe actuar en este contexto. Expresamente nos dice que *“que las personas jóvenes encuentran para ocupar y conservar un puesto de trabajo. La Comisión es consciente de las negativas consecuencias que ello comporta para las futuras pensiones que corresponderán a quienes hoy son jóvenes. En línea con lo anterior, la Comisión advierte de las dificultades de los jóvenes para acceder a un empleo y de su escasa protección social, como consecuencia de unas condiciones de trabajo precarias (...) Por ello, se requiere (...) una mejora del marco de las relaciones laborales que permita combatir las condiciones de precariedad que las mujeres y los hombres jóvenes soportan en la actualidad (...) Dentro del marco descrito, la Comisión advierte también del descrédito que sufre nuestro sistema de Seguridad Social entre la juventud: Muchos jóvenes están convencidos de que no accederán a una pensión pública o de que ésta no será suficiente para poder vivir dignamente. Por eso, ellos deben ser protagonistas esenciales del fortalecimiento del sistema de pensiones y del principio de solidaridad intergeneracional, como elemento clave del contrato social. Es imprescindible que recuperen la confianza perdida en aquél, lo cual exige la adopción de medidas que les hagan partícipes de la necesidad de la preservación del sistema y de sus virtudes. Debe reforzarse la confianza de este colectivo en el Estado de Bienestar”*.

Son los mismos jóvenes, por tanto, los que deben ver cuáles son las herramientas y las soluciones que el marco jurídico nos ofrece o nos puede ofrecer, para dar respuesta a los problemas antes planteados. Solo de esta forma se puede conseguir que recuperen la confianza en el futuro del Estado del Bienestar.

Siendo así, en el Proyecto de Investigación del Programa Estatal de I+D+i *“La sostenibilidad del sistema de pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica”* (PID2022-140298NB-I00), se



presenta como uno de sus objetivos contribuir al desarrollo del citado número 14 de aquellas Recomendaciones con la que abríamos este texto.

De ahí el planteamiento y la finalidad de este número de la Revista¹.

Se configura, respondiendo a ese objeto, esta publicación que parte del análisis del Profesor Tortuero —sinónimo de Seguridad Social en nuestro país— sobre la evolución más reciente en la ordenación jurídica de nuestro Sistema de Pensiones que, en los últimos años y a partir de las reiteradas Recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo, ha ido construyendo un modelo que pretende garantizar la sostenibilidad, financiera y social, de un pilar esencial de aquel Estado de Bienestar, como son las Pensiones Públicas.

Este paraguas permite que, a continuación, sean los propios jóvenes los que aborden diversos estudios de materias laborales o de Seguridad Social que les repercuten o repercutirán en el futuro, pero que, esencialmente, sientan las bases para la construcción de un Sistema, “su Sistema”, con el que tendrán que convivir y vivir en el futuro. Solo si ellos son partícipes de esta construcción podrán tener aquella confianza a la que aludía la recomendación. Y ello se consigue mediante la contribución de jóvenes, pero maduros investigadores, que aportan, de manera muy significativa, al avance del conocimiento y la mejora de nuestro ordenamiento jurídico.

Esperemos que las distintas contribuciones que componen, por tanto, este número sobre el que adelanto unas líneas, consigan lo que pretendemos.

Buena lectura y confianza en el Sistema... de ello dependemos...

1 En otros números de la Revista también se han publicado trabajos sobre el sistema de pensiones, manteniendo así una atención constante a esta materia. Vid. vgr. Vila Tierno, F., “Algunas impresiones sobre el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en materia de pensiones y la sostenibilidad del Sistema”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 9, 2024, págs. 8-11, <https://doi.org/10.24310/rejls9202420503>; Alemán Madrigal, L.E., “Vejez, remuneración y ley: la inmutabilidad del derecho pensional ante el Código de Familia nicaragüense”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 9, 2024, págs. 91-121, <https://doi.org/10.24310/rejls9202419852>; Villar Cañada, I.M., “La garantía de la sostenibilidad integral como objetivo esencial en el sistema de pensiones: también, y más aún, en épocas de crisis”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 8, 2024, págs. 98-119, <https://doi.org/10.24310/rejls8202418964>; Olmos Parés, I., “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, págs. 103-114, <https://doi.org/10.24310/rejls7202317152>; Montes Adalid, G.M., “Una breve aproximación al teletrabajo como opción para posponer la jubilación: Especial referencia a la sostenibilidad del sistema de pensiones”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022, págs. 304-318, <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.14759>; Díaz Aznarte, M.T., “Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad: Una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, págs. 105-129, <https://doi.org/10.24310/rejls.vi4.14121>; Morales Ramírez, M.A., “Aplicación de la unidad de medida y actualización en las pensiones en México: Comentarios a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: contradicción de tesis 200/2020”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, págs. 300-319, <https://doi.org/10.24310/rejls.vi4.13151>.

LO QUE SE VE Y LO QUE NO SE VE EN LA REFORMA DE LA JUBILACION ACTIVA*

WHAT IS SEEN AND WHAT IS NOT SEEN IN THE ACTIVE RETIREMENT REFORM

José Luis Tortuero Plaza

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Universidad Complutense de Madrid

tortuero@ucm.es ORCID [0000-0002-7480-8745](https://orcid.org/0000-0002-7480-8745)

Recepción de trabajo: 29-09-2025 - Aceptación: 21-10-2025 - Publicado: 31-10-2025

Páginas: 9-14

Si entendemos que una modalidad de jubilación tan solo adquiere tal condición cuando viene delimitada por un régimen jurídico propio, podemos concluir que la denominada jubilación activa ha dejado de ser un tipo o una modalidad de jubilación en sentido estricto.

La pérdida de tal condición ha derivado en constituirse simplemente como un instrumento de ordenación de la compatibilidad entre la jubilación y el trabajo. Pero aún más, como veremos, incluso en este espacio, la jubilación activa ha perdido buena parte de su identidad para convertirse en una figura dependiente o vinculada a la denominada jubilación demorada.

Todo lo anterior, que ya es mucho, procede de la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo¹. La norma constituye, de momento, el último eslabón de un proceso reformador (2020/2024 capitaneado por el exministro Escrivá con diseño procedente de su tiempo en Presidencia de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal) sin precedentes en la historia de nuestra seguridad social,

1 Estudios completos y sugestivos son los realizados por Barcelón Cobedo, S., "Nuevos perfiles de la jubilación demorada, activa y parcial", *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 6, junio 2025, págs. 205-256; Maldonado Molina, J.A., "La pensión de jubilación tras las últimas reformas", *Revista Digital CEMCI*, núm. 62, 2024 y Vila Tierno, F. y Ramírez Bandera, C., "Las últimas reformas en materia de jubilación en favor de la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. extra 7, 2024, págs. 137-159 y Maldonado Molina, J.A., "La pensión de jubilación tras las últimas reformas", *Revista Digital CEMCI*, núm. 62, 2024.

* El presente trabajo es fruto de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto Estatal de I+D+i "La sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica" (ref. PID2022-140298NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.



tanto por su contenido y alcance, como por el reencuentro con los espacios del pacto político y del diálogo social. La cristalización de los espacios referidos toma cuerpo en la renovación del Pacto de Toledo que de la mano de su entonces presidenta, Magdalena Valerio, fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 19 de noviembre de 2020. En el espacio del Dialogo Social (con mayúsculas) tienen relevancia propia los Acuerdos entre el Gobierno y los interlocutores sociales (2021/2024) que sustenta el conjunto de las reformas.

En esta línea las reformas incorporadas por el RD Ley 11/2024 se conectan con la recomendación 12 del Pacto de Toledo² y el acuerdo de la Mesa de Diálogo Social de Seguridad Social y Pensiones, del 31 de julio de 2024, ratificado el 18 de septiembre por los agentes sociales y el Presidente del Gobierno³. La reforma alcanza a la regulación de la jubilación parcial y de la jubilación activa, entre otras⁴.

Asimismo, y como veremos, se procede a engañar a los incluidos en el Régimen de Clases Pasivas. Con piel de oveja el legislador procede a la reforma del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, a fin de extender a los empleados públicos encuadrados en el Régimen de Clases Pasivas del Estado las mejoras introducidas para el resto de los regímenes en materia de compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad del pensionista. Como en la Fábula de Esopo, debajo de la piel de oveja está el lobo.

Antes de adentrarnos en el espacio reformador de alta complejidad, innovación e impacto, es conveniente reconocer que probablemente hemos perdido la oportunidad de replantearnos el modelo en el sentido de conformar un espacio trabajo/jubilación/trabajo de nueva configuración. Dicho de otro modo, de ordenar un espacio nuevo y diferenciado del tradicional, cuyo ámbito subjetivo de aplicación estaría conformado por los trabajadores jubilados. De esta forma el legislador tendría libertad de ordenación y abandonaríamos las influencias y reflujos del modelo histórico⁵. Siendo más optimistas podemos pensar que la reforma es un paso previo transitorio y progresivo que nos llevará a un nuevo modelo.

-
- 2 Con su habitual buen criterio enfoca y globaliza el análisis Martín-Serrano Jimenez, E. "El modelo de compatibilidad entre jubilación y trabajo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2023): Evolución de su régimen jurídico y evaluación y resultados", en AA.VV., *Trabajo, edad y pensión de jubilación, obra colectiva XXXIV. Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios (Empleo), núm. 67, 2024.
 - 3 Sobre el acuerdo ver, Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G., "Claves del nuevo Acuerdo Político Social de 31 de julio 2024 en materia de Seguridad Social: luces y sombras", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 40, 2024, págs. 13-40. Vila Tierno, F., "Algunas impresiones sobre el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en materia de pensiones y la sostenibilidad del sistema", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 9, 2024, págs. 8-11, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls9202420503>.
 - 4 Un avance valorativo sobre la reforma fue realizado por Gala Durán, C., "El Real Decreto-ley 11/2024: Una apuesta por la jubilación gradual y la Compatibilidad entre trabajo y pensión", *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2024.
 - 5 Chabannes, M., "La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo: evolución y perspectivas tras el RDL 11/2024, de 23 de diciembre", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 33, 2025, págs. 121-151. El trabajo de Chabannes es un adelanto específico de su Tesis doctoral premiada por la AEDTYSS en 2025 y que está en imprenta (De la jubilación clásica a la construcción de un nuevo espacio del ciclo vital). En ella perfila lo podía ser el diseño del nuevo modelo.



Otra consideración previa vinculada a la materia objeto de reflexión. Ya he afirmado en múltiples ocasiones que las reformas deben considerar cuidadosamente —y esta es la parte esencial del equilibrio— la lógica de redistribución y equidad de los sistemas de pensiones, teniendo en cuenta la creciente carga demográfica sobre las generaciones futuras de trabajadores. Si no encontramos el necesario equilibrio, la muerte del sistema está anunciada. En este espacio, no basta con que hagamos partícipes —como explicita y es importante, el Pacto de Toledo— a las generaciones jóvenes de las bondades del sistema, es necesario, reconstruir el pacto social donde las generaciones jóvenes sean los protagonistas.

No lo estamos haciendo y ya hay una importante corriente de opinión —interesada y dirigida— que comienza a escenificar el enfrentamiento generacional contra la *generación boomer*. Entre los múltiples factores (salarios, forma de vida, vivienda, trabajo, precariedad...) están las pensiones que cobran aquellas y que los jóvenes, como parte de la población activa, financian parcialmente, sin esperanza de futuro, les cuentan las entidades financieras. Es un *totum revolutum* donde la escenografía proporciona una imagen real basada en consideraciones falsas o medio falsas y en todo caso teledirigidas. Con ello, lo que se pretende es crear un espacio de conflicto generacional interesado. Aviso para navegantes.

La foto es clara, hay un alto porcentaje de jóvenes que no tienen empleo o lo tienen precario, en ocasiones con condiciones abusivas y con salarios muy bajos, lo que conlleva nulitas o bajas cotizaciones al sistema, con el consiguiente efecto a futuro; muchos de ellos se ven obligados a vivir en casa de sus padres o volver a ella porque no hay vivienda accesible, los precios están disparados, no tienen acceso a créditos y así un largo etcétera. La situación descrita se contrapone, por intereses ajenos, a la que tienen los trabajadores pertenecientes a la generación del *baby boom*, esto es, los padres de estos jóvenes. Y la intención no es otra que favorecer el desapego al sistema público, pues fruto de esta visión intencionada se plantea una crítica hacia la generación *boomer* basada en que sus integrantes obtuvieron una vivienda a precio asequible, desde trabajos estables y salarios dignos a lo largo de su vida en activo y que, al llegar a la edad de jubilación, acceden a pensiones dignas.

Nuevamente el punto de mira está intencionalmente equivocado, identificando culpables que son inocentes. Las críticas no se dirigen al sistema productivo, a los empresarios, en la medida en que el alto y sostenido crecimiento económico (2022 a 2025, con iguales previsiones para el 2026) no se refleja en las condiciones de empleo y salarios; la imagen está en el número de horas extraordinarias realizadas —obviamente de forma no voluntaria— y no pagadas⁶. No refieren (las críticas) a los responsables que, por las condiciones referidas, permiten e incluso fomentan la salida de España de

6 En 2024, el Sindicato Comisiones Obreras (CCOO) informó que 419.000 personas trabajaron horas extras no pagadas cada semana en España, sumando un volumen de 2,61 millones de horas, mientras que el Sindicato USO situó la cifra en 2.579.600 horas no retribuidas semanalmente en el segundo trimestre de 2024, lo que equivale a la creación de más de 64.000 empleos a tiempo completo. Los empleadores se apropian íntegramente del valor añadido obtenido de ellas, engordando sus beneficios a costa de la sobre explotación de la población asalariada y causando un grave perjuicio a estas personas y a toda la sociedad, al disminuir los ingresos públicos (cotizaciones, IRPF...). <https://www.ccoo.es/noticia:704387>. En similares términos ha sido denunciado por USO. <https://www.uso.es/cuanto-horas-extras-no-pagadas-se-hacen-en-espana/#>.



los trabajadores cualificados a quienes hemos formado con recursos públicos, con el consiguiente y generalizado impacto económico y social. No se centran (las críticas) en los términos que corresponden a los responsables políticos competentes que han permitido (ignorado, mirando para otro lado o incluso fomentando) una derivación injustificada de la finalidad social de la vivienda al negocio agresivo y desproporcionado (vivienda vacacional, habitaciones para estudiantes a precios desproporcionados, espacios residenciales de elite vinculados a universidades privadas...). Posiblemente estos puntos de mira nos llevarían a mejor puerto.

Volviendo a la reforma del 2024, su relevancia está sin duda en el nuevo modelo de compatibilidad jubilación /trabajo⁷.

En una primera aproximación podemos decir que pasamos de un modelo restrictivo y privilegiado (solo los que tenían el 100 por 100 de la pensión, en base a su largo tiempo de cotización) a un modelo universal abierto a todos los trabajadores que accedan a la pensión de jubilación. Como tantas veces advertí, la necesaria universalización de la jubilación activa exigía reconducir su configuración jurídica para convertirse en un instrumento al servicio de todos los que accedan a la jubilación (15 años de cotización). En el nuevo modelo, también para formar parte de la jubilación demorada (15 años). Ahora el privilegio deja de tener una configuración normativa —al menos en este espacio— y pasa a ser de carácter subjetivo y queda referido a las posibles oportunidades de trabajo por cuenta propia o ajena. Hemos tardado muchos años en aprender, aunque teníamos el ejemplo, como también advertí, de la universalización de la jubilación demorada.

Un segundo rasgo estructural es que hemos pasado de una incompatibilidad entre la jubilación demorada y la jubilación activa, a una fórmula de acoplamiento total. Sin perjuicio de otras consideraciones, que no tengo espacio para clarificar, podría decirse que, a partir de ahora la única puerta de entrada a la jubilación activa, se encuentra en la jubilación demorada, esto es, en el retraso en el acceso a la jubilación. Hasta el punto de que el porcentaje de compatibilidad entre trabajo y pensión (jubilación activa) está en función de los años de permanencia en activo después de la edad de jubilación (jubilación demorada). Esto significa que primero hay que acceder a la jubilación demorada, al menos un año después de la edad que corresponda, y después, si es el caso, solicitar la jubilación activa, esto es, la compatibilidad entre la jubilación (demorada) y el nuevo trabajo. Aquí entran en juego los niveles porcentuales de compatibilidad ligados al tiempo de retraso en el acceso a la jubilación demorada, de forma que el tránsito va del 45 por 100 de la pensión con el aplazamiento de 1 año hasta el 100 por 100 a los 5 años.

Por cierto, el privilegiado —en el sentido de poder seguir trabajando y volver a trabajar— no para de recibir premios. En efecto, por un lado, elevación porcentual de la pensión y/o indemnización en función del tiempo retrasado y luego, por otro, compatibilidad parcial o plena de pensión y trabajo. Finalmente, el tiempo de jubilación activa vuelve a mejorar el porcentaje de pensión compatible.

7 Aguilera Izquierdo, R., "Compatibilidad de la pensión con el trabajo: reformas introducidas por el Real Decreto-ley 11/2024, de 23 de diciembre", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, núm. 284, 2024.



Aunque el juego de palabras exige muchas explicaciones, no parece muy acertado la potenciación de la permanencia en activo a base de “talonario”, que por cierto pagan, sobre todo, los que no tienen el privilegio. En todo caso, hay que ponderar el tema de los incrementos de pensión que deberán soportar las próximas generaciones.

Visualicemos ahora la Fábula de Esopo referida al lobo con piel de oveja. La piel de oveja se anuncia en la Exposición de motivos del RDL 11/2024 al afirmar con claridad de objetivos como sigue:

“Asimismo, se procede a la reforma del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, concretamente de los apartados 1 a 4 de su artículo 33, a fin de extender a los empleados públicos encuadrados en el Régimen Especial de Clases Pasivas del Estado las mejoras introducidas para el resto de los regímenes en materia de compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad del pensionista, además de incluir algunas modificaciones que mejoran su régimen jurídico a esos efectos”.

El lobo disfrazado está en el artículo 33.2 párrafo segundo, que determina:

“...el percibo de las pensiones de jubilación o retiro, en el supuesto contemplado en la letra a) del artículo 28.2 será compatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena... siempre y cuando el acceso a la pensión haya tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 28.2.a)”.

La edad a que refiere el precepto es de 70 años. Así realiza la interpretación literal del precepto (art.33.2) la Subdirección general de gestión de Clase Pasivas dependiente de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y ésta a su vez de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones.

Todo lo anterior quiere decir —y aquí está el lobo— que, los jubilados forzosos de Clases Pasivas a los 70 años no podrán acceder a la jubilación activa hasta que retrasen su acceso a la pensión durante 1 año, esto es, hasta los 71 años, y además no alcanzarían el 100 por 100 de compatibilidad hasta los 75 años. Al mismo tiempo, y aquí está la otra paradoja o contradicción, reciben el premio (porcentaje o indemnización) por haber demorado el acceso a la pensión y permanecido en activo hasta los 70 años. Regular la jubilación activa ignorando la forzosa demorada y pagada, no es el modelo de envejecimiento activo organizado en el sistema y desde luego es vulnerador del principio de igualdad.

No alcanzo a entender si existe un desajuste en la ordenación de Clases Pasivas o la ordenación está hecha a propósito y, con todas las contradicciones y vulneraciones fragantes del principio de igualdad, tiene como finalidad intentar cerrar las puertas a la compatibilidad jubilación/trabajo de los funcionarios referidos.

Un apunte final, seguramente el más importante, de carácter conceptual. La reforma rompe definitivamente con el viejo modelo de la incompatibilidad jubilación/trabajo y despojándose de construcciones dogmáticas y anacrónicas, moderniza su estructura a los nuevos tiempos y modelos,



para facilitar el envejecimiento activo. El escalonamiento en la compatibilidad posiblemente sea el primer paso hacia la construcción de un nuevo modelo.

El conjunto de estas reformas, —en una visión de globalidad del diseño, esperemos que también en el resultado—, pretende propiciar un cambio en nuestro modelo —no de modelo— de alcance excepcional, sin precedentes históricos desde su creación. Junto a ello, el elemento de garantía, a saber, la práctica totalidad de las reformas se han realizado en el espacio del diálogo y acuerdo político y social.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilera Izquierdo, R., “Compatibilidad de la pensión con el trabajo: reformas introducidas por el Real Decreto-ley 11/2024, de 23 de diciembre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, núm. 284, 2024.
- Barcelón Cobedo, S., “Nuevos perfiles de la jubilación demorada, activa y parcial”, *Revista Justicia & Trabajo*, núm., 6, junio 2025, págs. 205-256.
- Chabannes, M., “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo: evolución y perspectivas tras el RDL 11/2024, de 23 de diciembre”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 33, 2025, págs. 121-151.
- Gala Durán, C., “El Real Decreto-ley 11/2024: Una apuesta por la jubilación gradual y la Compatibilidad entre trabajo y pensión”, *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2024.
- Maldonado Molina, J.A., “La pensión de jubilación tras las últimas reformas”, *Revista Digital CEMCI*, núm. 62, 2024.
- Martín-Serrano Jimenez, E. “El modelo de compatibilidad entre jubilación y trabajo en el marco del Pacto de Toledo (1995-2023): Evolución de su régimen jurídico y evaluación y resultados”, en AA.VV., *Trabajo, edad y pensión de jubilación, obra colectiva XXXIV. Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios (Empleo), núm. 67, 2024.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G., “Claves del nuevo Acuerdo Político Social de 31 de julio 2024 en materia de Seguridad Social: luces y sombras”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 40, 2024, págs. 13-40.
- Vila Tierno, F., “Algunas impresiones sobre el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en materia de pensiones y la sostenibilidad del sistema”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 9, 2024, págs. 8-11, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls9202420503>.
- Vila Tierno, F. y Ramírez Bandera, C., “Las últimas reformas en materia de jubilación en favor de la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. extra 7, 2024, págs. 137-159.



ESTUDIOS DOCTRINALES

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo-octubre 2025 - núm 12 ISSN-e: 2660-437X

DE LA JUBILACIÓN FLEXIBLE A LA JUBILACIÓN REVERSIBLE: Análisis del Proyecto de Real Decreto para su aplicación y desarrollo*

FROM FLEXIBLE RETIREMENT TO REVERSIBLE RETIREMENT:

An Analysis of the Draft Royal Decree for its Implementation and Development

Matthieu Chabannes Hallard

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

matthcha@ucm.es ORCID [0000-0002-9295-923X](https://orcid.org/0000-0002-9295-923X)

Recepción de trabajo: 17-09-2025 - Aceptación: 21-10-2025 - Publicado: 31-10-2025

Páginas: 16-39

■ 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. ■ 2. LA JUBILACIÓN FLEXIBLE: FINALIDAD, MARCO JURÍDICO Y BALANCE. ■ 2.1. La finalidad de la jubilación flexible. ■ 2.2. La evolución del marco jurídico de la jubilación flexible. 2.3. Valoración de su efectividad práctica. ■ 3. LA JUBILACIÓN REVERSIBLE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE REAL DECRETO PARA SU APLICACIÓN Y DESARROLLO. ■ 3.1. El cambio terminológico: de la jubilación flexible a la jubilación reversible. ■ 3.2. Ámbito de aplicación. ■ 3.3. Límites de la jornada. ■ 3.4. La compatibilidad con actividades encuadradas en el RETA. ■ 3.5. Determinación de la cuantía de la pensión compatible y régimen de incentivos. ■ 3.6. El régimen de cotización y su impacto sobre la pensión definitiva. ■ 3.7. El régimen de (in)compatibilidades. ■ 3.8. Comunicación de actividades a la entidad gestora y efectos. ■ 3.9. Aspectos comunes a las modalidades de compatibilidad. ■ 4. REFLEXIONES FINALES. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación Nacional I+D "La sostenibilidad del sistema de pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica" (PID2022-140298NB-I00). IP: Francisco Adolfo Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea.

RESUMEN

La jubilación flexible, creada en 2002 para compatibilizar pensión y empleo parcial, ha tenido un impacto testimonial en nuestro modelo de jubilación. El proyecto de Real Decreto que la transforma en “jubilación reversible” persigue revitalizarla mediante una ampliación de los márgenes de jornada y la introducción de nuevos incentivos económicos y la compatibilidad con actividades encuadradas en el RETA. Sin embargo, la supresión de la posibilidad de revisar la base reguladora de la pensión a partir de nuevas cotizaciones limita notablemente su atractivo. El régimen de compatibilidades apenas se modifica y persiste la fragmentación con otras figuras como la jubilación activa o la demorada. Aunque las previsiones oficiales estiman más de 30.000 beneficiarios en cinco años, la propuesta de reforma plantea más reservas que certezas y revela la necesidad de articular verdaderos itinerarios flexibles entre trabajo y jubilación.

PALABRAS CLAVE: jubilación flexible, jubilación reversible, compatibilidad pensión y trabajo, envejecimiento activo, trabajadores mayores.

ABSTRACT

Flexible retirement, introduced in Spain in 2002 to allow the combination of a pension with part-time employment, has remained a residual option. The draft Royal Decree transforming it into “reversible retirement” seeks to revitalise the scheme by broadening the range of permissible working hours and introducing economic incentives. However, the suppression of the possibility of recalculating the pension on the basis of new contributions significantly reduces its attractiveness, particularly for early retirees who have historically constituted its main user profile. The compatibility regime is scarcely modified, and fragmentation persists with other schemes such as active retirement or deferred retirement. Although official forecasts estimate more than 30,000 beneficiaries within the next five years, the reform raises more questions than it resolves and highlights the need to design genuinely flexible pathways between work and retirement.

KEYWORDS: Flexible Retirement, Reversible Retirement, Pension–Work Compatibility, Active Ageing, Older Workers.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La sostenibilidad del sistema público de pensiones constituye uno de los principales retos a los que se enfrentan las sociedades europeas en un contexto de progresivo envejecimiento demográfico y de transformación de las trayectorias laborales¹. La prolongación voluntaria de la vida laboral se ha convertido en un objetivo prioritario de las políticas sociales, en línea con las orientaciones de las instituciones europeas y, en el caso español, con las recomendaciones emanadas del Pacto de Toledo. La idea de que la jubilación no tiene por qué concebirse como un punto final y definitivo en la vida profesional, sino como una etapa susceptible de mayor flexibilidad y gradualidad, ha ido ganando terreno en las últimas décadas.

Buena prueba de que el envejecimiento demográfico constituye una megatendencia, junto con la transformación digital y el cambio climático, se aprecia en la Estrategia España 2050². Para mediados de siglo, una de cada tres personas tendrá 65 años o más años, cuando hoy la proporción es de una de cada cinco. Ello impactará de manera directa sobre la fuerza laboral, reduciendo en términos agregados ciertas capacidades físicas, tecnológicas o innovadoras, aunque también subraya el valor que representa la experiencia acumulada a lo largo del ciclo vital. De hecho, si se refuerza la transmisión de ese conocimiento intergeneracional y se fomenta el envejecimiento activo, sería posible amortiguar los efectos negativos sobre la productividad y elevar la tasa de empleo gracias a una mejor adaptación del ciclo profesional al incremento de la esperanza de vida.

Ahora bien, pese a que el diagnóstico es conocido desde hace lustros, nuestro país avanza con paso lento en este terreno. Según los datos de EUROSTAT³, en 2023 solo el 4,9% de los nuevos pensionistas españoles siguieron trabajando tras jubilarse, frente a una media del 13% en la Unión Europea. Esta diferencia sugiere que, además de ajustes normativos, persisten barreras culturales y de organización del trabajo que condicionan las decisiones al final de la carrera profesional. También es posible que influya otro elemento importante del sistema español, ya que la tasa de sustitución de las pensiones es más elevada que la media europea y garantiza a la mayoría de los jubilados un nivel de ingresos relativamente próximo al que tenían en su etapa activa. Si bien este dato constituye una buena noticia, también ayuda a explicar por qué los mecanismos puestos en marcha para compatibilizar pensión y empleo en España no han alcanzado el mismo grado de éxito que en otros países de nuestro entorno.

El legislador español no ha permanecido al margen de este desafío. Desde hace varias décadas viene intensificando las reformas, introduciendo mecanismos que, ya sea facilitando la compatibilidad

1 Para un estudio completo sobre las últimas reformas operadas en este sentido, ver, entre otros: Vila Tierno, F., y Ramírez Bandera, C., "Las últimas reformas en materia de jubilación en favor de la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español", *Revista de derecho de la seguridad social, Laborum*, núm. Extra 7, 2024, págs. 137-159.

2 Gobierno de España, "España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo", 2021, pág. 76.

3 EUROSTAT, "13% continued working after receiving old-age pension", 9 December 2024. Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/w/ddn-20241209-1>

entre pensión y empleo (jubilación parcial, flexible o activa) o incentivando el retraso en el cese de la actividad mediante complementos económicos (jubilación demorada o reducción en las cotizaciones), buscan favorecer la permanencia de los trabajadores de mayor edad en el mercado de trabajo.

En particular, la jubilación flexible fue incorporada en nuestro sistema en 2002, pero su impacto ha sido testimonial. En la actualidad, según la memoria que acompaña al proyecto de reforma, apenas 3.174 pensionistas disfrutaban de esta modalidad, una cifra que no alcanza ni el 0,05% del total⁴. Frente al éxito que están alcanzando la jubilación activa o la demorada, especialmente a raíz de las reformas de 2021 y 2024, la jubilación flexible nunca ha logrado cumplir su objetivo de reenganchar a los pensionistas en el mercado de trabajo, quedando relegada a un papel marginal dentro del abanico de modalidades de compatibilidad. Su escasa utilización puede deberse a múltiples factores. De un lado, el propio diseño de la figura, excesivamente limitado, con márgenes de jornada rígidos y una ausencia de incentivos suficientemente atractivos. De otro, el perfil del colectivo al que se dirige, caracterizado por mayores dificultades de (re)inserción en el mercado laboral y por una menor disposición de las empresas a contratarlo en condiciones de parcialidad.

Pese a esta evidencia, la jubilación flexible nunca fue objeto de reforma. Durante más de dos décadas permaneció relegada en un rincón del sistema, con escaso protagonismo. Mientras tanto, el legislador concentraba sus esfuerzos en otras figuras, como la jubilación demorada o la activa, que han terminado por consolidarse como las auténticas “superestrellas” en nuestro modelo de compatibilidad.

No obstante, esta situación parece haber llegado a su fin. El legislador ha dado un primer paso para otorgar una nueva oportunidad a la jubilación flexible, con el propósito de rescatarla de la irrelevancia que había marcado su trayectoria hasta ahora. En efecto, en julio de 2025 se presentó un proyecto de Real Decreto para su aplicación y desarrollo, orientado a incentivar su utilización y corregir el limitado alcance que había tenido en la práctica⁵. La propuesta, sometida a audiencia pública hasta agosto de 2025, contempla la derogación del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, y la aprobación de un nuevo marco normativo bajo la denominación de “jubilación reversible”.

Bajo estas premisas, el presente trabajo persigue tres objetivos fundamentales. En primer lugar, se procede a examinar el marco jurídico de la jubilación flexible, recordando la finalidad que inspiró su creación, la evolución de su régimen jurídico y una valoración de los resultados prácticos cosechados hasta la fecha. Este análisis permite constatar las limitaciones estructurales que han condicionado su escasa utilización y comprender por qué ha permanecido en un lugar marginal dentro de las modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo. En segundo término, se aborda un estudio crítico de la propuesta de reforma impulsada por el legislador, plasmada en el proyecto de Real

4 Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, “Memoria abreviada del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto para la aplicación y desarrollo de la jubilación reversible y de otros aspectos comunes a las modalidades de compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo”, 22 de julio de 2025, pág. 21.

5 Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, “Proyecto de Real Decreto para la aplicación y desarrollo de la jubilación reversible y de otros aspectos comunes a las modalidades de compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo”, 22 de julio de 2025.

Decreto del 22 de julio de 2025. Se ponen de relieve las principales modificaciones previstas en materia de ámbito de aplicación, límites de jornada, incentivos, cotizaciones, incompatibilidades, etc., valorando su coherencia técnica y sus efectos previsibles sobre la utilidad de la figura. Finalmente, se ofrece una reflexión de conjunto sobre la funcionalidad real de la jubilación reversible en el sistema español, evaluando tanto su encaje respecto de otras modalidades de compatibilidad como sus perspectivas de desarrollo futuro, en un contexto marcado por el reto demográfico y la necesidad de conciliar sostenibilidad financiera y flexibilidad en la transición hacia la jubilación.

2. LA JUBILACIÓN FLEXIBLE: FINALIDAD, MARCO JURÍDICO Y BALANCE

2.1. La finalidad de la jubilación flexible

La jubilación flexible se erige en nuestro ordenamiento jurídico como una institución orientada a favorecer el envejecimiento activo y a prolongar la vida profesional mediante mecanismos de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el desempeño de un trabajo a tiempo parcial. Su implantación obedeció, en un primer momento, a la necesidad de dar respuesta a los desafíos derivados del invierno demográfico y del progresivo envejecimiento de la población, siguiendo las directrices formuladas en el ámbito de la Unión Europea, donde desde finales de los años noventa se viene impulsando una estrategia de envejecimiento activo vinculada tanto a la utilización plena del potencial de los trabajadores de más edad como a la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones.

En nuestro país, el germen inmediato de esta modalidad se encuentra en el Acuerdo Social para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, suscrito en abril de 2001 entre el Gobierno, las organizaciones sindicales y empresariales. En su apartado IV, dedicado a las “medidas en torno a la edad de jubilación y a la prolongación de la vida laboral”, se subrayó la conveniencia de introducir fórmulas que aportaran gradualidad y progresividad al tránsito hacia el retiro. Esta orientación se mostraba plenamente coherente con la 10ª Recomendación del Pacto de Toledo de 1995, relativa a la “edad de jubilación”, que ya reconocía la necesidad de articular mecanismos de flexibilización que favorecieran tanto la permanencia como la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores en edad de jubilarse.

La finalidad que inspira a la jubilación flexible es, en gran medida, coincidente con la que motivó también la creación de la jubilación parcial diferida, aprobada en el mismo espacio temporal. En efecto, la jubilación flexible no nació como una figura completamente autónoma, sino como una prolongación de la técnica ensayada con la jubilación parcial postergada, incorporada en nuestro marco jurídico a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio. En ambos supuestos, el legislador persigue un doble objetivo. Por un lado, reforzar el carácter voluntario de la jubilación mediante fórmulas que permitan una adaptación progresiva entre la actividad profesional y el retiro, y por otro, reforzar la

sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. A ello se añaden los beneficios sociales derivados de la continuidad laboral de los trabajadores veteranos, que no solo mantienen su autoestima y la vigencia de su capital profesional, sino que contribuyen también a que el conjunto de la sociedad aproveche el valor añadido de su experiencia acumulada⁶.

Conviene recordar que, hasta el año 2001, el desempeño de cualquier actividad laboral por parte de un pensionista implicaba la suspensión íntegra de la pensión de jubilación. En este sentido, la normativa aprobada a partir de esa fecha supuso, por tanto, un cambio de paradigma, introduciendo una excepción estructural al principio general de incompatibilidad, mediante la creación de un sistema de compatibilidad parcial. En virtud de este, una persona pensionista puede desempeñar un trabajo a tiempo parcial sin perder el derecho a la prestación, si bien la cuantía de esta se reduce de forma proporcional a la jornada efectivamente realizada⁷.

El compromiso asumido en el Acuerdo Social de 2001 encontró su reflejo normativo en el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, y posteriormente en la Ley 35/2002, de 12 de julio, que introdujo un conjunto de medidas destinadas a articular un sistema de jubilación gradual y flexible. Esta última norma modificó el entonces artículo 165 LGSS (actual artículo 213), incorporando un párrafo en el que se reconoce la posibilidad de compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con el desempeño de un trabajo a tiempo parcial, con la previsión de que la cuantía de pensión se reduzca en proporción inversa a la disminución de la jornada laboral respecto a la de un trabajador a tiempo completo comparable⁸.

De este modo, la LGSS no ofrece una definición autónoma de la jubilación flexible como modalidad específica de jubilación, sino que su configuración se desprende de una excepción al principio general de incompatibilidades previsto en el artículo 213. No obstante, estamos ante una categoría singular creada *ex lege*, que ha sido expresamente reconocida en el artículo 5 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, norma dictada para desarrollar determinados preceptos de la Ley 35/2002, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible⁹. En dicha norma, además, se califica esta situación como una suspensión parcial del percibo de la pensión de

6 Tortuero Plaza, J. L., "La fotografía de la vida activa/pensionable después de la edad de jubilación. La jubilación demorada", en AA. VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la AESSS*, Laborum, Murcia, 2022, pág. 272.

7 Maldonado Molina, J. A., "La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista", en AA. VV. (Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A., Dirs.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Comares, Granada, 2021, pág. 178.

8 Este último inciso fue suprimido por el Real Decreto-Ley 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo. Según explica el legislador: *También con la finalidad de flexibilizar la compatibilidad entre actividad, en este caso a tiempo parcial, y pensión de jubilación, se modifica el apartado 1 del artículo 213 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, limitándose ahora la previsión legal a establecer la posibilidad de que el disfrute de la pensión de jubilación sea compatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, lo que permitirá mayor margen de actuación a la potestad reglamentaria en la regulación de la denominada jubilación flexible.*

9 Fernández Prol, F., "Retorno al mercado laboral tras la jubilación. Especial referencia a la denominada jubilación flexible", en AA. VV. (Cabeza Pereiro, J., Ballester Pastor, M. A. y Fernández Prieto, M., Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 270.

jubilación, expresión que permite comprender su auténtica naturaleza jurídica. Más que una modalidad independiente de jubilación, estamos ante un régimen excepcional de compatibilidad que ajusta temporalmente la cuantía de la prestación, manteniendo inalterada la condición de pensionista.

Desde un punto de vista técnico, la jubilación flexible guarda una estrecha afinidad con la jubilación parcial, en cuanto ambas modalidades permiten compatibilizar un salario derivado de un contrato a tiempo parcial con la percepción de una pensión de jubilación, cuya cuantía se reduce en proporción a la jornada efectivamente trabajada. Sin embargo, existe una diferencia notable entre ambas figuras. Mientras que la jubilación parcial se articula en torno a dos variantes —acceso antes o después de la edad ordinaria— y requiere necesariamente la condición de trabajador en activo, la jubilación flexible no impone requisitos específicos de edad ni de cotización, sino que está diseñada para personas que ya han accedido a la condición de pensionistas¹⁰.

Esta característica constituye una diferencia fundamental entre ambas figuras. En la jubilación parcial, el trabajador permanece en activo y opta por un tránsito gradual hacia el retiro mediante la reducción de su jornada. La disminución del salario que se deriva de esa reducción queda compensada parcialmente por la percepción simultánea de una parte de la pensión de jubilación. Por el contrario, en la jubilación flexible, es el propio pensionista quien, tras haber accedido previamente a una pensión de jubilación —ya sea en su modalidad anticipada, ordinaria o diferida—, decide reincorporarse en el mercado de trabajo mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial, aceptando una reducción temporal en el importe de su prestación.

Aunque la jubilación parcial y la jubilación flexible comparten un trasfondo común —favorecer la participación de los trabajadores de edad avanzada en el mercado laboral—, sus finalidades específicas no coinciden plenamente. La jubilación parcial, tanto en su modalidad anticipada, concebida como instrumento de fomento del empleo, como en su versión postergada, destinada a retrasar la edad efectiva de retiro, persigue de manera expresa la continuidad de la vida laboral de los trabajadores veteranos. En cambio, la jubilación flexible responde de manera más directa a una lógica de sostenibilidad financiera del sistema, en la medida en que reduce el gasto derivado del pago íntegro de las pensiones y, simultáneamente, permite la incorporación de nuevas cotizaciones generadas por la actividad a tiempo parcial desarrollada por los pensionistas¹¹.

2.2. La evolución del marco jurídico de la jubilación flexible

En cuanto a su ámbito subjetivo, la DA 1ª del Real Decreto 1132/2002 establece que la jubilación flexible resulta aplicable a los pensionistas de jubilación de cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, con la salvedad de los regímenes especiales de funcionarios civiles del Estado, Fuerzas

10 Tortuero Plaza, J. L., *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización social)*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 113.

11 Valle Muñoz, F. A., "Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada", en AA. VV. (Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. Mª, Coords.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pág. 393.

Armadas y personal al servicio de la Administración de Justicia. Ahora bien, debe destacarse que, al igual que ocurre con la jubilación parcial, no se ha previsto hasta la fecha un desarrollo normativo específico en relación con los trabajadores autónomos. Esto se traduce en que la jubilación flexible no admite su compatibilidad con actividades por cuenta propia que determinen la inclusión en el RETA¹², porque este no está sometido a límites de jornada ni permite el “alta parcial”. Con todo, como ha señalado la doctrina¹³, nada impide que un pensionista encuadrado en el RETA, una vez reconocida su pensión, pueda compatibilizarla con un empleo a tiempo parcial, siempre que este último se realice bajo el ámbito de una relación laboral por cuenta ajena.

Dado que el marco normativo vigente no contempla una compatibilidad plena entre la percepción de la pensión de jubilación y el desempeño de una actividad laboral sin restricciones temporales, el artículo 5 del Real Decreto 1132/2002 concreta que la prestación de servicios por parte del pensionista ha de sujetarse a los límites de jornada fijados en el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, el régimen jurídico de la compatibilidad pensión-trabajo en la jubilación flexible siempre se ha ligado a un contrato a tiempo parcial con los mismos límites de jornada que la normativa prevé para la jubilación parcial. La regla básica es que la pensión se reduce en la misma proporción que lo hace la jornada respecto de la de un trabajador a tiempo completo. De este modo, cuanto mayor es la dedicación laboral, mayor es también la reducción de la pensión. Ahora bien, estos límites no han permanecido estáticos, sino que han sido objeto de sucesivas reformas legislativas que han alterado su configuración. En la regulación inicial, el Real Decreto 1132/2002 la fijó entre un 25% y un 50%, de modo que la jornada efectuada por el pensionista se configure entre el 50-75% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. Ahora bien, la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2024, de 23 de diciembre, volvió a modificar estos parámetros de tal manera que, a partir del 1 de abril de 2025, el límite de reducción de jornada queda establecido entre un mínimo del 25% y un máximo del 75%. En consecuencia, el pensionista podrá compatibilizar la pensión con una actividad profesional cuya dedicación efectiva oscile entre el 25% y el 75% de la jornada ordinaria.

Dentro de ese margen, el contrato puede prever tanto incrementos como reducciones posteriores de la jornada, y admite cualquiera de las modalidades contractuales indefinida o de duración determinada. Asimismo, se permite la compatibilidad de la pensión con varios contratos a tiempo parcial concertados con distintas empresas. Tampoco existe impedimento para que el pensionista realice horas complementarias en los términos del artículo 12.5 del Estatuto de los Trabajadores siempre que se respeten en todo momento los límites previamente marcados¹⁴.

En cualquier caso, el pensionista que pretenda reincorporarse al mercado de trabajo tiene la obligación expresa, por el artículo 6 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de comunicar dicha cir-

¹² STS 650/2020, de 15 de julio (Rec. 2094/2018).

¹³ Moreno Romero, F., *La calificación del trabajador subordinado o autónomo como delimitador del régimen protector*, Comares, Granada, 2022, pág. 124.

¹⁴ Sánchez-Urán Azaña, Y. y Gil Plana, J., *Pensión de jubilación. Últimas reformas legales*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 171-172.

cunstancia a la entidad gestora. Este requisito resulta esencial, ya que la cuantía de la pensión debe reducirse en proporción inversa a la jornada efectivamente realizada de la de un trabajador a tiempo completo comparable, y dicha minoración produce efectos desde el mismo día en que se inicia la actividad profesional. La omisión de esta formalidad, o la realización de una jornada que exceda los límites legalmente previstos, determina la inaplicación del régimen de compatibilidad parcial. En tal supuesto, se impone la regla general de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el desempeño de una actividad profesional, lo que conlleva la sanción de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas correspondientes al periodo en que se haya compatibilizado irregularmente la pensión con el trabajo, sin perjuicio de la imposición de las sanciones previstas en la LISOS.

Al respecto, conviene traer a colación una sentencia del Tribunal Supremo¹⁵ que ha matizado el alcance del régimen de incompatibilidad de la jubilación flexible. En particular, resuelve un supuesto en el que un pensionista de jubilación ordinaria, tras el reconocimiento de su pensión, suscribió varios contratos a tiempo parcial con una jornada reducida el 7,5% de la ordinaria. El afectado no solicitó formalmente la aplicación de la jubilación flexible ni comunicó al INSS dicha circunstancia, aunque sus contratos fueron debidamente registrados en el Régimen General y cotizados conforme a la jornada efectivamente realizada. El INSS consideró que la situación era incompatible con la percepción de la pensión, al no respetarse los límites mínimos de jornada previstos en el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores, y reclamó el reintegro total de las prestaciones percibidas durante más de 3 años, por un importe superior a 125.000 euros. Tras un recorrido procesal que culminó en casación, el Tribunal Supremo descartó la tesis de la incompatibilidad absoluta y confirmó el criterio del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que había limitado la devolución al 7,5% de la pensión, en proporción exacta al tiempo de trabajo desarrollado.

Los fundamentos jurídicos de los magistrados se apoyan en una interpretación sistemática y finalista del artículo 213 LGSS. En primer lugar, se afirma que la normativa reglamentaria —y, con mayor razón, la Orden Ministerial de 1967¹⁶— no puede restringir lo que la ley permite en materia de compatibilidad entre pensión y trabajo. En segundo lugar, se aplica un criterio de proporcionalidad, entendiendo que, si la ley autoriza la compatibilidad para reducciones de jornada entre el 25% y el 50%, no resulta coherente negar dicho régimen cuando la jornada es aún menor, pues “si se permite lo más, debe permitirse lo menos”. Es decir, si el marco jurídico actual fomenta compatibilizar pensión y trabajo con una jornada reducida de hasta el 50%, no tiene sentido considerar ilegal una jornada aún más reducida. Por ello, se descarta la interpretación del INSS porque supondría que una norma reglamentaria restringiera el alcance de la compatibilidad reconocida en la ley, imponiendo la incompatibilidad absoluta. Esto contravendría la jerarquía normativa y desvirtuaría la finalidad del artículo 213 LGSS, que busca ampliar las fórmulas de compatibilidad. Además, el Tribunal

15 STS 563/2023, de 19 de septiembre (Rec. 4115/2020). Para un análisis y comentario de dicha sentencia: Ortiz González-Conde, F. M., “Jubilación flexible y trabajo a tiempo parcial de escasa entidad a tenor de la STS 563/2023, de 19 de septiembre (Rec. 4115/2020)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 38, 2024, págs. 171-179.

16 Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social cuyo artículo 16 establece que “el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista...”.

Supremo subraya que no se trataba de un trabajo oculto ni fraudulento, dado que el pensionista estaba dado de alta y cotizaba correctamente, sino de un incumplimiento meramente formal en la comunicación a la entidad gestora.

Los magistrados, por tanto, optan por una solución equilibrada. Reconocen la compatibilidad y limitan el reintegro al importe indebidamente percibido en proporción a la jornada efectivamente realizada en un 7,5%. Esta doctrina descarta una interpretación punitiva del régimen de incompatibilidades y enfatiza la necesidad de ajustar las consecuencias al principio de proporcionalidad, evitando sanciones desmedidas de baja intensidad laboral.

Durante la percepción de la pensión en la modalidad de jubilación flexible, la persona beneficiaria conserva la condición de pensionista a efectos de reconocimiento y disfrute de las prestaciones sanitarias. Ahora bien, la reincorporación al mercado de trabajo puede aportar un beneficio adicional de carácter económico. En efecto, las cotizaciones efectuadas durante el periodo de compatibilidad computan a efectos del reajuste posterior de la pensión una vez recuperada en su integridad. Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 1132/2002, una vez comunicado el cese de la actividad a la entidad gestora, se restablece el percibo íntegro de la pensión y se procede, en su caso, al recálculo de la base reguladora teniendo en cuenta las nuevas cotizaciones y las reglas vigentes en el momento del cese. No obstante, el propio precepto establece una garantía a favor del pensionista, puesto que, si el nuevo cálculo arroja una cuantía inferior a la base reguladora previamente reconocida, se mantendrá en todo caso esta última, con la correspondiente revalorización. Una casuística bastante probable cuando las nuevas cotizaciones se corresponden con un contrato a tiempo parcial con poca enjundia¹⁷.

Este diseño normativo contrasta con lo previsto para la jubilación parcial anticipada, donde la obligación de cotizar por el 100 % de la jornada elimina cualquier riesgo de reducción de la base reguladora¹⁸. En cambio, en la jubilación flexible las cotizaciones posteriores adquieren un valor estratégico, ya que no solo pueden incrementar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora, sino también corregir las penalizaciones derivadas de una jubilación anticipada voluntaria o involuntaria. En tales supuestos, los nuevos periodos de cotización permiten atenuar o incluso suprimir el coeficiente reductor aplicado inicialmente, lo que explica que el atractivo principal de esta modalidad no resida tanto en la posibilidad de retomar un vínculo parcial con el empleo, sino en el efecto ventajoso que dichas cotizaciones ejercen sobre la cuantía definitiva de la pensión¹⁹.

Reviste especial interés el caso de quienes han accedido inicialmente a la jubilación anticipada involuntaria, modalidad estrechamente vinculada a situaciones de pérdida de empleo a edades

17 Barceló Fernández, J., *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, Barcelona, 2015, pág. 311.

18 Ordoñez Casado, M^a. I., "Jubilación parcial y flexible", en AA. VV. (Gómez Salado, M. Á., López Insua, B., Fernández Ramírez, M. y González Coboleda, E., Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo"*, Laborum, Murcia, 2024, pág. 209.

19 García Ninet, J. I., "Jubilación parcial y jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto de empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial", *Tribuna Social*, núm. 147, 2003, pág. 14.

avanzadas. Como es sabido, esta figura se dirige a trabajadores que, habiendo sido objeto de un despido, por ejemplo, pueden acceder a la pensión con un anticipo máximo de cuatro años respecto de la edad ordinaria, siempre que acrediten su inscripción como demandantes de empleo durante al menos seis meses. El inconveniente estructural de esta vía de jubilación anticipada radica en la aplicación de coeficientes reductores que minoran de manera significativa la cuantía de la pensión. Dichos coeficientes se calculan en función del período total de cotización acreditado (mínimo 33 años) y pueden suponer una reducción de hasta el 30% en los supuestos más severos, esto es, cuando el acceso se produce con el máximo anticipo de 48 meses respecto de la edad ordinaria. Se trata de una penalización gravosa en un colectivo caracterizado por su mayor dificultad de reinserción en el mercado de trabajo y por la merma de su nivel de ingresos en un momento vital crítico. Para estos casos, la jubilación flexible adquiere una posible solución estratégica.

Conviene tener presente que el artículo 152 LGSS establece un incentivo relevante tanto para las empresas como para las personas trabajadoras a partir de la edad ordinaria de jubilación. En tales casos, se reconoce la exoneración del ingreso de las cuotas empresariales y de los trabajadores por cuenta ajena por contingencias comunes —con la excepción de las correspondientes a incapacidad temporal—, así como de las cuotas vinculadas al desempleo, al FOGASA y a la formación profesional. Los periodos en los que resulte de aplicación dicha exoneración se computarán como cotizados, tanto a efectos del acceso como para la determinación de la cuantía de las prestaciones. De este modo, las empresas y pensionistas que compatibilicen trabajo y pensión a través de la jubilación flexible tras la edad ordinaria pueden beneficiarse no solo de la reducción de las cotizaciones sociales, sino también del reconocimiento de estos periodos como cotizados a todos los efectos.

Ahora bien, el legislador ha introducido una limitación en relación con la jubilación parcial y flexible. En efecto, el último párrafo del artículo 210.2 LGSS dispone que, durante la percepción de la pensión bajo cualquiera de estas modalidades, no resulta de aplicación el complemento económico por demora que podría corresponder a quienes acceden a la jubilación con una edad superior a la ordinaria. La razón de ser de esta exclusión se explica desde un punto de vista técnico como de política legislativa. En efecto, la finalidad de este complemento es incentivar el retraso voluntario en el acceso inicial a la pensión de jubilación, premiando a quienes prolongan su vida laboral más allá de la edad ordinaria. Sin embargo, ni en la jubilación parcial ni en la jubilación flexible concurre dicho presupuesto. En la primera, el trabajador ya accede a la pensión —aunque sea de forma parcial— y la compatibiliza con una reducción de jornada; en la segunda, el pensionista ya ha causado derecho a la pensión y decide reincorporarse posteriormente al mercado de trabajo. En ambos casos, no existe un verdadero aplazamiento del acceso a la jubilación, sino una compatibilidad de la pensión con el empleo, lo que impide justificar el devengo de un complemento diseñado para situaciones distintas.

Además, desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera del sistema, la exclusión evita una doble ventaja económica. Por un lado, la percepción de una parte de la pensión junto al salario derivado del trabajo a tiempo parcial; y, por otro, la acumulación de un incentivo adicional por demora, que incrementaría el coste del sistema sin responder a la lógica del complemento.

En lo que respecta al complemento para la reducción de la brecha de género, la Seguridad Social²⁰ ha precisado que, en los supuestos en que la pensión de jubilación —o parte de la misma— quede suspendida o reducida en aplicación a las reglas de compatibilidad con el trabajo, se procederá igualmente a la suspensión o minoración del citado complemento en proporción a la pensión efectivamente percibida.

Por otro lado, la jubilación flexible resulta compatible con las prestaciones de incapacidad temporal o de nacimiento y cuidado del menor, siempre que deriven de la actividad a tiempo parcial desempeñada. Sin embargo, en el artículo 7.1 del Real Decreto 1132/2002, el legislador ha establecido una incompatibilidad expresa respecto a las pensiones de incapacidad permanente que pudieran reconocerse por actividades realizadas por posterioridad al acceso a la jubilación parcial o flexible, cualquiera que sea el régimen de encuadramiento. Esta restricción opera, en particular, sobre las situaciones en que la incapacidad derive de un empleo a tiempo parcial compatible con la pensión de jubilación flexible. La cuestión se puede plantear en sentido inverso, esto es, si la condición de beneficiario de una pensión de incapacidad permanente limita la posibilidad de acceder a la jubilación flexible. Partiendo del principio de que la compatibilidad de prestaciones debe evaluarse en función de si la actividad laboral concurrente respeta las limitaciones que justificaron la incapacidad, cabría sostener la admisibilidad de dicha coexistencia, sin necesidad de alterar las cuantías de las prestaciones. Se trata, en todo caso, de una interpretación *pro operario* que ha encontrado acogida en algunos pronunciamientos judiciales respecto de la jubilación parcial, aunque no existe aún una consolidación jurisprudencial definitiva en materia de jubilación flexible²¹.

Por último, a tenor del artículo 8.3 del Real Decreto 1132/2002, en caso de fallecimiento de la persona trabajadora durante la situación de compatibilidad con una jubilación flexible, la normativa permite a los beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia optar entre dos bases de cálculo: bien desde la situación de activo del causante, bien desde su condición de pensionista. En este último supuesto, se tomará como base reguladora la que sirvió para determinar la pensión de jubilación, incorporando las revalorizaciones practicadas desde el momento en que dicha base fue determinada.

2.3. Valoración de su efectividad práctica

Como hemos podido comprobar, a diferencia de otras modalidades de jubilación, el acceso a la jubilación flexible no se supedita al cumplimiento de requisitos particularmente rígidos. De igual forma, el pensionista puede pasar de la jubilación total a la flexible tantas veces como desee y sin límite

20 Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, Criterio de gestión 15/2021, de 15 de mayo, Complemento para la reducción de la brecha de género. Suspensión del importe íntegro de la pensión de jubilación en aplicación de las normas sobre compatibilidad y trabajo.

21 Selma Penalva, A., "Incapacidad permanente y su compatibilidad con otras prestaciones y con el trabajo. ¿Resiste el modelo vigente una lectura con perspectiva de género?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales*, vol. 10, núm. 4, 2022, pág. 105.

DE LA JUBILACIÓN FLEXIBLE A LA JUBILACIÓN REVERSIBLE

alguno en cuanto a su duración. En este sentido, en teoría, esta flexibilidad debería facilitar la reincorporación laboral de los pensionistas, permitiéndoles compatibilizar su pensión con un empleo a tiempo parcial.

Sin embargo, los datos muestran una realidad diferente. En la actualidad, solo unos 3.000 pensionistas se acogen a esta modalidad, una cifra que puede calificarse de anecdótica e indicadora de su escaso valor como incentivo para la prolongación de la vida laboral. A ello se suma que la cuantía media de las pensiones reconocidas sugiere que la jubilación flexible se emplea principalmente como un mecanismo para mejorar la carrera de cotización y, con ello, incrementar la pensión definitiva, más que como una vía efectiva de reincorporación laboral. Esta limitada implantación se refleja también en la escasa conflictividad planteada ante nuestros tribunales, lo que demuestra que, si bien su régimen jurídico no ha generado problemas de aplicación relevantes, su impacto en el conjunto del sistema ha resultado irrelevante.

Evolución del número de beneficiarios de una jubilación flexible en enero de cada ejercicio (2018-2025)

Año	N.º de beneficiarios	Cuantía media de la pensión
2018	3.650	840,3
2019	3.593	831,1
2020	3.498	802
2021	2.768	825,6
2022	2.785	830,5
2023	2.823	899,3
2024	2.991	916,1
2025	3.174	949,6

La escasa incidencia de esta modalidad resulta reveladora. Desde un punto de vista empírico, la jubilación flexible se mantiene en niveles prácticamente testimoniales, comparables a la jubilación parcial postergada. Desde una perspectiva jurídico-sistemática, este fracaso relativo podría encontrar su explicación en varios factores: la ausencia de reformas desde 2002, la persistencia de un marco jurídico rígido y desactualizado, la exclusión de los trabajadores autónomos y la falta de coordinación con figuras próximas como la jubilación parcial, la activa o la demorada.

A ello se añade otro elemento importante: el perfil del colectivo al que se dirige esta figura, formado por personas que ya han accedido a la condición de pensionistas. Esta característica condiciona de manera determinante sus posibilidades reales de éxito. El mercado laboral muestra una fuerte resistencia a contratar a trabajadores de más edad especialmente en la última etapa de su ciclo profesional, a partir de los 55 años. Es más, se trata de un colectivo particularmente expuesto a ser objeto de despidos en procesos de reestructuración empresarial, expedientes de regulación de empleo o ajustes de plantilla, lo que agrava su situación de precariedad y dificulta aún más su permanencia o reincorporación en el mercado de trabajo. Se trata de una realidad conocida, ligada

tanto a prejuicios empresariales sobre la productividad y la capacidad de adaptación de los trabajadores veteranos como a una estructura de costes laborales que ya dificulta su contratación en la última etapa de la vida profesional, lo que hace aún menos previsible que se generen oportunidades reales para quienes han alcanzado la jubilación.

La viabilidad de acceder a esta modalidad está intrínsecamente ligada a la capacidad del pensionista de conseguir un contrato de trabajo a tiempo parcial con una empresa, dentro de unos límites de jornada reducidos. Las principales barreras para quienes buscan reincorporarse al mercado de trabajo mientras perciben una pensión bajo esta modalidad radican en encontrar un empleo, lo cual depende, en última instancia, de la disposición de las empresas a contratarlos bajo estas condiciones específicas. Así, la posibilidad de un retorno flexible a la vida activa no es solo una cuestión del trabajador, sino también de las empresas.

En la práctica, resulta más accesible para quienes desempeñan profesiones específicas o puestos de trabajo con un alto estatus profesional, en los que la persona trabajadora cuenta con una capacidad casi autónoma de decisión, o bien para actividades que requieren un perfil altamente cualificado y una experiencia acumulada difícilmente sustituible. Para el resto de los colectivos, la reinserción en el mercado de trabajo tras la jubilación se muestra mucho más improbable.

En este contexto, por todas estas razones, no cabe esperar que la jubilación flexible alcance en nuestro modelo el mismo peso ni el mismo éxito que otras modalidades, como la demorada o la activa, orientadas a trabajadores aun plenamente integrados en la vida profesional. Con todo, ello no significa que la figura carezca de recorrido, pues existe cierto margen de mejora si se adapta a las particularidades de este colectivo específico y se ofrece un marco jurídico lo suficientemente atractivo para los pensionistas y las empresas.

3. LA JUBILACIÓN REVERSIBLE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE REAL DECRETO PARA SU APLICACIÓN Y DESARROLLO

La jubilación flexible ha sido, desde su creación en 2002, la modalidad menos desarrollada y de menor utilización práctica entre los mecanismos de compatibilidad entre pensión y trabajo. Mientras que la jubilación parcial, la jubilación activa y la jubilación demorada han experimentado un proceso de evolución normativa constante y, en términos generales, han logrado consolidarse como instrumentos efectivos para prolongar la vida laboral de las personas trabajadoras de edad avanzada, la jubilación flexible ha permanecido inalterada en su configuración inicial durante más de dos décadas.

Este fracaso relativo explica que el legislador haya decidido acometer ahora su reforma, en el marco de la estrategia de flexibilización de la edad de jubilación impulsada por el Pacto de Toledo y

el último Acuerdo Social de julio de 2024²². En efecto, el Real Decreto-ley 11/2024, de 23 de diciembre, al hilo de la Recomendación 12 del Pacto de Toledo, no solo reformó la jubilación activa, la parcial y la demorada, sino que incluía un mandato expreso al Gobierno recogido en la DA 2ª, para que, en el plazo de seis meses, revisara el régimen de la jubilación flexible con el fin de incentivar su utilización. En la Exposición de Motivos del proyecto, el legislador lo reconoce con claridad: mientras que otras figuras de compatibilidad han respondido a las expectativas, “la jubilación flexible, a pesar de compartir la misma filosofía, no está consiguiendo los resultados perseguidos, puesto que el número de solicitudes apenas ha variado en los últimos años”.

La finalidad de la reforma proyectada es, por tanto, potenciar la configuración de esta institución como instrumento para facilitar el retorno al mercado de trabajo de personas ya jubiladas, sin obligarlas a renunciar a su condición de pensionistas. Frente al modelo clásico, basado en la incompatibilidad estricta, la jubilación reversible busca visibilizar y reforzar la posibilidad de reincorporarse al empleo tras la jubilación, en coherencia con el principio de envejecimiento activo que inspira toda la normativa reciente.

En cumplimiento de dicho mandato, la propuesta de reforma plantea la derogación del RD 1132/2002, de 31 de octubre, y su sustitución por una nueva norma que introduciría importantes novedades, tanto formales como materiales, entre las que destaca el cambio de denominación de la figura, que pasa a denominarse jubilación reversible.

3.1. El cambio terminológico: de la jubilación flexible a la jubilación reversible

El cambio terminológico introducido por el proyecto de reforma, lejos de constituir una simple operación retórica, responde a una voluntad explícita de precisión conceptual. La figura que hasta ahora se conocía como jubilación flexible pasaría a denominarse jubilación reversible, denominación que permite identificar de manera diferenciada una modalidad concreta dentro del marco más amplio de la jubilación flexible. Este último debe entenderse como el conjunto de mecanismos que aportan flexibilidad al régimen jurídico de la jubilación ordinaria, con el fin de incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad, entre otras vías, mediante la compatibilidad parcial entre la pensión y el desempeño de una actividad profesional.

En este mismo sentido debe recordarse la sustitución de la expresión “pensión de jubilación y envejecimiento activo” por la de “pensión de jubilación activa” en el artículo 214 LGSS. Esta modificación terminológica no solo aporta mayor claridad técnica, sino que refuerza la coherencia del sistema desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial. El principio de envejecimiento activo, en su proyección sobre el ámbito de la Seguridad Social, se concreta precisamente en el desarrollo

22 Para un análisis del Acuerdo Social, vid.: Vila Tierno, F., “Algunas impresiones sobre el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en materia de pensiones y la sostenibilidad del Sistema”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 9, 2024, págs. 8-11.

de un modelo de jubilación flexible que habilite, para quienes así lo deseen y se encuentren en condiciones de hacerlo, la posibilidad de seguir contribuyendo al mercado de trabajo con su conocimiento y experiencia.

La elección del término “reversible” tampoco es casual. Según la Real Academia Española, reversible significa “que puede volver a un estado o condición anterior”. Con ello se hace visible el rasgo más característico de esta modalidad: la posibilidad de que un pensionista, tras haber accedido a la jubilación plena, pueda reincorporarse al mercado de trabajo y recuperar así, aunque de forma parcial y acotada, su anterior condición de trabajador en activo, sin necesidad de renunciar a la pensión ya causada.

Tal y como recuerda la exposición de motivos del proyecto de reforma, el cambio de denominación busca precisamente resaltar esta singularidad y diferenciar la institución respecto de otras fórmulas de compatibilidad, en un marco en el que todas ellas comparten la filosofía común de favorecer la prolongación de la vida laboral de los trabajadores veteranos.

Conviene recordar que la LGSS nunca ha regulado de forma autónoma la jubilación reversible, que se configura como una excepción al principio general de incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo recogido en el artículo 213.1. Tras la modificación introducida por el RDL 11/2024, este precepto se limita a habilitar la compatibilidad de la pensión con un trabajo a tiempo parcial “en los términos que legal o reglamentariamente se determinen”, sin imponer de antemano condiciones materiales concretas. De ahí que la supresión del inciso que exigía una reducción proporcional de la pensión en función de la jornada tenga una clara finalidad técnica de dotar al reglamento de un mayor margen de configuración para diseñar el régimen jurídico de la jubilación reversible, sin quedar encorsetado por una regla de proporcionalidad rígida ya fijada en la propia LGSS.

3.2. Ámbito de aplicación

El artículo 1 del proyecto no altera el ámbito subjetivo de aplicación de la jubilación reversible, que permanece esencialmente invariable respecto al modelo anterior. Podrá acogerse a esta modalidad cualquier persona que ya sea titular de una pensión de jubilación, con independencia del régimen en que se hubiera causado, salvo en el caso de los regímenes especiales de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y del personal al servicio de la Administración de Justicia, expresamente excluidos. Tampoco se establece exigencia alguna en relación con la edad, lo que significa que esta figura seguiría siendo accesible para quienes hubieran accedido a la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades: anticipada, ordinaria o postergada. Esta amplitud de cobertura refuerza la lógica de la institución, que no está pensada para condicionar el acceso inicial a la jubilación, sino para ofrecer a los pensionistas la posibilidad de reengancharse al mercado de trabajo bajo determinadas condiciones de compatibilidad.

3.3. Límites de la jornada

El artículo 2 del proyecto se ocupa de delimitar el concepto de jubilación reversible. Se configura como la situación en la que una persona, una vez reconocida su pensión de jubilación, compatibiliza su percepción con el desempeño de una actividad profesional por cuenta ajena a tiempo parcial, siempre que la jornada se sitúe entre el 40 % y el 80 % de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores. En términos prácticos, este marco se traduce en la celebración de un contrato a tiempo parcial con una dedicación semanal que oscilaría entre las 16 y las 32 horas.

La principal novedad respecto del régimen anterior radica en la ampliación de los márgenes permitidos. Recordemos que la regulación previa exigía una reducción de jornada y salario de entre el 25 % y el 50 %, de modo que el pensionista debía situarse en un rango de trabajo efectivo entre el 50 % y el 75 % de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. El nuevo esquema flexibiliza el techo máximo (hasta el 80 %) y, al mismo tiempo, reduce el umbral mínimo (del 50 % al 40 %).

Este último aspecto suscita, sin embargo, algunas dudas. No resulta evidente la razón por la que se excluye a quienes podrían reincorporarse al mercado de trabajo con jornadas más reducidas, por debajo del 40 %. Buena parte de los pensionistas podrían estar interesados en empleos de menor intensidad, incluso en tareas de corta duración o de escasa entidad económica, precisamente porque su objetivo no es tanto asegurar ingresos suficientes para cubrir sus necesidades vitales ya garantizadas por la pensión como mantener un cierto vínculo con el mercado de trabajo, reforzar su capital social o desplegar sus competencias en proyectos específicos. Desde esa perspectiva, el establecimiento de un mínimo tan elevado parece poco coherente con la finalidad de la institución, que pretende ofrecer a los trabajadores de mayor edad mecanismos de reincorporación gradual y voluntaria a la vida activa. Resulta ilustrativo, en este sentido, el caso resuelto por la STS 563/2023, de 19 de septiembre (Rec. 4115/2020), a la que aludimos antes, en el que el pensionista compatibilizó su pensión con sucesivos contratos en diferentes centros de reconocimientos médicos de apenas un 7,5 % de jornada.

3.4. La compatibilidad con actividades encuadradas en el RETA

En segundo lugar, como novedad importante, se admite compatibilizar la pensión de jubilación con el desempeño de una actividad que requiera su encuadramiento en el RETA, siempre que el pensionista no hubiera figurado en situación de alta en dicho régimen durante los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. Hasta la fecha, el régimen jurídico de la jubilación flexible únicamente permitía al pensionista del RETA compatibilizar su pensión con una actividad por cuenta ajena, de modo que se trataba de una exclusión estructural del trabajo autónomo.

La exigencia de un período mínimo de cinco años sin alta previa en el RETA parece responder a la necesidad de introducir una cautela frente a posibles usos desviados de la institución. De una parte, pretende evitar que el trabajador acceda a la pensión y retome de manera inmediata la misma actividad autónoma, lo que desnaturalizaría la finalidad de la jubilación reversible como instrumento de

retorno progresivo y voluntario al mercado laboral. De otra, busca impedir que la pensión funcione como un complemento estable de los ingresos derivados del trabajo autónomo, algo que no se corresponde con la lógica del sistema de Seguridad Social.

No obstante, cabe cuestionar si este requisito temporal no resulta excesivamente restrictivo. Más allá de la finalidad legítima de prevenir abusos, la opción legislativa parece responder a una decisión de política normativa más amplia: redirigir a los trabajadores autónomos hacia otras fórmulas de compatibilidad como la jubilación activa o la demorada y reservar la jubilación reversible, de forma prioritaria, a quienes tras una carrera por cuenta ajena desean emprender por cuenta propia. En este sentido, la apertura al RETA no constituye tanto una equiparación plena de regímenes como una habilitación condicionada, que mantiene a la jubilación reversible en una posición secundaria respecto de las modalidades más consolidadas dentro del colectivo de autónomos.

3.5. Determinación de la cuantía de la pensión compatible y régimen de incentivos

La determinación del importe de la pensión en situación de jubilación reversible depende, en primer lugar, de la naturaleza del empleo compatible. Cuando la reincorporación se produce mediante un trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena, se mantiene la regla de proporcionalidad clásica. De esta manera, la pensión se reduce en la misma medida que lo hace la jornada respecto a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Esta solución conserva la coherencia con el esquema tradicional de la jubilación flexible, aunque introduce como novedad un sistema de incentivos. En particular, si la actividad se inicia transcurridos al menos seis meses desde el reconocimiento de la pensión, el importe compatible se incrementará con un porcentaje adicional, que varía en función de la intensidad de la jornada. Así, si esta se sitúa entre el 60 y el 80 % de la jornada ordinaria, el incremento será del 20 %, mientras que, si se encuentra entre el 40 y el 60 %, dicho aumento alcanzará el 10 %. Conviene precisar, sin embargo, que estos incentivos se reconocen únicamente respecto de la primera actividad realizada en régimen de compatibilidad. Se trata, en todo caso, de la materialización normativa del Acuerdo Social alcanzado en el verano de 2024, en el que las partes pactaron la necesidad de incentivar el acceso a la jubilación flexible “mejorando el porcentaje de pensión a percibir”, ofreciendo con ello a los pensionistas la posibilidad de conservar una mayor cuantía de prestación durante el tiempo de compatibilidad.

El establecimiento de un período mínimo de seis meses antes de poder acceder a dichos incentivos no parece arbitrario, sino que responde a una voluntad explícita del legislador de evitar un uso meramente instrumental de la institución. Según recoge la memoria de impacto del proyecto de reforma, un 55 % de quienes acceden a la jubilación flexible lo hacen en un plazo inferior a seis meses desde el reconocimiento de la pensión, y en la mayoría de los casos, apenas transcurrido un mes. Ello pone de manifiesto que, en no pocos supuestos, la figura se utiliza no como vía de retorno real al empleo, sino como una fórmula para compatibilizar desde el inicio una pensión parcial con ingresos salariales, configurando un cese prácticamente ficticio. La nueva regulación, por tanto, persigue corregir estos comportamientos, reservando el incentivo económico a quienes demuestren una real voluntad de reincorporación al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad.

Por el contrario, cuando la jubilación reversible se compatibilice con una actividad por cuenta propia, el legislador ha optado por un diseño distinto, fijando la pensión en un porcentaje único del 20%. Esta solución rompe con la lógica de proporcionalidad que rige en el trabajo por cuenta ajena, pero se justifica en la ausencia de un marco normativo que permita medir la intensidad de la actividad autónoma en términos equiparables a la jornada laboral. La falta de parámetros objetivos para graduar la dedicación o los ingresos derivados de la actividad explica que el legislador recurra a una regla fija, que actúa como estándar uniforme y fácilmente aplicable.

En cualquiera de los dos supuestos, el importe de la pensión compatible incluirá el complemento para la reducción de la brecha de género, aunque se excluye expresamente el complemento a mínimos.

3.6. El régimen de cotización y su impacto sobre la pensión definitiva

Otra modificación relevante del nuevo modelo afectaría al tratamiento de las cotizaciones durante la jubilación reversible. Hasta ahora, el principal atractivo de esta modalidad no residía tanto en la reducción de jornada como en la posibilidad de recalcular la pensión. El régimen anterior permitía revisar la base reguladora y el porcentaje aplicable en función de las nuevas cotizaciones, lo que podía beneficiar particularmente a quienes habían accedido de forma anticipada a la jubilación, ya que podían reducir o incluso eliminar los coeficientes reductores. Según recoge la memoria del proyecto, un 17,85% de los beneficiarios actuales accedieron a su primera pensión antes de los 64 años, lo que confirma el peso específico de este perfil.

El nuevo modelo, sin embargo, suprimiría expresamente esa posibilidad. El artículo 6.4 del proyecto establece que “la cotización efectuada durante la situación de jubilación reversible no surtirá efectos para la mejora de la pensión que se tenga reconocida, ni tampoco incrementará el complemento económico de demora que hubiera correspondido”. De este modo, se impide utilizar las nuevas cotizaciones como vía de corrección de las reducciones aplicadas en jubilaciones anticipadas.

El legislador defiende en la exposición de motivos que esta pérdida se ve compensada mediante los nuevos incentivos del 10% o del 20% sobre la pensión compatible. No obstante, esta compensación resulta discutible si se atiende al perfil de los principales destinatarios: pensionistas procedentes de jubilaciones anticipadas involuntarias afectados por elevados coeficientes reductores. Para ellos, la posibilidad de corregir al menos parcialmente dichas reducciones constituía un estímulo mucho más eficaz que los incrementos fijos ahora previstos. Desde esta perspectiva, quizá hubiera resultado más coherente articular un modelo combinado de incentivos que garantizara un nivel mínimo de pensión y, al mismo tiempo, permitiera una revisión ponderada de los coeficientes reductores, reforzando así la funcionalidad de la figura sin poner en riesgo la sostenibilidad del sistema.

La supresión del recálculo plantea, además, un interrogante esencial acerca de la identidad propia de la jubilación reversible. Como decimos, su principal atractivo residía en la posibilidad de mejorar la base reguladora y atenuar o incluso neutralizar los coeficientes reductores aplicados en jubilaciones anticipadas. Ese rasgo la diferenciaba claramente de otras figuras próximas, como la jubilación

activa o la demorada, en las que no cabe revisar la cuantía de la pensión una vez causada. Con esta reforma, sin embargo, esta especificidad desaparecería, pues la jubilación reversible se limita a ofrecer incentivos porcentuales del 10 % o del 20 %, semejantes en lógica a los que ya articulan las otras modalidades. La consecuencia es una cierta pérdida de funcionalidad autónoma de la institución.

3.7. El régimen de (in)compatibilidades

El régimen de (in)compatibilidad, previsto en el artículo 5 del proyecto, se mantiene en lo esencial respecto de la regulación anterior. La jubilación reversible se declara compatible con las prestaciones de incapacidad temporal y con las de nacimiento y cuidado de menor, siempre que deriven de la actividad desempeñada durante la situación de compatibilidad. En cambio, se establece de manera expresa su incompatibilidad con las pensiones de incapacidad permanente que pudieran reconocerse como consecuencia de la actividad laboral posterior al reconocimiento de la pensión de jubilación, con independencia del régimen en el que se cause. Esta exclusión resulta discutible, en la medida en que cabría sostener que debería reconocerse un derecho de opción a favor del beneficiario, permitiéndole elegir entre mantener la jubilación reversible o acceder a la pensión de incapacidad permanente.

Por otra parte, la jubilación reversible se declara también incompatible con el complemento económico vinculado a la jubilación demorada regulado en el artículo 210.2 LGSS. La lógica de esta incompatibilidad es clara. Como hemos señalado anteriormente, dicho complemento se configura como un incentivo dirigido a quienes retrasan voluntariamente el acceso inicial a la pensión más allá de la edad ordinaria, premiando así la prolongación efectiva de la vida laboral. Sin embargo, en la jubilación reversible no concurre este presupuesto, puesto que la persona ya ha causado derecho a la pensión y únicamente compatibiliza su percepción con un empleo a tiempo parcial. De ahí que se considere incompatible la acumulación de ambos beneficios, pues no existe un verdadero retraso en el acceso a la jubilación, sino una reincorporación parcial una vez producida. En coherencia con esta lógica, el legislador precisa que, en cualquier caso, el tiempo trabajado durante una jubilación reversible más allá de la edad ordinaria no se computa a efectos de generar un complemento económico por demora. Así, si el pensionista hubiera optado en su día por la modalidad de porcentaje adicional, la percepción de dicho complemento quedará en suspenso mientras dure la situación de compatibilidad. Por el contrario, si se hubiera elegido la modalidad de cantidad a tanto alzado o la fórmula mixta, el acceso a la jubilación reversible queda excluido de forma definitiva.

3.8. Comunicación de actividades a la entidad gestora y efectos

El proyecto de Real Decreto mantiene como requisito central la obligación de que el pensionista comunique previamente a la entidad gestora su decisión de reincorporarse al mercado de trabajo. Esta exigencia formal resulta imprescindible para que pueda aplicarse la minoración correspondiente de la pensión. La novedad reside en el momento en que la reducción surte efectos: mientras que en el régimen anterior se aplicaba desde el mismo inicio de la actividad, el artículo 3.5 establece

que la minoración de la cuantía de la pensión tendrá efectos a partir del primer día del mes siguiente al inicio de la actividad compatible. El mismo criterio temporal rige en el caso inverso, de modo que, una vez cesa la actividad, la pensión íntegra se repone desde el primer día del mes siguiente al cese.

Asimismo, el proyecto precisa que, durante el tiempo en que se percibe la pensión de jubilación reversible, la persona beneficiaria mantiene la condición de pensionista a efectos de prestaciones sanitarias, reforzando así la continuidad de la protección social.

Ahora bien, el proyecto de reforma refuerza las consecuencias del incumplimiento de esta obligación. El artículo 4.2 dispone que la falta de comunicación a la entidad gestora determina el carácter indebido de la pensión en la parte correspondiente a la actividad desarrollada, tanto por cuenta ajena a tiempo parcial como por cuenta propia, desde la fecha de inicio o cese de la misma. Ello conlleva la obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, sin perjuicio de las sanciones que procedan conforme al texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

3.9. Aspectos comunes a las modalidades de compatibilidad

El proyecto de Real Decreto no se limita a regular de manera específica la jubilación reversible, sino que incorpora un capítulo II bajo la rúbrica “Aspectos comunes a las modalidades de compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo”. Con ello, se pretende fijar de manera expresa en norma reglamentaria una serie de criterios que hasta ahora se venían aplicando por vía administrativa, lo que había generado cierta inseguridad jurídica y disparidad interpretativa. La exposición de motivos justifica esta incorporación por la necesidad de reforzar la certeza normativa, aportando mayor seguridad tanto a las personas pensionistas como a las entidades gestoras.

El artículo 7 aborda la cuestión del cómputo de períodos de carencia. La regla que establece es sencilla, pero con efectos relevantes. Para acreditar el período mínimo de cotización requerido a fin de acceder a otras prestaciones durante la situación de compatibilidad, únicamente se tomarán en consideración las cotizaciones realizadas con posterioridad al hecho causante de la pensión de jubilación. Se consolida así la idea de que la jubilación, una vez causada, constituye un corte en la carrera de cotización. De este modo, las nuevas cotizaciones generadas en el marco de la compatibilidad no permiten revisar ni mejorar la pensión ya reconocida, sino que se destinan exclusivamente a la eventual adquisición de derechos futuros.

Por su parte, el artículo 8 regula la incompatibilidad entre pensión de jubilación e incapacidad temporal. El precepto establece que la prestación de incapacidad temporal solo puede percibirse mientras persista la actividad laboral que dio lugar a la situación de compatibilidad. Una vez producido el cese y la correspondiente baja en la Seguridad Social, cesa también la incapacidad temporal y se restablece el percibo íntegro de la pensión de jubilación. La finalidad es evitar la concurrencia de dos prestaciones que, en la práctica, responderían a la misma situación de necesidad derivada de la falta de ingresos laborales.

4. REFLEXIONES FINALES

La jubilación flexible llegó a nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo de abrir una puerta de regreso al empleo a quienes ya se habían jubilado. Sin embargo, aquel objetivo no llegó a alcanzarse y la figura quedó relegada a un papel casi testimonial, muy lejos de convertirse en un instrumento real de prolongación del ciclo vital profesional. Ahora, con el cambio de nombre a jubilación reversible, el legislador intenta insuflarle nueva vida a través de un marco algo más amplio de compatibilidad y de incentivos.

Las previsiones oficiales incluidas en la memoria del proyecto estiman que la medida podría facilitar la reincorporación de más de 30.000 jubilados al mercado de trabajo en el próximo quinquenio (2026-2030), con un impacto económico neto que, una vez estabilizada, oscilaría entre 185 y 285 millones de euros anuales, según la intensidad de las jornadas a tiempo parcial realizadas. Son cifras modestas si se comparan con el volumen total del gasto en pensiones, pero el legislador insiste en presentarlas como un avance con un valor simbólico para reforzar la confianza en la sostenibilidad del sistema.

Sin embargo, en nuestra opinión, el modelo propuesto suscita más reservas que certezas. Las mejoras que incorpora resultan limitadas y no parecen compensar la pérdida de su principal atractivo, que residía en la posibilidad de recalcular la base reguladora de la pensión en función de las cotizaciones realizadas durante el periodo de compatibilidad. En la medida en que la jubilación reversible ya no contemplaría este mecanismo, cabe preguntarse entonces cuál es hoy su verdadero elemento diferenciador respecto de otras modalidades como la jubilación activa. Es cierto que, a diferencia de esta última, la jubilación reversible puede abrirse también a pensionistas que accedieron anticipadamente a la prestación. No obstante, para evitar un solapamiento entre figuras, sería deseable que el legislador introdujera criterios o beneficios específicos en función del momento en el que la persona accede a la compatibilidad, reforzando de esta manera la coherencia del sistema y preservando la utilidad propia de la institución.

La fotografía general del modelo sigue reflejando un sistema fragmentado y difícil de justificar, en el que cada modalidad de compatibilidad se concibe en compartimentos estancos, sin puentes ni itinerarios reales entre ellas. Esta falta de conexión no parece fruto del azar, sino de una decisión deliberada del legislador. Todo apunta a que el diseño propuesto de la jubilación reversible ha estado guiado por la voluntad de evitar que llegue a competir en atractivo con la jubilación activa o la demorada. No es casual que sean precisamente estas dos figuras las que concentran la atención y esfuerzos del legislador, por ser las que contribuyen de manera más directa al objetivo prioritario de elevar la edad efectiva de jubilación hasta aproximarla a la edad ordinaria, piedra angular de la estrategia global de sostenibilidad financiera. En este contexto, resulta comprensible —aunque no justificable— que se haya preferido mantener una arquitectura aislada entre las distintas modalidades de compatibilidad, renunciando así a construir verdaderos itinerarios flexibles de tránsito entre trabajo y jubilación.

No obstante, el desafío no es solo legislativo, sino también cultural. España sigue a la cola de Europa en lo que respecta a la prolongación de la vida activa. Como señalamos en la introducción, en 2023 solo un 4,9% de los nuevos jubilados compatibilizaron pensión y empleo, frente a una media comunitaria del 13%. Esta brecha refleja no solo las posibles limitaciones normativas, sino también una concepción arraigada de la jubilación como punto final y definitivo del ciclo profesional. Ahora bien, los datos del INE ponen de manifiesto que el fenómeno es más complejo de lo que podría pensarse²³. Una parte significativa de quienes deciden prolongar su actividad lo hacen por motivos que trascienden la necesidad económica. En este sentido, el 48,7% alude a razones como que el trabajo resulta económicamente atractivo o que su pareja también seguía en activo; un 17,2% menciona el simple deseo de seguir siendo productivo; y un 11,1% destaca la voluntad de mantenerse socialmente activo. Estos datos sugieren que, más allá de la necesidad de ingresos, existe un espacio para diseñar un marco normativo más flexible y plural, capaz de dar cabida a motivaciones diversas y de ofrecer a los trabajadores de mayor edad una jubilación menos rígida y más en sintonía con sus proyectos vitales.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Barceló Fernández, J., *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, Barcelona, 2015.

Fernández Prol, F., "Retorno al mercado laboral tras la jubilación. Especial referencia a la denominada jubilación flexible", en AA. VV. (Cabeza Pereiro, J., Ballester Pastor, M. A. y Fernández Prieto, M., Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

García Ninet, J. I., "Jubilación parcial y jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto de empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial", *Tribuna Social*, núm. 147, 2003.

Maldonado Molina, J. A., "La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista", en AA. VV. (Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A., Dirs.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Comares, Granada, 2021.

Moreno Romero, F., *La calificación del trabajador subordinado o autónomo como delimitador del régimen protector*, Comares, Granada, 2022.

Ordoñez Casado, M^a. I., "Jubilación parcial y flexible", en AA. VV. (Gómez Salado, M. Á., López Insua, B., Fernández Ramírez, M. y González Coboleda, E., Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo"*, Laborum, Murcia, 2024.

Ortiz González-Conde, F. M., "Jubilación flexible y trabajo a tiempo parcial de escasa entidad a tenor de la STS 563/2023, de 19 de septiembre (Rec. 4115/2020)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 38, 2024.

23 Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta de población activa (EPA). Módulo sobre pensiones y participación en el mercado laboral. Año 2023*, Nota de prensa, 21 de junio de 2024.

DE LA JUBILACIÓN FLEXIBLE A LA JUBILACIÓN REVERSIBLE

Sánchez-Urán Azaña, Y. y Gil Plana, J., *Pensión de jubilación. Últimas reformas legales*. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Selma Penalva, A., "Incapacidad permanente y su compatibilidad con otras prestaciones y con el trabajo. ¿Resiste el modelo vigente una lectura con perspectiva de género?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales*, vol. 10, núm. 4, 2022.

Tortuero Plaza, J. L., *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización social)*, Civitas, Madrid, 2002.

Tortuero Plaza, J. L., "La fotografía de la vida activa/pensionable después de la edad de jubilación. La jubilación demorada", en AA. VV., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la AESSS*, Laborum, Murcia, 2022.

Valle Muñoz, F. A., "Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada", en AA. VV. (Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M^a, Coords.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

Vila Tierno, F., "Algunas impresiones sobre el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en materia de pensiones y la sostenibilidad del Sistema", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 9, 2024.

Vila Tierno, F., y Ramírez Bandera, C., "Las últimas reformas en materia de jubilación en favor de la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español", *Revista de derecho de la seguridad social, Laborum*, núm. Extra 7, 2024.

LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES: Derechos y deberes en una sociedad envejecida*

SEXUAL AND REPRODUCTIVE HEALTH IN THE CONTEXT OF LABOUR RELATIONS: Rights and Duties in an Ageing Society

Ana Castro Franco

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

(acreditada como Profesora Contratada Doctora)

Universidad de León

acasf@unileon.es ORCID [0000-0002-6834-3064](https://orcid.org/0000-0002-6834-3064)

Recepción de trabajo: 30-09-2025 - Aceptación: 22-10-2025 - Publicado: 31-10-2025

Páginas: 40-73

■ 1. LA SALUD REPRODUCTIVA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA: DE ASIGNATURA PENDIENTE A PREOCUPACIÓN INCIPIENTE. ■ 2. LOS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL INTRODUCIDOS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2023: DERECHO A TRABAJAR SIN DOLOR. ■ 2.1. La protección insuficiente de la dismenorrea secundaria: una regulación con potencial transformador, pero sujeta a mejora. ■ 2.2. La incapacidad temporal por interrupción del embarazo y por gestación avanzada desde la semana 39ª: el equívoco de equiparar embarazo y enfermedad. ■ 3. DESPIDO DURANTE UN TRATAMIENTO DE FERTILIDAD ¿OPERA LA NULIDAD DE MANERA AUTOMÁTICA? ■ 4. LA INCIDENCIA DE LOS REPROTÓXICOS EN EL LUGAR DE TRABAJO. ■ 4.1. Tóxicos para la reproducción femenina y masculina. ■ 4.2. Sustancias químicas reprotóxicas. ■ 4.3. Riesgos reprotóxicos de naturaleza no química: agentes biológicos, factores físicos y psicosociales. ■ 4.4. Medidas preventivas y de protección a raíz del Real Decreto 612/2024. ■ 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* El presente trabajo ha sido efectuado en el marco de la estancia de investigación realizada por su autora en la Universidade Lusófona (Lisboa). El tutor de la estancia es el Prof. Mário Silveiro de Barros. Asimismo, entre los meses de abril a diciembre, se está participando como investigadora visitante en el Centro de Estudios Avanzados en Derecho Francisco Suárez (CEAD), una unidad de investigación científica en el área de las ciencias jurídicas y disciplinas afines, presidida por el Prof. Doctor José de Faria Costa.

RESUMEN

El trabajo examina las vicisitudes jurídicas derivadas de la protección de la salud sexual y reproductiva en el ámbito laboral. Los nuevos supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes en caso de menstruación dolorosa, interrupción del embarazo y gestación en estado avanzado, obedecen a cuanto se ha denominado como “derecho a trabajar sin dolor”; no obstante, el diseño jurídico de estas situaciones especiales está sujeto a mejoras. Asimismo, se estudia la incidencia de los tratamientos de fertilidad y de situaciones como el aborto en la calificación de los despidos, haciendo hincapié en la respuesta del Tribunal Supremo ante posibles supuestos de discriminación por razón de sexo. Por último, la literatura científica ha puesto de relieve que numerosos peligros presentes en el entorno laboral pueden tener un impacto directo en la salud sexual y reproductiva de las personas trabajadoras, como los agentes químicos (de naturaleza orgánica e inorgánica) y los factores biológicos, físicos, ergonómicos y psicosociales. El presente ensayo se centra en el análisis de dichos riesgos y de sus posibles efectos adversos desde la óptica de la seguridad y la salud en el trabajo, prestando especial atención a la exposición a nanomateriales y alterados endocrinos.

PALABRAS CLAVE: salud sexual y reproductiva, reprotóxicos, técnicas de reproducción asistida, dismenoreia secundaria, perspectiva de género.

ABSTRACT

The paper examines the legal vicissitudes arising from the protection of sexual and reproductive health in the workplace. The new cases of temporary incapacity due to common contingencies in the event of painful menstruation, termination of pregnancy and advanced pregnancy are in line with what has been termed the ‘right to work without pain’; however, the legal design of these special situations is subject to improvement. It also studies the impact of fertility treatments and situations such as abortion on the classification of dismissals, emphasising the Supreme Court’s response to possible cases of sex discrimination. Finally, scientific literature has highlighted that numerous hazards present in the workplace can have a direct impact on the sexual and reproductive health of workers, such as chemical agents (organic and inorganic) and biological, physical, ergonomic and psychosocial factors. This essay focuses on the analysis of these risks and their possible adverse effects from the perspective of occupational safety and health, paying particular attention to exposure to nanomaterials and endocrine disruptors.

KEYWORDS: Sexual and Reproductive Health, Reprotoxic Substances, Assisted Reproduction Techniques, Secondary Dysmenorrhoea, Gender Perspective.

1. LA SALUD REPRODUCTIVA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA: DE ASIGNATURA PENDIENTE A PREOCUPACIÓN INCIPIENTE

El Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la ONU celebrada en el Cairo definió la salud reproductiva como un estado de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias relacionadas con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. El concepto abarca una amplia gama de dimensiones, incluyendo la prevención y el tratamiento de la infertilidad, el reconocimiento de la libertad individual para decidir si se desea o no tener hijos, la prevención de embarazos no deseados y la garantía de protección frente a todas las formas de violencia sexual. Estas cuestiones, al estar interrelacionadas, ponen de manifiesto que no se trata únicamente de un ámbito vinculado a la salud biológica, sino también a los derechos humanos, la autonomía reproductiva y la equidad de género. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos relaciona la salud sexual y reproductiva de las mujeres con el derecho a la vida, a la salud, a la intimidad, a la educación y a la prohibición de discriminación.

La incorporación masiva de la mujer al mundo laboral, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, no solo ha modificado las dinámicas de participación económica, sino que también ha transformado de manera sustancial los patrones de maternidad. Una de sus consecuencias más visibles es el retraso en la edad de la maternidad, motivado tanto por la necesidad de consolidar trayectorias educativas y profesionales como por la búsqueda de estabilidad económica antes de afrontar la crianza. Este fenómeno ha contribuido de forma directa a la disminución de las tasas de natalidad observada en muchas regiones del mundo, particularmente en países industrializados. No obstante, la explicación del descenso de la natalidad no puede reducirse únicamente a la participación laboral femenina, pues concurren múltiples factores que interactúan y moldean las decisiones reproductivas. Entre ellos, destacan la precariedad e inestabilidad en el empleo, que dificultan la planificación familiar a largo plazo; la creciente preocupación por el impacto del cambio climático y la sostenibilidad del planeta, que ha llevado a parte de la población a replantearse la conveniencia de tener descendencia; así como las tensiones económicas y sociales, caracterizadas por el aumento del costo de vida, la desigualdad y las dificultades para compatibilizar la vida familiar con la profesional.

De hecho, el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones, de fecha 16 de junio de 2016, ya calificaba al cambio demográfico como uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta la Unión Europea, habida cuenta del envejecimiento de la población, la disminución del número de jóvenes y una baja tasa de natalidad¹. Las políticas públicas de fomento de la natalidad suelen materializarse en la concesión de ayudas económicas, tanto directas como indirectas, a las familias con hijos.

¹ Dictamen del Comité Europeo de las Regiones, de 16 de junio de 2016, "La respuesta de la UE al reto demográfico (2017/C 017/08)", Diario Oficial de la Unión Europea.

El retraso en la maternidad y la disminución de la fecundidad se inscriben, así, en un marco más amplio de transformaciones sociales que incluyen la redefinición de los roles de género, la reorganización de los modelos familiares y el cuestionamiento de los paradigmas tradicionales de cuidado. Si bien, más allá de la maternidad, quedan en el tintero un largo elenco de cuestiones vinculadas con la salud reproductiva y tristemente relegadas en el debate público y académico.

Pues bien, la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada en 2022, reconoce que todos los Miembros deben respetar, promover y hacer realidad los principios relativos al derecho fundamental a un entorno de trabajo seguro y saludable. El Comité que vigila el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer indica que los Estados asumen la obligación de respetar y proteger los derechos a la salud sexual y reproductiva, a través de recursos que han de estar disponibles, ser accesibles física y económicamente, y cumplir todos los estándares de calidad. La Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, subraya la importancia de garantizar los derechos sexuales y reproductivos como parte esencial de la salud de las mujeres². En este marco, vuelve a incidir en la definición de la salud sexual y reproductiva como un estado de bienestar físico, emocional, mental y social vinculado a todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción. Asimismo, afirma que todas las personas tienen derecho a decidir libremente sobre sus cuerpos, sin sufrir discriminación, coacción ni violencia, y a acceder a servicios de salud sexual y reproductiva que hagan efectivo dicho derecho.

El Objetivo de Desarrollo Sostenible 3 (ODS 3) se enfoca en garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos a cualquier edad. En concreto, la meta 3.7 pretende lograr, para el año 2030, el acceso universal a los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva (incluida la planificación familiar, la información y la educación) y su integración en las estrategias y programas nacionales.

En España, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), han incorporado tradicionalmente determinadas previsiones relacionadas con la salud de las mujeres, centradas de forma casi exclusiva en los estados biológicos de embarazo, parto y posparto. Este marco debe complementarse con otros derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno, entre los que destaca la protección de la mujer embarazada frente al despido y frente a cualquier forma de discriminación laboral, ya sea en relación con la remuneración o con las condiciones inherentes a su puesto de trabajo. La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, prohíbe la discriminación por razón de enfermedad, discapacidad, condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos.

2 Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres, Diario Oficial de la Unión Europea.

En paralelo, el anexo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad, prevé un enfoque de salud laboral con perspectiva de género en aras a realizar el diagnóstico recopilando la información necesaria para medir y evaluar, a través de indicadores, cuantitativos y cualitativos, el impacto de las condiciones de trabajo en términos de igualdad. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —a resultados de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual— hace mención expresa al deber de las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual, incidiendo en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital³.

Las entidades deben arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones formuladas por quienes hayan sido víctimas de estas conductas. Están obligadas a impulsar la sensibilización y ofrecer formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal. Las organizaciones incluirán en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a las interesadas.

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, recoge el guante al especificar que las entidades han de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra este tipo de conductas de acoso. De igual modo, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, introdujo una disposición adicional decimoctava en la LPRL con el propósito de asegurar el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, particularmente, en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. Asimismo, el 21 de junio de 2019, la Organización Internacional del Trabajo adoptó en Ginebra el Convenio 190. España suscribió y ratificó este instrumento internacional, cuya publicación tuvo lugar en el Boletín Oficial del Estado el 16 de junio de 2022. Este Convenio reconoce que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente. En este sentido, reconoce el impacto de la violencia y el acoso en la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad y a su entorno familiar y social.

Por otra parte, resulta esencial considerar las iniciativas impulsadas por los poderes públicos orientadas a favorecer la gratuidad de los productos de higiene menstrual, con el propósito de erradicar la llamada “pobreza menstrual”; así como las medidas de conciliación entre la vida personal, familiar y profesional, incluyendo el fomento de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos

3 Molina Navarrete, C., “Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos ‘derechos sexuales’ desde la menstruación a la menopausia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 471, 2022, pág. 7.

entre hombres y mujeres o la creación de guarderías y de centros especializados en la atención a personas dependientes o con discapacidad⁴.

Sin embargo, procede señalar que otras situaciones con capacidad de generar alteraciones en la salud y que pueden limitar o impedir el normal desempeño laboral —tales como la menstruación, la menopausia o la interrupción voluntaria del embarazo— han permanecido durante largo tiempo al margen de la normativa y solo en fechas recientes han comenzado a recibir un reconocimiento incipiente.

A título de ejemplo, el climaterio, entendido como el periodo vital durante el cual cesa la función reproductora de la mujer, ha sido un tema casi invisible, considerado un asunto médico o personal. Ahora bien, las mujeres en edad menopáusica representan una parte significativa de la fuerza laboral y el número de afectadas aumentará a nivel mundial a medida que la población envejece⁵. Un porcentaje nada irrelevante de trabajadoras —en una etapa en la que su talento, sus competencias y la experiencia acumulada alcanzan un valor estratégico para las organizaciones— podrían sufrir los efectos asociados con ese estado natural posterior a la vida fértil de la mujer. Los trastornos y enfermedades relacionados con la menopausia incluyen ansiedad, depresión, confusión mental, insomnio, agotamiento y palpitaciones. Estas afecciones pueden incidir de manera significativa en la vida laboral de las mujeres, llegando en algunos casos a abandonar prematuramente sus puestos de trabajo. Esta situación afecta a la productividad de las organizaciones y también contribuye a perpetuar las brechas de género en términos de remuneración y pensiones.

En la práctica clínica, se produce una devaluación sistemática de las denominadas “enfermedades de mujeres”, que históricamente han sido consideradas secundarias, invisibilizadas o vinculadas a estereotipos de inferioridad moral y fragilidad. Así, la endometriosis, que ocurre cuando las células del revestimiento de la matriz (útero) crecen en otras zonas del cuerpo, constituye una enfermedad invisibilizada por la normalización del dolor menstrual. La endometriosis afecta aproximadamente a 190 millones de mujeres en edad reproductiva en todo el mundo y la Fundación Mundial de Investigación de Endometriosis afirma que tienen un 38% menos de productividad en sus actividades diarias.

Pese a su elevada prevalencia y a las serias repercusiones que conlleva, la endometriosis continúa siendo una enfermedad sistemáticamente infradiagnosticada, con retrasos, en muchos casos, de entre 7 y 10 años desde la aparición de los primeros síntomas⁶. Este problema se ve agravado por el hecho de que se trata de una condición que afecta exclusivamente a mujeres, lo que ha contribuido a la existencia de un sesgo de género tanto en la investigación como en la formación y capacidad de respuesta del personal médico. Aun cuando la financiación para la investigación sobre la endometriosis ha sido muy escasa durante largo tiempo, resulta llamativo que sí exista un estudio sobre

4 Alcorta Idiaquez, I., “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, *DS: Derecho y salud*, vol. 11, núm. 2, 2003, pág. 166.

5 Molina Navarrete, C., “Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos ‘derechos sexuales’ desde la menstruación a la menopausia?”, *cit.*, pág. 5.

6 Damian Aucancela, M.C.; Jaya Baldeón, V.A. y López Orozco, S.A., “Innovaciones en el diagnóstico y tratamiento de la endometriosis: Perspectivas clínicas, educativas y tecnológicas”, *Imaginario Social*, vol. 8, núm. 1, 2025, pág. 276.

cómo afecta a la vida sexual de los hombres que su pareja tenga esta dolencia⁷. Este contraste pone de relieve la tendencia a priorizar la experiencia masculina, incluso en enfermedades que atañen a las mujeres.

El personal médico y científico, al formarse y desenvolverse en el mismo contexto social que perpetúa ciertos tabúes, no está exento de reproducirlos. Un ejemplo ilustrativo viene dado por un estudio realizado en España en 2020 con estudiantes de enfermería que padecían dismenorrea, pues más de la mitad de ellas no habían consultado a ningún profesional de la salud, principalmente al considerar que el dolor menstrual era algo “normal” o “natural”⁸. Otros motivos habituales de reticencia son las experiencias negativas en el pasado o las bajas expectativas, pues algunas predijeron que la atención médica, el tratamiento o el consejo que recibirían serían insuficientes y optaron por evitar sentimientos de decepción o desacuerdo. Algunas mujeres expresaron desconfianza, vergüenza o incomodidad al ver a un profesional.

Esta afección da buena muestra de cómo se perpetúan las desigualdades estructurales en la atención sanitaria, pues los síntomas manifestados por las mujeres suelen ser minimizados, confundidos o erróneamente clasificados como trastornos psicosomáticos, lo cual obstaculiza el acceso a un tratamiento adecuado. Investigaciones recientes han demostrado que las expresiones de dolor de las mujeres son tomadas con menor seriedad que las de los hombres, lo que repercute negativamente en la calidad de la atención médica. Esta situación ha dado lugar a la denominada brecha de género del dolor, un fenómeno caracterizado por la subestimación del sufrimiento femenino frente a la valoración más inmediata y precisa del dolor en los varones⁹.

La predilección androcéntrica de la medicina ha trascendido igualmente al ámbito jurídico, reflejándose también en el Derecho español, pese a la proclamada integración del principio de igualdad en la política de salud en el art. 27 de la Ley Orgánica 3/2007 y la política de salud laboral desde una perspectiva de género en el anexo del Real Decreto 901/2020. No obstante, en los últimos años diversas reformas legislativas y pronunciamientos jurisprudenciales han comenzado a cuestionar y corregir esta tendencia, avanzando hacia un reconocimiento más equilibrado y justo de las necesidades específicas de las mujeres. A continuación, se examinarán los derechos reconocidos a las mujeres en el ámbito de la Seguridad Social a partir de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; la prohibición de despedir a mujeres en tratamiento de fertilidad; y la influencia de los reprotóxicos en el lugar de trabajo en la seguridad y salud del hombre.

7 Dicho estudio es: Hämmerli, S. *et al.*, “Does Endometriosis Affect Sexual Activity and Satisfaction of the Man Partner? A Comparison of Partners From Women Diagnosed With Endometriosis and Controls”, *The Journal of Sexual Medicine*, vol. 15, núm. 6, 2018.

8 Ramos-Pichardo, J.D. *et al.*, “Why Do Some Spanish Nursing Students with Menstrual Pain Fail to Consult Healthcare Professionals?”, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 17, núm. 21 2020, pág. 7.

9 Poyatos i Matas, G., “De la histeria a la fibromialgia, ‘las enfermedades de mujeres’ que repugnan al Derecho”, *Labos*, vol. 6, núm. 1, 2025, pág. 320.

2. LOS SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL INTRODUCIDOS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2023: DERECHO A TRABAJAR SIN DOLOR

La continuada desatención de las diferencias de sexo-género que inciden directamente en la salud se manifiesta tanto en el ámbito de la prevención de riesgos laborales como en el de la protección económica dentro del sistema de Seguridad Social, ya sea en relación con contingencias profesionales o con contingencias comunes. En este último ámbito, en concreto en la prestación por incapacidad temporal derivada de etiología común, se constata una sobrerrepresentación significativa de las mujeres¹⁰. A pesar de las reformas operadas en los últimos años, la prestación por incapacidad temporal ha continuado en el punto de mira de la doctrina y la jurisprudencia, debido a su estructura compleja, a una regulación fragmentada, así como a la controvertida interpretación que de ella se ha venido realizando. Con el fin de corregir la desnaturalización y descausalización que había venido caracterizando a esta figura, el propósito del legislador parece haber experimentado un cambio cualitativo¹¹. En efecto, ya no se trata tanto de restringir el acceso al derecho a la prestación por incapacidad temporal, sino más bien de ampliar el abanico de causas que pueden dar lugar a su reconocimiento.

La Ley Orgánica 1/2023 pretende mejorar, de esta manera, la atención y el reconocimiento jurídico-laboral de determinadas situaciones patológicas vinculadas al ciclo menstrual, así como garantizar una adecuada cobertura de las bajas médicas habituales desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación, reforzando la protección de la salud de las mujeres en contextos que hasta ahora habían recibido una respuesta insuficiente en el ámbito normativo. La norma incorpora tres nuevos supuestos de bajas por incapacidad temporal, a saber, en caso de menstruación dolorosa, interrupción del embarazo y gestación en estado avanzado. El alcance y contenido de las nuevas disposiciones incluidas en la LGSS englobará tanto a las trabajadoras del Régimen General de la Seguridad Social como a las de los Regímenes Especiales, abarcando además determinadas actividades y sectores específicos.

Los cambios introducidos en el art. 169.1, letra a), de la LGSS se fundamentan en la lógica de lo que parte de la doctrina ha denominado el “derecho a trabajar sin dolor”; sin embargo, ni la decisión de regular esta materia, ni tampoco el instrumento normativo escogido para hacerlo, han estado

10 Molina Navarrete, C., “La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 466, 2022, pág. 235.

11 López Insua, B.M., “Derecho a trabajar ‘sin dolor’: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 2, 2023, pág. 47.

exentos de debate y controversia¹². De esta forma, se ha puesto en entredicho el diseño jurídico de estas situaciones especiales, pues plantean dudas tanto desde un plano conceptual, como en lo que respecta a su coherencia con el esquema tradicional de protección por incapacidad de la Seguridad Social y a la necesidad de asegurar un trato igualitario en situaciones equiparables. Asimismo, destaca la preocupación por garantizar en todo momento la confidencialidad respecto de las causas que motivan la baja.

2.1. La protección insuficiente de la dismenorrea secundaria: una regulación con potencial transformador, pero sujeta a mejora

En cuanto al primer supuesto hace, la mayoría de las reglas dolorosas son primarias y presentan un dolor de corte espasmódico, similar a calambres en la zona baja del abdomen, recurrente con cada menstruación. La dismenorrea secundaria, va empeorando con el tiempo y suele tener vinculación con una patología orgánica. Aproximadamente más del 80% de las mujeres experimenta algún tipo de dolor menstrual, que en muchos casos puede resultar altamente incapacitante y afecta de manera directa a su rendimiento laboral y bienestar general. Una investigación realizada en Dinamarca en 2018, que incluyó a más de 32.000 mujeres de entre 15 y 45 años, reveló que el 14% reportaba absentismo laboral durante su ciclo menstrual¹³. Por otro lado, el 80,7% de las mujeres encuestadas acudía a sus actividades habituales, pese a que el dolor menstrual suponía una disminución significativa de la productividad, estimada en 23,2 días al año.

Si bien, tiene que tratarse de una dismenorrea secundaria asociada a patologías previas diagnosticadas por un especialista, permanece abierta la cuestión relativa al tratamiento jurídico de la incapacidad derivada de una dismenorrea primaria. Ello reviste especial importancia si se considera que el grado de limitación provocado por la intensidad del dolor no depende necesariamente de si se trata de una dismenorrea primaria o secundaria. En este caso, lo relevante parece ser el efecto incapacitante y su origen sexuado —el dolor menstrual—, antes que la patología específica a la que se asocia. De ahí que, según defienden voces autorizadas de la doctrina, la finalidad de garantía efectiva de la protección de la salud deba prevalecer sobre los elementos restrictivos derivados de la formalización legal¹⁴.

Pues bien, según expresa el propio preámbulo del texto legal, tendrá la consideración de situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes aquella baja laboral en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria

12 Guamán, A., "¿Un Derecho del Trabajo feminista? La incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria o el derecho a trabajar sin dolor", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 159, 2024, pág. 78.

13 De Fuentes García-Romero de Tejada, C. y Armijo Suárez, O., "La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas", en AA.VV. (Casas Baamonde, M^aE. Coord.), *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: las claves de 2023*, Cinca, Madrid, 2024, págs. 78 y 79.

14 Molina Navarrete, C., "Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos 'derechos sexuados' desde la menstruación a la menopausia?", *cít.*, pág. 11.

asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros.

La vinculación con una patología previa resulta imprecisa, ya que no en todos los casos las menstruaciones dolorosas se encuentran relacionadas con una alteración orgánica subyacente previamente identificada. La definición legal también debería contemplar como situaciones protegidas los periodos dedicados al estudio y análisis de los síntomas que generan las menstruaciones dolorosas, naturalmente anteriores a la obtención de un diagnóstico.

Además, la exposición de motivos de la norma contribuye a precisar las dolencias que pueden dar lugar a una menstruación incapacitante, aun cuando menciona el síndrome de ovario poliquístico, que técnicamente no genera dismenorrea, y los pólipos, generalmente operables. Resulta llamativa la completa omisión de la hipermenorrea refractaria al tratamiento en el listado de enfermedades, es decir, aquellos sangrados excesivos durante el periodo menstrual que no se controlan con la medicación habitual ni con procedimientos quirúrgicos¹⁵. Aunque esta patología no siempre vaya acompañada de dolor, puede generar una pérdida de sangre tan intensa que imposibilita a la mujer desarrollar su actividad laboral con normalidad. Asimismo, merece atención el síndrome disfórico premenstrual, una afección en la que la mujer presenta síntomas intensos de depresión, irritabilidad y tensión en los días previos a la menstruación. En ciertos casos, la paciente no responde a los tratamientos disponibles, lo que llega a impedir el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Muchas de las patologías mencionadas suelen responder adecuadamente a tratamientos hormonales, así como a antiinflamatorios, por lo que la mera presencia de estas afecciones no implica necesariamente una incapacidad laboral. La norma debería matizar el concepto de dismenorrea, limitándolo a aquella refractaria al tratamiento y, por tanto, difícilmente solucionable, pues solo en los casos en que la paciente no experimenta mejoría con la medicación se justifica la necesidad de protección social en el ámbito laboral.

Por otro lado, la dismenorrea secundaria es causa de incapacidad temporal mientras la afectada recibe asistencia sanitaria y haya impedimento del normal desarrollo de la prestación laboral. La causa de incapacidad temporal se limita exclusivamente a los episodios de dolor durante la menstruación, excluyendo los días previos al inicio del ciclo o los asociados a la ovulación, un aspecto que ya ha sido objeto de crítica por parte de la comunidad médica. No en vano, muchas pacientes con enfermedades como la endometriosis experimentan dolor también durante la ovulación y a lo largo de todo el ciclo menstrual.

El carácter “especial” de la situación de incapacidad temporal analizada radica en que el pago del subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo y no se exigirá periodo de cotización mínimo. La norma incluye, de este modo, una diferencia respecto

¹⁵ De Fuentes García-Romero de Tejada, C. y Armijo Suárez, O., “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, *cít.*, pág. 82.

de otras causas de incapacidad temporal por contingencias comunes, donde la prestación se abona a partir del cuarto día de baja y a cargo del empresario. La cuantía de la prestación se sitúa en un 60 % de la base reguladora desde el primer día de la baja y hasta el vigésimo y, a partir del día vigésimo primero, se eleva al 75 % de la base reguladora, con cargo íntegro a la Seguridad Social.

Otra novedad destacable consiste en que la menstruación incapacitante no debe considerarse, bajo ningún concepto, como una recaída de la incapacidad temporal; cada episodio se tratará como un nuevo proceso, lo que resulta relevante para la determinación de la duración máxima de la prestación y la aplicación de posibles prórrogas. Así pues, en estos procesos no hay recaída cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de alta médica anterior (salvedad prevista en el art. 169.2 LGSS).

La regulación de esta situación patológica tiene la finalidad de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral; no obstante, ha sido objeto de debate debido a los posibles efectos estigmatizadores y sus potenciales consecuencias negativas, reflejando la clásica preocupación por un *backlash* empresarial. Se cuestiona la pertinencia de esta contingencia argumentando que una regulación laboral específica sobre la menstruación podría, paradójicamente, incrementar la discriminación por razón de sexo. En esta línea, se afirma que el “efecto bumeráng” de este tipo de previsiones podrían conllevar un refuerzo de los estereotipos relativos a la menstruación como una situación generalmente incapacitante para el trabajo y provocar, por ende, una reacción contraria por parte de los empleadores, acrecentándose sus reticencias a la contratación de mujeres.

Es más, acogerse de manera reiterada a bajas por incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes, varios días al mes y de forma recurrente a lo largo del año, constituye una situación que, en la práctica, muchas empresas difícilmente podrían sostener, especialmente si se considera que la dismenorrea no anula la capacidad laboral en todas las ocasiones. Los efectos de la menstruación dolorosa podrían mitigarse mediante ajustes en las funciones, horarios o carga de trabajo de las afectadas, lo que permitiría compatibilizar la actividad laboral con la adecuada tutela de la salud de las trabajadoras. Aun cuando la normativa persigue un fin loable, hubiera sido deseable que ampliara el abanico de opciones, en lugar de contemplar la incapacidad temporal como única solución al problema.

En este sentido, los medios de comunicación se hicieron eco rápidamente de que, diez meses después de la entrada en vigor del texto legal —el 1 de junio de 2023—, únicamente se habían tramitado 1.418 solicitudes de este derecho laboral por menstruación incapacitante, según los datos facilitados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Esta infrautilización plantea la necesidad de contemplar otros mecanismos, como la posibilidad de alcanzar acuerdos individuales o colectivos que permitan adaptar la jornada o las funciones en atención a las circunstancias concretas de cada mujer. Igualmente, el teletrabajo se presenta como una alternativa eficaz en los días de mayor dolor, facilitando un entorno más cómodo desde el hogar y permitiendo que la actividad laboral se desarrolle en condiciones menos exigentes físicamente¹⁶. Todo ello, por supuesto, debe

16 López Insua, B.M., “Derecho a trabajar ‘sin dolor’: la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero”, *cit.*, pág. 55.

ser evaluado a la luz de las particularidades de cada profesión y de las características específicas del puesto de trabajo.

Sea como fuere, la prestación por incapacidad temporal derivada de la dismenorrea secundaria constituye, sin lugar a duda, un avance significativo, en la medida en que visibiliza una realidad históricamente silenciada en el ámbito laboral. No obstante, resulta evidente que la medida, por sí sola, no basta para erradicar los estereotipos y las múltiples discriminaciones que todavía persisten en torno a la salud menstrual y, en general, a la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Resulta crucial que las cuestiones relacionadas con la menstruación se trasladen al terreno de la negociación colectiva y se conviertan en objeto de debate en el marco del diálogo social¹⁷. Hasta el momento, brillan por su ausencia las referencias a la menstruación en los convenios colectivos, a pesar de que estos se perfilan como una herramienta idónea para diseñar medidas de adaptación en los centros de trabajo.

2.2. La incapacidad temporal por interrupción del embarazo y por gestación avanzada desde la semana 39^a: el equívoco de equiparar embarazo y enfermedad

Una segunda situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes viene dada por la interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, mientras la paciente reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo. Cuando la interrupción sea consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, tendrá la consideración de incapacidad temporal por contingencias profesionales. La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal y el pago del subsidio será a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente a la baja en el trabajo, abonando el empresario el salario íntegro del día correspondiente a la baja. No se exige periodo mínimo de cotización.

En este caso, la protección se relaciona directamente con una fase concreta de la función reproductiva, a saber, la gestación que ha sido interrumpida ya sea por decisión voluntaria o por un aborto espontáneo. La experiencia del aborto tendrá efectos muy diferentes según las características individuales de la mujer, las habilidades de afrontamiento y los elementos concurrentes (por ejemplo, si es un aborto inducido o involuntario o si es un embarazo prematuro o está avanzado). El aborto es mucho más frecuente de lo que se piensa y la intensidad y la duración de los efectos también es muy variable. Las complicaciones físicas incluyen, entre otros, el riesgo de prematuridad en las siguientes gestaciones; lesiones en el cervix y/o útero debido a los legrados; cambios en el microbioma uterino; infecciones uterinas; o aumento del riesgo de placentación anómala en futuras gestaciones. Los abortos se han vinculado con diversas repercusiones psicológicas, incluyendo ansiedad, depresión e, incluso, en casos extremos, pensamientos suicidas. Todo ello incide de manera directa en la vida laboral de la mujer, por cuanto, más allá del impacto físico y emocional de la pérdida gestacional, puede generar limitaciones temporales para el desempeño profesional.

17 Guamán, A., "¿Un Derecho del Trabajo feminista? La incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria o el derecho a trabajar sin dolor", *cit.*, pág. 104.

La causa de incapacidad temporal por interrupción del embarazo es la única que aparece claramente diferenciada de otras situaciones que podrían dar lugar a una baja médica. Esta especificidad permite evitar confusiones con otras contingencias, garantizando un tratamiento uniforme de los casos y facilitando la correcta aplicación de los derechos y prestaciones correspondientes.

Mayores problemas plantea el tercer supuesto, a saber, la incapacidad temporal por gestación avanzada desde la semana trigésima novena hasta la fecha del parto. El pago del subsidio será a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente a la baja en el trabajo, mientras que le corresponde al empresario el abono del salario íntegro del día correspondiente a la baja. Su duración se extenderá mientras persista la situación de incapacidad temporal; salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente en tanto esta deba mantenerse. Se exigirá periodo mínimo de cotización para las personas mayores de 21 años.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2023 las necesidades de descanso derivadas del embarazo podían ser cubiertas a través de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, una vez producido el parto, o bien mediante una incapacidad temporal derivada de enfermedad común, sujeta, en cualquier caso, a los requisitos generales aplicables a esta prestación. En la práctica, esto generaba situaciones complejas, pues en las últimas semanas de embarazo, los facultativos, conscientes de las incomodidades que suelen aparecer en esta etapa, recurrían a justificar bajas médicas por distintas causas —mareos, dolores lumbares, fatiga intensa, entre otros—, aun sin contar con pruebas diagnósticas concluyentes, dado que por razones de seguridad no resulta recomendable someter a la mujer embarazada a determinados procedimientos médicos invasivos¹⁸. La norma supone el reconocimiento expreso de una causa de incapacidad temporal que, en la práctica asistencial, ya era gestionada por el personal sanitario ante la ausencia de una cobertura específica por parte del legislador para este tipo de situaciones.

Ahora bien, resulta a todas luces evidente la necesidad de evitar que la configuración de la mejora de la protección de las gestantes comporte restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, hace tiempo superada¹⁹. El grave error del precepto consiste en utilizar la figura de la incapacidad temporal para cubrir la ausencia del trabajo en la recta final del embarazo, existiendo otras prestaciones del sistema que quizá podrían albergar mejor la protección de la salud y el bienestar de la gestante en esta fase. Esta prestación por incapacidad temporal permite entrever ciertos tintes economicistas. Entre la opción más garantista, que habría situado el inicio de la protección en la semana 37 de gestación —en coherencia con la duración promedio de los embarazos, dado que a partir de ese momento muchos partos se producen de manera natural— y la alternativa

18 García Gil, M. B. y Castro Conte, M., "El derecho a la salud de las mujeres con especial referencia a las nuevas prestaciones de incapacidad temporal (Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 480, 2024, pág. 51.

19 CES, Dictamen 9/2022 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, aprobado en sesión ordinaria del Pleno del día 29 de junio de 2022.

ineficaz o de escasa utilidad práctica de fijar el límite en las 42 semanas, el legislador ha optado por la vía intermedia de reconocer la prestación a partir de la semana 39²⁰.

Conviene indicar, por último, que el creciente interés en los derechos sexuales y reproductivos pone de manifiesto otra significativa laguna doctrinal, la casi total ausencia de atención a la menopausia y la andropausia así como a sus repercusiones sobre las condiciones laborales y las relaciones de trabajo de las personas afectadas. La norma examinada pasa de puntillas por esta materia, haciendo referencia a la menopausia en las disposiciones relativas a las medidas en el ámbito de la educación no formal, las campañas institucionales de prevención e información, así como la investigación, recopilación y producción de datos. Del mismo modo, establece como objetivo general de las políticas públicas la promoción de la atención especializada para personas en distintas etapas del ciclo vital, incluyendo el climaterio, pero sin abordar directamente sus implicaciones en el ámbito laboral ni la salvaguarda de los derechos de las personas trabajadoras.

3. DESPIDO DURANTE UN TRATAMIENTO DE FERTILIDAD ¿OPERA LA NULIDAD DE MANERA AUTOMÁTICA?

Los problemas de fertilidad constituyen, en muchos casos, un duro golpe tanto físico como emocional para quienes los padecen, generando sentimientos de frustración, ansiedad, desesperación, inestabilidad emocional, pérdida de la autoestima, culpa o depresión²¹. Frente a ello, los tratamientos de fertilización y las técnicas de reproducción asistida se presentan como una alternativa que devuelve la esperanza de alcanzar la maternidad o paternidad deseada. Sin embargo, estos procesos, que suelen ser largos, costosos y emocionalmente exigentes, encuentran a menudo obstáculos adicionales en el ámbito laboral, donde las exigencias de compatibilizar las citas médicas, los tratamientos hormonales y los periodos de reposo necesarios tras determinadas intervenciones pueden convertirse en un motivo de tensión e, incluso, de discriminación.

Una de las razones más frecuentes por las que las mujeres españolas recurren a la medicina reproductiva es la avanzada edad a la que deciden tener a su primer hijo. Esta circunstancia no es fruto de una elección meramente individual, sino que refleja una realidad social marcada por la precariedad laboral, la dificultad para conciliar la vida personal y profesional, la prolongación de los estudios superiores y las dificultades económicas para formar un proyecto de familia en edades más tempranas. Así, puede afirmarse que la infertilidad femenina en España tiene, en gran medida,

20 Molina Navarrete, C., "Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos 'derechos sexuales' desde la menstruación a la menopausia?", *cít.*, pág. 12.

21 Palacios, E. y Jadresic, E., "Aspectos emocionales en la infertilidad: una revisión de la literatura reciente", *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, vol. 38, núm. 2, 2000, pág. 94.

un trasfondo social que condiciona el momento de la maternidad, lo que explica la creciente demanda de tratamientos de reproducción asistida²².

Por otra parte, el acceso a las técnicas de reproducción asistida ha estado históricamente marcado por criterios restrictivos que, en la práctica, han generado un enfoque discriminatorio hacia las familias monoparentales, las mujeres sin pareja, o el colectivo LGTBIQ+. Durante años, la normativa exigía como requisito la constatación de un “trastorno documentado de la capacidad reproductiva” o la “ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo de 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal”²³. Las personas integrantes del colectivo, como las lesbianas o las transexuales con capacidad de gestación, no podían acceder a los recursos de la reproducción asistida.

La exclusión también afectaba a mujeres sin pareja, cuando ya tenían un hijo sano, pues la sanidad pública negaba el uso de dichas técnicas en estos casos. Curiosamente, una mujer que hubiera sido madre dentro de una relación no podía acceder a los tratamientos en solitario, mientras que sí podría hacerlo con una pareja distinta. Este criterio resultaba especialmente arbitrario y reforzaba desigualdades basadas en un modelo familiar rígido y tradicional. El trasfondo de esta regulación evidencia cómo, en una sociedad donde el ideal de familia continúa siendo la biparental heterosexual, cualquier modelo alternativo queda expuesto a la estigmatización. Lamentablemente, las familias monomarentales han sido consideradas como incompletas, lo que ha favorecido un trato desigual basado en prejuicios sexistas y en concepciones rígidas del rol que deben desempeñar las mujeres tanto en el plano personal como en el social.

La reforma operada por la Orden SND/1215/2021, de 5 de noviembre, supuso la eliminación de tales requisitos discriminatorios, reconociendo el derecho de todas las mujeres, con independencia de su orientación sexual, identidad de género o situación familiar, a acceder a las técnicas de reproducción asistida en el sistema sanitario público. No obstante, muchas mujeres continúan enfrentando prejuicios en sus entornos profesionales al acudir a tratamientos de fertilidad, lo que demuestra que la igualdad formal aún no ha logrado sobreponerse a la huella de desigualdad que sigue presente en la práctica social y laboral.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de analizar si el despido disciplinario, producido tras un aborto y mientras la persona trabajadora se encontraba en tratamiento de fertilidad, debe considerarse nulo por implicar una vulneración de derechos fundamentales²⁴. El debate casacional suscitado gira en torno al despido declarado nulo por la sentencia que recurre la empleadora (TSJ de Madrid, de 26 de octubre de 2017²⁵), donde se efectúa esa calificación de nulidad

22 Alcorta Idiaquez, I., “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, *cit.*, pág. 172.

23 FAMS, “Prácticas discriminatorias en reproducción asistida”, *Equipo de Estudios de la Federación de Asociaciones de Familias Monoparentales*, núm. 10, 2022, pág. 4.

24 STS, Sala de lo Social, 2 de julio de 2020 (rec. 36/2018).

25 TSJ de Madrid, 26 de octubre de 2017 (rec. 576/2017).

(discriminatorio por razón de sexo) estimando íntegramente la demanda de la trabajadora y revocando la sentencia de instancia, cuya estimación había sido parcial.

En atención a cuanto constan como hechos probados, el 11 de mayo de 2016 causa la actora baja en incapacidad temporal por la contingencia de gastroenteritis infecciosa inespecífica e infecciones intestinales mal definidas, como consecuencia del aborto diferido sufrido el día 7 de mayo de 2016. La trabajadora se encontraba dispuesta a iniciar un nuevo tratamiento de fertilidad a partir del día 15 de septiembre de 2016. El 8 de septiembre de 2016 la dirección empresarial comunicó a la trabajadora su despido, basado en el incumplimiento contractual consistente en la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, ex art. 54.2.e) del ET.

Ahora bien, la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid afirma que durante el transcurso de la relación laboral la trabajadora no había sido objeto de reconvención ni amonestación alguna por incumplimiento de sus obligaciones. Muy al contrario, constan felicitaciones de su superior directa en reconocimiento a su correcto desempeño profesional. Si a la trayectoria laboral de la trabajadora se añaden las vicisitudes ginecológicas acontecidas en fechas próximas a su despido —que, al no haber quedado justificado, fue declarado improcedente—, cabe presumir con razonable certeza que la decisión extintiva obedeció exclusivamente a dichas circunstancias (abortos, tratamientos de fertilidad) y a las secuelas patológicas derivadas de las mismas.

A juicio del Tribunal Supremo, el despido disciplinario de una trabajadora posterior a un aborto y sometida a un tratamiento de fertilidad será declarado nulo por discriminación por razón de sexo, cuando la empresa tenga conocimiento de esta circunstancia y no acredite debidamente la causa de despido alegada.

Frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declara el despido nulo por ser discriminatorio por razón de sexo, la empresa recurre en casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 8 de julio de 2014²⁶. Al no concurrir entre las sentencias comparadas la contradicción necesaria para el examen del recurso, se declara la firmeza de la sentencia dictada por el TSJ de Madrid.

Para el análisis de la contradicción, el Tribunal Supremo atiende a su sentencia de 4 de abril de 2017, transcribiendo un pasaje que presenta similitudes con el litigio principal²⁷. Dicho pronunciamiento declaraba la nulidad del despido de una trabajadora que estaba sometida a un tratamiento de fertilización y fecundación *in vitro*, cuando aún no habían sido implantados los óvulos fecundados en su útero. Dicho pronunciamiento señala que no se trata de analizar si existe en el supuesto la nulidad objetiva por razón de embarazo, sino de si concurren los elementos necesarios para considerar “la licitud o no de tal despido ante un claro panorama indiciario de que la decisión extintiva obedece al hecho de que la trabajadora está siendo sometida a un tratamiento específico

26 TSJ de Galicia, 8 de julio de 2014 (rec. 1500/2014).

27 STS, Sala de lo Social, 4 de abril de 2017 (rec. 3466/2015).

de reproducción asistida, por lo que puede haberse producido un panorama discriminatorio para la trabajadora”.

En el litigio principal, el Tribunal Supremo constata la existencia de indicios de nulidad del despido que la empresa no ha logrado desvirtuar:

- a. Falta de justificación del despido, señalando la vaguedad de la causa invocada, que motivó la declaración de improcedencia en la instancia, sin que la empresa impugnara dicho extremo;
- b. Concurrencia de cuestiones ginecológicas y las secuelas patológicas derivadas de las mismas, debidamente acreditadas en los informes médicos correspondientes a la baja por incapacidad temporal;
- c. Una trayectoria profesional objeto de repetidas felicitaciones;
- d. Aun cuando se mantiene el desconocimiento por la empleadora de los abortos de la demandante y su participación en programas de tratamiento de fertilidad previos al despido, la Sala alcanza la convicción de que la causa real de la extinción contractual se hallaba vinculada a motivos propios de la condición femenina de la actora.

La Sala no considera equiparable al presente supuesto el referido en la sentencia aportada de contraste, que rechazó la declaración de nulidad del despido, debido a la ausencia de indicios razonables de la discriminación invocada.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo sienta, de manera certera, que la nulidad de un despido durante un tratamiento de fertilidad no opera de forma automática. Para que pueda apreciarse dicha nulidad, es preciso que la empresa tuviera conocimiento del tratamiento de fertilidad al momento de adoptar la decisión extintiva, de manera que pueda valorarse la posible existencia de discriminación por razón de sexo. No basta la mera circunstancia de que la trabajadora se encuentre sometida a un tratamiento de fertilidad: debe existir un panorama indiciario que permita inferir que la causa real del despido estuvo vinculada a su condición femenina y a las vicisitudes médicas asociadas. Asimismo, la Sala subraya que el tratamiento de fertilidad y el embarazo no son equiparables a efectos de despido.

4. LA INCIDENCIA DE LOS REPROTÓXICOS EN EL LUGAR DE TRABAJO

En el lugar de trabajo se pueden encontrar diversos riesgos para la reproducción, no solo derivados de sustancias químicas, sino también de factores físicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales. El marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 subraya que, según estimaciones realizadas a partir del escenario más desfavorable, la exposición a

reprotóxicos podría estar relacionada con la aparición de hasta 1.274 casos nuevos de alteraciones en la salud reproductiva cada año²⁸.

Las sustancias tóxicas para la reproducción pueden tener efectos sobre la función sexual y la fertilidad y sobre el desarrollo del feto o la descendencia. En las últimas décadas se ha observado un incremento significativo de las complicaciones durante el embarazo, así como de los problemas asociados al desarrollo embrionario y fetal. En paralelo, se constata un aumento del número de personas con dificultades para concebir, lo que ha llevado a que un porcentaje creciente de potenciales madres y padres recurra a técnicas y tratamientos de reproducción asistida.

Si bien la normativa de seguridad y salud en el trabajo se ha centrado principalmente en las embarazadas, los riesgos reprotóxicos pueden afectar tanto a mujeres como a hombres, e incluso tener efectos en las generaciones futuras. En efecto, se han identificado indicios de un aumento en la incidencia de determinadas malformaciones de los genitales masculinos, así como de casos de cáncer testicular. Entre las explicaciones más plausibles destaca la exposición a productos químicos que afectan al sistema hormonal, conocidos como alteradores endocrinos.

Además, la atención de la investigación científica se ha dirigido de manera prioritaria hacia tales alteradores endocrinos, considerados como agentes medioambientales capaces de inducir modificaciones en los mecanismos de herencia transgeneracional.

Más allá de las clásicas mutaciones genéticas responsables de malformaciones congénitas, en los últimos años se han descrito mecanismos de herencia que no implican alteraciones en la secuencia del ADN, pero que pueden modificar su expresión y generar cambios hereditarios transmisibles a la descendencia. La epigenética es un campo de estudio centrado en los cambios del ADN que no implican alteraciones de la secuencia subyacente, es decir, en los procesos que inciden en la transcripción sin alterar el orden o estructura de los nucleótidos, activando o inactivando los genes, y que pueden estar causados por la edad, pero también por la exposición a factores ambientales (como fármacos o sustancias químicas).

Existen múltiples agentes y factores capaces de alterar, de formas diversas, el curso normal de la reproducción y del desarrollo. En primer lugar, las lesiones directas en las células reproductoras femeninas o masculinas, que pueden derivar en infertilidad o en una reducción significativa de la fertilidad, así como la senescencia reproductora prematura, es decir, un envejecimiento biológico acelerado que puede reducir la capacidad de concebir²⁹. Segundo, los trastornos metabólicos en el organismo materno, que cambian la homeostasis interna y generan repercusiones negativas sobre la maduración del embrión. En tercer término, las anomalías en los periodos de embriogénesis

28 Comisión Europea, "Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación", Bruselas, 28 de junio de 2021.

29 Kuhl, K. *et al.*, "Informe relevante sobre los agentes tóxicos para la reproducción", Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, págs. 7-9.

(primera etapa de desarrollo del embrión que dura ocho semanas) y organogénesis (las capas embrionarias ectodermo, mesodermo y endodermo, se transforman en los diferentes órganos). Cuarto, los efectos tóxicos directos sobre el feto, capaces de alterar su desarrollo normal e incluso provocar la muerte intrauterina.

En quinto lugar, los factores que inciden en el proceso del parto y la lactancia, afectando tanto al periodo de dilatación como al expulsivo, con posibles complicaciones obstétricas. Un efecto adverso de la exposición a estímulos estresantes, tanto físicos como psicológicos, puede ser la inducción de contracciones uterinas prematuras, mediadas por niveles elevados de cortisol. Sexto, los factores que influyen en las fases tempranas del desarrollo posnatal —pueden condicionar la adaptación del recién nacido al medio extrauterino— y aquellos que afectan al desarrollo posnatal tardío de la descendencia, con potenciales consecuencias en la salud y la maduración física, cognitiva y reproductiva. Entre los riesgos asociados se incluyen un mayor riesgo de cáncer infantil, una mayor propensión a padecer alergias, malformaciones cardíacas, enfermedades cardiovasculares, cáncer de testículo, diabetes, obesidad y alteraciones en el desarrollo neurológico. En séptimo lugar, los factores transgeneracionales, con efectos hereditarios de base genética.

4.1. Tóxicos para la reproducción femenina y masculina

Las mujeres y los hombres pueden verse afectados de manera distinta por la exposición a productos químicos, radiación, vibraciones o calor, debido a las diferencias intrínsecas entre sus sistemas reproductores. La exposición a agentes reprotóxicos puede impactar en el normal funcionamiento sexual, la salud menstrual, la fertilidad tanto en mujeres como en hombres, el embarazo, la lactancia, ciertos tipos de cáncer (como los de próstata, mama o cuello del útero), la menopausia y el desarrollo infantil³⁰.

Es necesario tener en cuenta las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, como³¹: diferencias anatómicas (masa y tamaño de los órganos, composición corporal, volumen y flujo sanguíneos o capacidad pulmonar); diferencias fisiológicas (menstruación, embarazo o menopausia), genéticas, moleculares y bioquímicas; y diferencias socioculturales relacionadas con las expectativas, los roles y las características asociadas a mujeres y hombres que puedan impactar en la exposición laboral (contacto con ciertos productos o estilos de vida).

El sistema reproductor masculino puede verse afectado por diversos riesgos presentes en el lugar de trabajo, los cuales pueden derivar en una disminución en el recuento de espermatozoides, un cambio en su forma, o problemas en la trasmisión del espermatozoides y el rendimiento sexual. Los

30 Organización Mundial de la Salud, "Crear lugares de trabajo saludables y equitativos para hombres y mujeres: guía para empleadores y representantes de los trabajadores", serie protección de la salud de los trabajadores, núm. 11, 2011, pág. 11.

31 Arrimadas Berzosa, C. y Ugena Díaz, L.: "Exposición laboral a agentes reprotóxicos: una mirada con perspectiva de género", *Seguridad y salud en el trabajo*, núm. 120, 2025, pág. 23.

productos químicos nocivos se acumulan en el epidídimo, las vesículas seminales o la próstata³². Estos efectos no solo comprometen la fertilidad masculina, sino que también pueden tener repercusiones sobre el embarazo, incluyendo la aparición de defectos congénitos, muertes prenatales o complicaciones en el desarrollo del feto. Si un riesgo para la reproducción es portado en el semen, el feto está expuesto dentro del útero, lo que causa problemas con el embarazo o con la salud del recién nacido.

De ahondar en los efectos de los reprotóxicos en las mujeres, procede indicar que, a diferencia de la gónada masculina, la gónada femenina posee un número limitado de células germinales desde el nacimiento y, por consiguiente, cualquier daño puede derivar en una disminución de la fecundidad, un mayor riesgo de gestaciones malogradas, menopausia precoz o infertilidad. Esta particularidad biológica de la gónada femenina constituye el argumento central para la implementación de medidas preventivas específicas a lo largo de toda la vida fértil de la mujer, con el fin de preservar su capacidad reproductiva y minimizar los riesgos asociados a la exposición a agentes nocivos.

Aun cuando, la mayoría de las trabajadoras pueden desempeñar sus tareas de manera segura durante el embarazo, este estado fisiológico puede favorecer una mayor absorción de ciertas sustancias químicas, como algunos metales, en el torrente sanguíneo. Los cambios asociados al embarazo en el sistema inmunitario, la capacidad pulmonar e incluso en la laxitud de los ligamentos pueden modificar el riesgo de sufrir lesiones o enfermedades en el entorno laboral.

Además, algunas exposiciones químicas resultan más peligrosas para el feto que para un adulto, debido a la rapidez de su desarrollo y a su menor tamaño, lo que incrementa su vulnerabilidad frente a agentes tóxicos. Para muchas sustancias químicas, la evidencia disponible sobre los niveles de exposición que pueden resultar dañinos para el feto sigue siendo limitada. Asimismo, ciertos agentes —incluidos sus metabolitos— pueden, en concentraciones suficientes, afectar a la salud del lactante. Las radiaciones ionizantes se han asociado con la aparición de cáncer en algunos niños cuyas madres estuvieron expuestas durante el embarazo; para reducir estos riesgos, se ha minimizado el uso de rayos X en mujeres gestantes, se han incorporado equipos de diagnóstico con tecnologías que disminuyen la exposición y se emplean pantallas y barreras protectoras durante los procedimientos.

El anexo I de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, contiene una lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que deben evaluarse en la protección de la maternidad. El art. 26 de la LPRL, dedicado a la “protección de la maternidad”, señala que la evaluación de riesgos deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente, así como en el periodo de

32 Instituto Nacional para la Seguridad y Salud Ocupacional, “Efectos de los riesgos ocupacionales en la salud reproductiva del hombre”, *NIOSH*, núm. 96-132, 1996 (modificado en 2015), pág. 3.

lactancia, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud, la del feto o la del recién nacido o nacida. El precepto establece el tipo de actuaciones a seguir cuando exista riesgo: adaptación de las condiciones de trabajo, adaptación del tiempo de trabajo y cambio de puesto de trabajo. Si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse, será posible declarar el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

En fin, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 insta a desarrollar actuaciones para impulsar la prevención de la exposición de las personas trabajadoras a sustancias y agentes peligrosos, incluyendo los reprotóxicos y medicamentos peligrosos³³. Como es sabido, existen diferencias de género en la forma en que algunas sustancias se metabolizan o se acumulan en el organismo y, por ello, sería deseable aplicar una serie de medidas como: evaluar y medir las sustancias peligrosas prevalentes en los trabajos dominados por hombres y mujeres; considerar los impactos específicos de los productos químicos peligrosos en la salud reproductiva de las mujeres; promover una mejor vigilancia de la salud; ofrecer información y formación en materia de seguridad y salud en el trabajo a los trabajadores; sensibilizar a quienes realizan las evaluaciones de riesgos sobre las cuestiones de género a tener en cuenta en la materia; y planificar campañas de inspección en sectores y actividades especialmente feminizadas, prestando especial atención a aquellas con mayor exposición a reprotóxicos.

4.2. Sustancias químicas reprotóxicas

Un agente químico peligroso puede representar un riesgo para la seguridad y salud del personal debido a sus propiedades fisicoquímicas, químicas o toxicológicas y a la forma en que se utiliza o se halla presente en el lugar de trabajo. Los trabajadores pueden transportar inadvertidamente sustancias químicas adheridas a la piel, el cabello, la ropa o el calzado, lo que amplía el riesgo de exposición a los miembros de su entorno familiar.

El anexo I del Reglamento (CE) n° 1272/2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, establece los criterios que permiten identificar aquellas sustancias consideradas tóxicas para la reproducción (Reglamento CLP).

Estas sustancias se clasifican en distintas categorías según el grado de evidencia de sus efectos. En primer lugar, se encuentran los reprotóxicos de categoría 1, dentro de la cual hay dos grupos: la categoría 1A, que incluye aquellas sustancias respecto de las cuales existe evidencia suficiente en humanos que confirma su toxicidad para la reproducción, y la categoría 1B, que agrupa sustancias de las que únicamente se dispone de datos en animales que permiten suponer razonablemente su toxicidad para la reproducción humana. En segundo lugar, las sustancias de categoría 2 abarcan

33 Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.

aquellos compuestos de los que existe la sospecha de que pueden ser tóxicos para la reproducción humana; sin embargo, las pruebas disponibles, tanto en estudios realizados en humanos como en animales, no resultan lo suficientemente sólidas o concluyentes como para justificar su inclusión en la categoría 1. Por último, los efectos sobre la lactancia o a través de ella se enmarcan en una categoría específica y diferenciada.

La identificación y el acceso a información sobre estas sustancias químicas pueden efectuarse a través de la etiqueta del producto y de la ficha de datos de seguridad, herramientas de gran utilidad tanto para las empresas como para las personas trabajadoras³⁴. En este sentido, los agentes reprotóxicos deben ir acompañados de un pictograma de peligro y estar claramente señalados mediante las correspondientes indicaciones establecidas en la normativa.

Ahora bien, una gran parte de las sustancias químicas presentes en los entornos laborales no ha sido objeto de un análisis específico que permita determinar su posible incidencia en la salud reproductiva, lo que genera un punto ciego relevante en materia de prevención.

De centrar la atención en los factores químicos capaces de producir trastornos reproductivos, procede señalar, que varios metales han sido clasificados como sustancias tóxicas para el desarrollo fetal. El plomo es la sustancia que más contribuye a las enfermedades derivadas de las sustancias tóxicas para la reproducción, en tanto puede afectar a la función sexual y a la fertilidad, se transfiere con facilidad de la madre al feto y también puede dañar el sistema nervioso. En este sentido, una vez absorbido, este metal pesado tiende a acumularse en el organismo, presentando semividas que varían desde varios días hasta varios años. La fabricación y el reciclaje de pilas constituyen, con diferencia, las actividades que mayor consumo de plomo registran; no obstante, la exposición a este elemento también puede producirse en sectores como la construcción y la demolición, así como en los procesos de fundición y manipulación de metales desechados.

La Directiva (UE) 2024/869 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, ha revisado, por primera vez en 40 años, los valores límite de exposición profesional al plomo y a sus compuestos inorgánicos, reduciéndolos a una quinta parte. El nuevo límite de exposición laboral al plomo es de 0,03 miligramos por metro cúbico (mg/m^3), disminuyendo notablemente el anterior valor de 0,15 mg/m^3 . El valor límite biológico para el plomo en sangre pasa de 70 microgramos por 100 mililitros (70 $\mu\text{g}/100\text{ml}$) a 15 $\mu\text{g}/100\text{ml}$, con un periodo transitorio hasta 2028 donde el límite será de 30 $\mu\text{g}/100\text{ml}$. Para las trabajadoras en edad fértil, se aplicará un valor límite más bajo de 4,5 $\mu\text{g}/100\text{ml}$ para las medidas de vigilancia médica.

El uso extendido de disolventes en múltiples procesos industriales implica que el número de trabajadores potencialmente expuestos resulte considerablemente elevado. Si bien en algunos casos no se disponen de datos suficientes para establecer con certeza la relación entre la exposición a determinados disolventes y la aparición de anomalías reproductivas, existe un consenso científico en torno a que este grupo de compuestos químicos está vinculado a la generación de trastornos

34 Arrimadas Berzosa, C. y Ugena Díaz, L.: "Exposición laboral a agentes reprotóxicos: una mirada con perspectiva de género", *cít.*, pág. 24.

reproductivos en los seres humanos como³⁵: alteraciones en la fertilidad masculina, debido a una reducción del número de espermatozoides (por ejemplo, exposición al 2-etoxietanol); un aumento de periodos menstruales irregulares, dolorosos y con hemorragias intensas (benceno, estireno o tricloroetileno); o un mayor riesgo de abortos espontáneos en las mujeres (éteres de glicol y sus acetatos). También se ha descubierto un vínculo potencial entre la exposición de los varones y la tasa de abortos espontáneos de sus parejas.

Las resinas epoxi pueden provocar anomalías testiculares, disfunción eréctil, dificultades de eyaculación y alteraciones en el ciclo menstrual. De hecho, el bisfenol A (BPA) emerge como un prominente disruptor endocrino y estudios epidemiológicos han evidenciado una relación entre la exposición a bisfenoles y la calidad del espermatozo³⁶. En la misma línea, algunos pesticidas están asociados a cambios hormonales, reducción de la fertilidad, abortos espontáneos, defectos de nacimiento y dificultades de aprendizaje o discapacidades del desarrollo en niños.

Por otra parte, los trabajadores de la salud también trabajan con medicamentos de quimioterapia, medicamentos antivirales y gases anestésicos, mientras los veterinarios a menudo utilizan medicamentos antineoplásicos. Algunos medicamentos presentan efectos adversos conocidos para el desarrollo fetal; sin embargo, la información sobre las consecuencias de la exposición profesional aún es escasa. La Directiva 2004/37/CE sobre agentes carcinógenos, mutágenos o reprotóxicos, constituye el principal instrumento legislativo para abordar los riesgos relacionados con la exposición durante el trabajo a los medicamentos peligrosos. El art. 18 bis de la Directiva (UE) 2022/431 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2022, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE, instaba a la Comisión a desarrollar, teniendo en cuenta los últimos avances en los conocimientos científicos, una definición y establecer una lista indicativa de medicamentos peligrosos, a más tardar el 5 de abril de 2025.

El 20 de febrero de 2025, la Comisión Europea publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Comunicación C/2025/1150, aportando una lista indicativa de fármacos peligrosos, en cumplimiento de dicho precepto³⁷. Esta lista complementa la Guía para la gestión segura de medicamentos peligrosos en el trabajo publicada por la Comisión Europea en 2023. Los medicamentos peligrosos incluyen, por ejemplo, algunos antivirales, inmunosupresores y antineoplásicos. El documento solo puede considerarse un elemento indicativo, no vinculante y complementario de la evaluación de riesgos.

De igual modo, conviene señalar el riesgo derivado las partículas presentes en las emisiones de los motores diésel, las nanopartículas de origen industrial y las liberadas durante actividades como

35 Kuhl, K. *et al.*, "Informe relevante sobre los agentes tóxicos para la reproducción", págs. 17 y 18.

36 Martínez, M^aA. *et al.*, "Exploring the association between urinary bisphenol A, S, and F levels and semen quality parameters: Findings from Led-Fertyl cross-sectional study", *Environmental Research*, núm. 263, 2024, pág. 1.

37 Comunicación de la Comisión, de 20 de febrero de 2025, "Lista indicativa de medicamentos peligrosos de conformidad con el artículo 18 bis de la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición durante el trabajo a agentes carcinógenos, mutágenos o reprotóxicos (C/2025/1150)", Diario Oficial de la Unión Europea.

la soldadura. Estas partículas finas y ultrafinas poseen la capacidad de depositarse en los pulmones tras su inhalación, resultando su eliminación lenta y limitada. Una vez en el tejido pulmonar, pueden desencadenar procesos inflamatorios persistentes y generar estrés oxidativo en las vías respiratorias. A su vez, la producción de mediadores inflamatorios puede interferir en la función reproductiva y afectar negativamente al desarrollo fetal³⁸. Si estas partículas logran pasar al torrente sanguíneo, no se descarta su impacto directo sobre el aparato reproductor, la placenta o el desarrollo fetal. La toxicidad también puede ser el resultado de los compuestos tóxicos unidos a las partículas.

Particularmente interesante resulta el análisis de los nanomateriales y su interacción con el cuerpo humano, habida cuenta de su aplicación en una amplia gama de actividades. Habitualmente, estos materiales están compuestos por nanopartículas de óxido de zinc, nanopartículas de dióxido de titanio, nanopartículas de sílice, nanopartículas de plata, nanopartículas de oro y nanopartículas poliméricas, entre otras³⁹. En la actualidad, los nanomateriales se utilizan en la reducción de contaminantes orgánicos en agua; como transportadores de fármacos y biomarcadores para la detección de cáncer; en la encapsulación de nutrientes; o para incrementar la resistencia de los tejidos en la industria textil⁴⁰. La exposición laboral a nanomateriales puede producirse en cualquiera de las fases de su ciclo de vida, desde la fabricación y la incorporación en productos intermedios o finales, hasta su uso profesional y la gestión de los residuos que los contienen, así como durante la realización de tareas de mantenimiento y limpieza⁴¹.

Si bien tienen propiedades físico-químicas excepcionales y muy beneficiosas para múltiples sectores, los estudios sugieren que las nanopartículas pueden acumularse en las células e inducir toxicidad. Las nanopartículas inhaladas o ingeridas por una embarazada tienen la capacidad de atravesar la barrera placentaria hacia el sistema de circulación sanguínea embrionaria, lo que puede afectar al desarrollo del embrión; una vez en los tejidos fetales, son capaces de causar estrés oxidativo⁴². Del mismo modo, las nanopartículas acumuladas en las barreras primarias del tejido materno pueden desencadenar la liberación de mediadores inflamatorios y factores de señalización solubles que, al alcanzar la placenta y el feto, provocan efectos tóxicos.

Desde un punto de vista más optimista, el “veneno” podría ser el “antídoto”, pues la nanotecnología permite el desarrollo de nuevas terapias basadas en nanopartículas para abordar complicaciones durante el embarazo. Una validación y estandarización más rigurosa de las pruebas de toxicidad resultaría sumamente oportuna para garantizar un uso seguro de las nanopartículas. Es más, en el

38 Kuhl, K. et al., “Informe relevante sobre los agentes tóxicos para la reproducción”, pág. 23.

39 Rodríguez Rodríguez, S., “Nanopartículas, enemigas ‘invisibles’ del embarazo”, *MoleOla: Revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, núm. 45, 2022, pág. 1.

40 Del Carmen Salinas Pérez, F. et al., “Pruebas toxicológicas para la evaluación de nanomateriales”, *Pädi Boletín Científico de Ciencias Básicas e Ingenierías del ICBI*, núm. extra 11, 2023, págs. 88 y 89.

41 Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, *Seguridad y salud en el trabajo con nanomateriales*, Madrid, 2015, pág. 13.

42 Rodríguez Rodríguez, S., “Nanopartículas, enemigas ‘invisibles’ del embarazo”, *cit.*, pág. 2.

campo de la medicina reproductiva, las nanopartículas han demostrado ser un importante aliado en el diagnóstico y tratamiento de trastornos relacionados con la infertilidad. Además, se han empleado en terapias frente a afecciones oncológicas (cáncer de próstata y cáncer de ovario y útero) y para el tratamiento de enfermedades no cancerosas como la endometriosis, las infecciones genitales o los fibromas uterinos⁴³.

El presente apartado no podría concluir sin una referencia a los alteradores endocrinos, presentes en multitud de sectores como agricultura, limpieza, fabricación de plásticos o construcción. La Organización Mundial de la Salud considera que un alterador endocrino es una “sustancia química exógena o una mezcla de ellas que altera las funciones del sistema endocrino causando efectos adversos para la salud en un individuo sano o sus descendientes”⁴⁴. Los alteradores endocrinos alteran el equilibrio hormonal y pueden ser naturales, sintéticos, industriales o subproductos. Actúan imitando la acción de una hormona natural, bloqueando los receptores hormonales de las células o alterando la concentración natural de hormonas en el organismo.

Estas sustancias pueden modificar la velocidad de crecimiento, el desarrollo y el funcionamiento de los órganos sexuales, la reproducción y el comportamiento de las personas. Entre las enfermedades asociadas a los alteradores endocrinos se citan las alteraciones de la capacidad reproductiva de mujeres y hombres, así como cánceres en órganos del sistema reproductivo. Los daños en la salud reproductora incluyen pubertad precoz, reducción de la fecundidad femenina, síndrome de ovarios poliquísticos, reducción de la fertilidad y daños congénitos, endometriosis, fibroides uterinos, disminución de la calidad del semen, criptorquidia e hipospadias⁴⁵. A mayor abundamiento, sus efectos pueden ser hereditarios, de modo que las generaciones posteriores padecen distintas afecciones, aun cuando no han estado directamente expuestas.

El Reglamento (CE) n° 1907/2006 relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (Reglamento REACH), incluye a los alteradores endocrinos en el grupo de sustancias extremadamente preocupantes. La Comisión Europea impulsó en 2018 la estrategia comunitaria en materia de alteradores endocrinos, introduciendo cambios en varios marcos normativos para incluir de manera específica criterios científicos para la determinación de las propiedades de alteración endocrina. Así, el Reglamento (CE) n° 1107/2009 relativo a la comercialización de productos fitosanitarios ha sido adaptado mediante el Reglamento Delegado (UE) n° 2018/605, de 19 de abril de 2018; mientras el Reglamento (UE) n° 528/2012 relativo a la comercialización y el uso de los biocidas fue modificado por el Reglamento Delegado (UE) n° 2017/2100, de 4 de septiembre de 2017.

Posteriormente, en 2020, la Comisión Europea puso en marcha la estrategia de sostenibilidad de la UE para las sustancias químicas, orientada a lograr un entorno libre de sustancias tóxicas, como parte del Pacto Verde Europeo, incorporando dentro de sus objetivos la gestión de aquellas

43 Hurtado Carrasco, J. y García Brenes, M.A., “¿Nanotecnología reproductiva?”, *MoleQla: Revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, núm. 45, 2022, págs. 5-7.

44 Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Identificación de los alteradores endocrinos en el ámbito laboral*, Madrid, 2022, pág. 3.

45 Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Alteradores endocrinos. Identificar para evaluar y controlar*, Madrid, 2022, pág. 13.

sustancias con propiedades de alteración endocrina. El Reglamento 2020/878 de la Comisión, de 18 de junio de 2020, ha modificado el anexo II del Reglamento REACH a fin de incorporar los requisitos para incluir en la ficha de datos de seguridad información sobre estas sustancias.

El Reglamento Delegado (UE) 2023/707 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2022, por el que se modifica el Reglamento CLP, ha incluido nuevas clases de peligro para proteger mejor a las personas y al medioambiente de los productos químicos peligrosos. Así, habida cuenta del conocimiento científico cada vez mayor en la identificación de sustancias altamente preocupantes debido a sus propiedades de alteración endocrina y en la identificación de sustancias PBT (persistentes, bioacumulables y tóxicas), mPmB (muy persistentes y muy bioacumulables), PMT (persistentes, móviles y tóxicas) y mPmM (muy persistentes y muy móviles), resulta imprescindible introducir nuevas clases de peligro. En concreto, establece para los alteradores endocrinos dos categorías de peligro, así como los criterios para clasificarlos en alguna de ellas.

En el ámbito nacional, a los alteradores endocrinos se les aplica la normativa de referencia sobre sustancias químicas y prevención de riesgos laborales. Las evaluaciones de riesgos por exposición a agentes químicos en el lugar de trabajo han de tomar en consideración la eventual presencia de alteradores endocrinos y adoptar, en caso necesario, propuestas de control de acuerdo con su peligrosidad.

4.3. Riesgos reprotóxicos de naturaleza no química: agentes biológicos, factores físicos y psicosociales

El empresario debe tener en cuenta en la evaluación de riesgos los agentes biológicos y los factores físicos y psicosociales que puedan ejercer efectos de toxicidad en la salud sexual y reproductiva del personal. También hay estudios sobre los efectos de las horas de trabajo, los turnos y las cuestiones ergonómicas en la reproducción, de forma que es necesario examinar la organización del trabajo en las empresas. En cualquier caso, los trabajadores pueden estar expuestos no únicamente a agentes individuales, sino también a mezclas o combinaciones de varios factores simultáneamente.

Los agentes biológicos son microorganismos (bacterias, virus, hongos, cultivos celulares, etc.) capaces de originar enfermedades o afectar a la salud humana. Los trabajadores pueden estar expuestos a agentes biológicos de forma directa, al manipularlos en actividades como las realizadas en laboratorios de investigación, o de manera indirecta, como ocurre en el caso de profesionales sanitarios, ganaderos, agricultores o empleados de plantas de clasificación de residuos. Los agentes infecciosos pueden influir negativamente en la fertilidad y ocasionar efectos adversos durante el embarazo, entre ellos parto prematuro, aborto espontáneo, bajo peso al nacer, trastornos del desarrollo o cáncer infantil. Las exposiciones a ciertos agentes infecciosos como el citomegalovirus, la rubéola o la toxoplasmosis, se asocian a un mayor riesgo de defectos congénitos⁴⁶.

46 Kuhl, K. et al., "Informe relevante sobre los agentes tóxicos para la reproducción", pág. 34.

Profesionales sanitarios, docentes, cuidadores de niños pequeños y trabajadores que mantienen contacto frecuente con animales pueden estar más expuestos a dichos agentes, lo que evidencia la importancia de implementar medidas preventivas eficaces, como el control estricto de la higiene, el uso de equipos de protección adecuados, la vigilancia de la inmunización y la promoción de programas de educación sanitaria dirigidos a los colectivos de mayor riesgo. Resulta oportuno investigar los agentes sobre los que existe la sospecha de que influyen en la reproducción en aras de identificar las eventuales complicaciones y adoptar medidas. Al implementar medidas preventivas se tendrán en cuenta la naturaleza del agente biológico, sus vías de transmisión, la probabilidad de contagio, las estrategias de control disponibles —como el aislamiento físico— y la aplicación de prácticas de higiene habituales. El empresario deberá llevar a cabo pruebas de inmunidad en aquellos trabajadores que desarrollen actividades consideradas de riesgo.

Por otro lado, en el ámbito laboral existen numerosos procesos industriales y condiciones de trabajo en los que los agentes físicos representan un riesgo significativo, con una marcada influencia sobre la salud de la población trabajadora. Los agentes físicos actúan sobre el organismo humano, manifestándose como energía mecánica (ruido, vibraciones), energía calórica (calor y frío) o energía electromagnética (radiaciones).

La exposición a radiación ionizante puede afectar a distintos colectivos profesionales, entre ellos dentistas, auxiliares de odontología, personal médico y técnico en radiología, especialistas en medicina nuclear, radiólogos, trabajadores de laboratorio que manipulan radioisótopos, investigadores especializados o empleados de plantas nucleares. Los efectos adversos de esta exposición sobre el padre, la madre o el feto en desarrollo dependen de la cantidad de energía absorbida por los tejidos diana, pudiendo provocar muerte celular, mutaciones en el ADN, daños cromosómicos e incluso cáncer. En las investigaciones sobre posibles trastornos de la reproducción relacionados con los campos eléctricos y magnéticos los resultados no se consideran en general lo bastante claros y consistentes; no obstante, se recomienda evitar los campos electromagnéticos fuertes⁴⁷.

Algo semejante ocurre con la exposición al frío, pues no parece producir impactos adversos significativos en hombres o en mujeres embarazadas; sin embargo, la prevención frente a temperaturas bajas debe seguir las buenas prácticas laborales establecidas. En cambio, la permanencia en lugares de trabajo con altas temperaturas se ha asociado en el caso de los varones con daños en las células germinales, disminuyendo tanto el número como la movilidad de los espermatozoides. En paralelo, los ambientes con niveles de ruido muy elevados pueden afectar a la salud reproductiva, determinando una disminución de la fertilidad, alteraciones en el ciclo menstrual y un mayor riesgo de parto prematuro; mientras, la vibración continuada también se ha vinculado con una reducción de la fertilidad. Los trabajadores deben evitar realizar tareas que impliquen riesgos derivados de la exposición a vibraciones, fundamentalmente aquellas de baja frecuencia o que generen impactos y sacudidas en la parte inferior del cuerpo.

47 CC.OO., *Guía sobre riesgos laborales durante la reproducción, embarazo y lactancia*, Secretaría de Salud Laboral CC.OO. Castilla y León, 2007, pág. 22.

En este punto del discurso, se ha de parar la atención en otras condiciones de trabajo que influyen en la salud sexual y reproductiva, pues hoy se sabe que existen factores de riesgo ligados a la complejidad de la tarea, el ritmo de trabajo, la necesidad de adaptarse a tareas diferentes, el aumento de la carga de trabajo o incluso el sedentarismo. De hecho, las actividades realizadas en posición sentada guardan relación con un incremento de la temperatura local de los testículos, reduciendo la movilidad de los espermatozoides. En el extremo opuesto, en las ocupaciones que requieren un esfuerzo físico significativo se han observado problemas en el sistema reproductor femenino, tales como irregularidades menstruales, amenorrea u oligomenorrea.

Si la carga de trabajo provoca estrés y ansiedad, esto puede derivar en la inhibición del deseo sexual. Trabajar bajo altos niveles de fatiga, especialmente cuando se combina con jornadas prolongadas y periodos de descanso insuficientes, puede disminuir la fertilidad. Las trabajadoras por turnos presentan, con mayor frecuencia, síntomas como el estrés, irritabilidad, agitación, ansiedad, nerviosismo, cansancio y falta de energía, los cuales impactan negativamente en el curso del embarazo. La desincronización de los ritmos biológicos del organismo típica del trabajo a turnos y nocturno puede afectar tanto a la fertilidad como al desarrollo del feto: primero, la alteración de los ritmos biológicos maternos interfiere en la capacidad del feto para sincronizar sus propios ritmos; y segundo, al desincronizar dichos ritmos maternos, se alteran marcadores temporales esenciales para procesos de desarrollo que requieren una estricta coordinación⁴⁸.

Finalmente, en relación con los riesgos psicosociales, el estrés en las mujeres embarazadas afecta al feto tanto por cambios fisiológicos como por alteraciones en el comportamiento de la madre. El aumento de hormonas del estrés, como el cortisol, modifica el entorno hormonal materno y puede traspasar la placenta, impactando en el desarrollo fetal y neurológico. Es más, el estrés reduce el flujo de sangre hacia la placenta, comprometiendo el intercambio de nutrientes y oxígeno. El sistema inmunitario de la madre también se resiente por el estrés, aumentando la susceptibilidad a infecciones con posibles repercusiones sobre el feto.

4.4. Medidas preventivas y de protección a raíz del Real Decreto 612/2024

El Real Decreto 612/2024, de 2 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, tiene por objeto ajustar su contenido a la Directiva (UE) 2022/43. Esta actualización integra la protección frente a agentes reprotóxicos capaces de producir efectos adversos sobre la función sexual y la fertilidad de hombres y mujeres adultos, así como sobre el desarrollo de los descendientes o la lactancia. La norma introduce nuevas definiciones, adapta las medidas preventivas para su correcta aplicación a estos agentes y establece valores límite. Así pues, sustituye la tabla de valores límite de exposición profesional, añadiendo dos agentes cancerígenos y doce agentes reprotóxicos y reduciendo el valor límite del benceno.

48 Kuhl, K. *et al.*, "Informe relevante sobre los agentes tóxicos para la reproducción", pág. 39.

En lo relativo a la evaluación de los riesgos, las novedades más significativas se refieren: de un lado, a la manera de llevarla a cabo, que deberá realizarse considerando la guía técnica de riesgos elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo; de otro, a la mayor protección conferida a los trabajadores especialmente sensibles, debido a la conveniencia de que dichas personas no trabajen en zonas donde puedan estar en contacto con agentes reprotóxicos. Cabe recordar que el art. 25 de la LPRL, dedicado a los trabajadores especialmente sensibles, ya establecía la obligación del empresario de considerar en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan perjudicar a la función reproductiva de las personas trabajadoras y, en particular, la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos con efectos mutagénicos o tóxicos para la reproducción. Estas disposiciones, en definitiva, responden al principio de adaptación del trabajo a la persona⁴⁹.

Procede matizar que el empleador tendrá debidamente en cuenta la posibilidad de que pudiera no existir un nivel de exposición seguro para la salud de la plantilla. Al ampliar el ámbito de aplicación, la norma diferencia entre “agente reprotóxico sin umbral” —para el que no hay un nivel de exposición seguro— y “agente reprotóxico con umbral” —para el que sí existe un nivel de exposición seguro por debajo del cual no hay riesgos para la salud—, haciendo la distinción correspondiente en la columna de observaciones del anexo III.

La evaluación de los riesgos ha de mantenerse actualizada, revisándose periódicamente, en función de la naturaleza y gravedad del riesgo y la posibilidad de que este se incremente por causas que pasen inadvertidas. Igualmente, hay que tomar en consideración los criterios de la guía técnica del INSST cuando se produzcan cambios en las condiciones que puedan afectar a la exposición de los trabajadores a agentes reprotóxicos; cuando se hayan detectado alteraciones de la salud de los empleados que puedan deberse a la exposición a dichos agentes; o cuando el resultado de los controles periódicos ponga de manifiesto la posible inadecuación o insuficiencia de las medidas de prevención y de protección.

Los trabajadores recibirán formación e información detallada basada en todos los datos disponibles, que deberán actualizarse conforme avancen los conocimientos sobre los riesgos existentes y se identifiquen nuevos peligros.

Entre las medidas de higiene personal y protección individual, el texto legal dispone que los trabajadores identificados en la evaluación de riesgos como expuestos a agentes cancerígenos, mutágenos o reprotóxicos dispondrán, dentro de la jornada laboral, del tiempo para su aseo personal, fijando un máximo de 10 minutos antes de la comida y otros 10 minutos antes de abandonar el trabajo. En ningún caso se podrá acumular este tiempo ni utilizar para fines distintos.

Asimismo, la vigilancia de la salud será obligatoria para el trabajo con un agente carcinógeno, mutágeno o reprotóxico, cuando se haya fijado un valor límite biológico en el anexo III bis. Este anexo solo establece un valor límite biológico para el plomo y sus compuestos inorgánicos, de manera

49 Castro Medina, R., “Estructura jurídico-social de protección laboral para la mujer trabajadora contemporánea en situaciones relacionadas con la maternidad”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 2, 2023, pág. 222.

que los empleados expuestos a una concentración en el aire superior a dicho límite deberán someterse a un reconocimiento médico⁵⁰.

Si algún trabajador padece un trastorno que pueda estar relacionado con la exposición a agentes reprotóxicos o si se constata que ha superado un valor límite biológico, el personal médico o las autoridades sanitarias podrán requerir que otros trabajadores con exposiciones similares sean sometidos a vigilancia adecuada y específica de la salud.

A modo de cierre, el empresario tiene el deber de conservar el listado de los trabajadores expuestos a agentes reprotóxicos y sus historiales médicos, una vez ha finalizado la exposición, al menos, durante cinco años. A su vez, existe la obligación de comunicar a la autoridad laboral todos los casos de cáncer, efectos adversos sobre la función sexual y la fertilidad de personas trabajadoras adultas o toxicidad para el desarrollo de los descendientes reconocidos como contingencia profesional.

5. CONCLUSIONES

La denominada brecha de género del dolor refleja un fenómeno estructural que trasciende el ámbito clínico y se proyecta directamente sobre las relaciones laborales y la igualdad de oportunidades. La desvalorización histórica de las “enfermedades de mujeres” —por ejemplo, menstruación dolorosa, endometriosis, menopausia o algunos trastornos asociados a la fertilidad— no solo evidencia un sesgo androcéntrico en la investigación y la práctica médica, sino que también perpetúa la invisibilidad de las necesidades específicas de salud de las trabajadoras. Desde una perspectiva jurídica, esta brecha se traduce en una insuficiente respuesta normativa y preventiva por parte del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. De hecho, el estudio realizado revela que, pese a los avances normativos recientes y la doctrina judicial de los últimos años, persisten importantes desafíos en la integración real de la perspectiva de género.

En primer lugar, la Ley Orgánica 1/2023 incorpora tres nuevos supuestos de bajas por incapacidad temporal, esto es, en caso de menstruación dolorosa, interrupción del embarazo y gestación en estado avanzado. No obstante, estas situaciones especiales han suscitado dudas tanto desde el punto de vista conceptual, como respecto a su coherencia con el esquema tradicional de protección por incapacidad de la Seguridad Social.

En paralelo, la escasa utilización de la baja por dismenorrea secundaria evidencia la necesidad de prever mecanismos complementarios que incluyan la sensibilización, la negociación colectiva en esta materia —hoy en día brillan por su ausencia las referencias a la menstruación en los convenios colectivos—, la opción por el teletrabajo y la posibilidad de alcanzar acuerdos individuales o colec-

50 Alegre Nueno, M., “Novedades en la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos, mutágenos o reprotóxicos”, en AA.VV. (Casas Baamonde, M^aE. Coord.), *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: las claves de 2024*, Cinca, Madrid, 2025, pág. 310.

tivos que permitan adaptar la jornada o las funciones según las circunstancias concretas de cada mujer. De este modo, se podrían minorar aquellos efectos estigmatizadores que han sido objeto de debate tras la entrada en vigor del texto legal, evitando el tan temido y nocivo *backlash* empresarial.

La causa de incapacidad temporal por interrupción del embarazo aparece correctamente diferenciada de otras contingencias, garantizando un tratamiento uniforme de los casos. En cambio, la incapacidad temporal por gestación avanzada desde la semana trigésima novena hasta la fecha del parto permite entrever ciertos tintes economicistas. La figura de la incapacidad temporal no parece encajar adecuadamente, pues existen otras prestaciones del sistema que podrían ofrecer una protección más idónea para la salud de la gestante en esta fase. En todo caso, resulta crucial evitar que la protección a las gestantes restablezca la analogía entre embarazo y enfermedad.

En segundo término, la normativa debe avanzar hacia una comprensión integral de la salud reproductiva que no se limite a la maternidad. Cuestiones como la menopausia, la andropausia, la infertilidad y los tratamientos de reproducción asistida siguen recibiendo una escasa atención por parte del legislador y del diálogo social.

La infertilidad femenina en España responde, en buena medida, a factores de índole social que condicionan y retrasan el momento de la maternidad. Paralelamente, el acceso a las técnicas de reproducción asistida ha estado históricamente sujeto a criterios restrictivos que han propiciado un enfoque discriminatorio hacia las familias monoparentales, las mujeres sin pareja y las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ+.

Por suerte, la reforma introducida por la Orden SND/1215/2021 representó un avance significativo al eliminar los requisitos de carácter discriminatorio y reconocer el derecho de todas las mujeres —con independencia de su orientación sexual, identidad de género o situación familiar— a acceder a las técnicas de reproducción asistida en el sistema sanitario público. Sin embargo, pese a este loable progreso normativo, muchas mujeres siguen enfrentando prejuicios en sus entornos laborales cuando se someten a tratamientos de fertilidad.

Así pues, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de analizar si el despido disciplinario, producido tras un aborto y mientras la trabajadora se encontraba en tratamiento de fertilidad, debe considerarse nulo por implicar una vulneración de derechos fundamentales. De esta manera, ha establecido, de manera contundente, que la nulidad de un despido producido durante un tratamiento de fertilidad no opera de forma automática. Para que dicha nulidad pueda estimarse, resulta necesario que la empresa tenga conocimiento de la situación al momento de adoptar la decisión extintiva, a fin de poder valorar la eventual existencia de discriminación por razón de sexo. En este sentido, debe concurrir un panorama indiciario que permita inferir que la causa real del despido está vinculada a la condición femenina de la trabajadora y a las circunstancias médicas derivadas del tratamiento de fertilidad.

En tercer lugar, el estudio subraya el papel fundamental de la prevención de riesgos laborales en relación con los agentes reprotóxicos. En el entorno laboral pueden identificarse múltiples riesgos que afectan a la salud reproductiva, no solo vinculados a la exposición a sustancias químicas, sino

también a factores de naturaleza física, biológica, ergonómica y psicosocial. Asimismo, diversos estudios han puesto de manifiesto los efectos que pueden tener la duración de la jornada y los turnos de trabajo sobre la función reproductiva.

En las últimas décadas se ha constatado un incremento significativo de las complicaciones durante el embarazo, así como de los trastornos vinculados al desarrollo embrionario y fetal. Igualmente, se observa un aumento del número de personas con dificultades para concebir, lo que ha motivado que un porcentaje creciente de potenciales madres y padres recurra a técnicas y tratamientos de reproducción asistida.

Si bien la normativa en materia de seguridad y salud laboral ha centrado tradicionalmente su atención en la protección de las mujeres embarazadas, los riesgos reprotóxicos pueden afectar tanto a mujeres como a hombres, e incluso proyectar sus efectos sobre las generaciones futuras. Asimismo, la investigación científica ha puesto el foco en los denominados alteradores endocrinos, agentes medioambientales capaces de provocar alteraciones en los mecanismos de herencia transgeneracional y de comprometer la salud reproductiva de la población trabajadora.

En cualquier caso, resulta fundamental considerar las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, incluyendo aspectos anatómicos, fisiológicos, genéticos, moleculares y bioquímicos, así como las diferencias socioculturales vinculadas a las expectativas, roles y características asociadas a cada género, que podrían influir en la exposición laboral.

Como es sabido, existen diferencias de género en la forma en que ciertas sustancias se metabolizan o se acumulan en el organismo. Por ello, resulta recomendable implementar medidas tales como: evaluar y cuantificar las sustancias peligrosas prevalentes en ocupaciones predominantemente masculinas o femeninas; considerar los efectos específicos de los productos químicos sobre la salud reproductiva de las mujeres; sensibilizar a los profesionales encargados de la evaluación de riesgos sobre las cuestiones de género pertinentes; o planificar campañas de inspección en sectores y actividades feminizadas, prestando especial atención a aquellas con mayor exposición a reprotóxicos. No obstante, gran parte de las sustancias químicas presentes en los entornos laborales carece de análisis específicos que permitan determinar su posible impacto en la salud reproductiva, lo que constituye un importante punto ciego en materia de prevención.

Por último, el Real Decreto 612/2024, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, incorpora la protección frente a agentes reprotóxicos capaces de producir efectos adversos sobre la función sexual y la fertilidad de hombres y mujeres adultos, así como sobre el desarrollo de la descendencia y la lactancia.

Es importante precisar que el empleador debe considerar la posibilidad de que no exista un nivel de exposición seguro para la salud de la plantilla. Además, se establece la obligación de notificar a la autoridad laboral todos los casos de cáncer, impactos negativos sobre la función sexual y la fertilidad en trabajadores adultos, o toxicidad para el desarrollo de la descendencia, cuando sean reconocidos como contingencias profesionales.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alcorta Idiaquez, I., "Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida", *DS: Derecho y salud*, vol. 11, núm. 2, 2003.
- Alegre Nuevo, M., "Novedades en la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos, mutágenos o reprotóxicos", en AA.VV. (Casas Baamonde, M^a.E. Coord.), *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: las claves de 2024*, Cinca, Madrid, 2025.
- Arrimadas Berzosa, C. y Ugena Díaz, L., "Exposición laboral a agentes reprotóxicos: una mirada con perspectiva de género", *Seguridad y salud en el trabajo*, núm. 120, 2025.
- Castro Medina, R., "Estructura jurídico-social de protección laboral para la mujer trabajadora contemporánea en situaciones relacionadas con la maternidad", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 2, 2023.
- CC.OO., *Guía sobre riesgos laborales durante la reproducción, embarazo y lactancia*, Secretaría de Salud Laboral CC.OO. Castilla y León, 2007.
- CES, Dictamen 9/2022 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, aprobado en sesión ordinaria del Pleno del día 29 de junio de 2022.
- Damian Aucancela, M.C.; Jaya Baldeón, V.A. y López Orozco, S.A., "Innovaciones en el diagnóstico y tratamiento de la endometriosis: Perspectivas clínicas, educativas y tecnológicas", *Imaginario Social*, vol. 8, núm. 1, 2025.
- De Fuentes García-Romero de Tejada, C. y Armijo Suárez, O., "La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas", en AA.VV. (Casas Baamonde, M^a.E. Coord.), *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: las claves de 2023*, Cinca, Madrid, 2024.
- Del Carmen Salinas Pérez, F. et al., "Pruebas toxicológicas para la evaluación de nanomateriales", *Pädi Boletín Científico de Ciencias Básicas e Ingenierías del ICBI*, núm. extra 11, 2023.
- FAMS, "Prácticas discriminatorias en reproducción asistida", *Equipo de Estudios de la Federación de Asociaciones de Familias Monoparentales*, núm. 10, 2022.
- García Gil, M. B. y Castro Conte, M., "El derecho a la salud de las mujeres con especial referencia a las nuevas prestaciones de incapacidad temporal (Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 480, 2024.
- Guamán, A., "¿Un Derecho del Trabajo feminista? La incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria o el derecho a trabajar sin dolor", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 159, 2024.
- Hämmerli, S. et al., "Does Endometriosis Affect Sexual Activity and Satisfaction of the Man Partner? A Comparison of Partners From Women Diagnosed With Endometriosis and Controls", *The Journal of Sexual Medicine*, vol. 15, núm. 6, 2018.
- Hurtado Carrasco, J. y García Brenes, M.A., "¿Nanotecnología reproductiva?", *MoleQla: Revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, núm. 45, 2022.

LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, *Seguridad y salud en el trabajo con nanomateriales*, Madrid, 2015.
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Alteradores endocrinos. Identificar para evaluar y controlar*, Madrid, 2022.
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Identificación de los alteradores endocrinos en el ámbito laboral*, Madrid, 2022.
- Instituto Nacional para la Seguridad y Salud Ocupacional, "Efectos de los riesgos ocupacionales en la salud reproductiva del hombre", *NIOSH*, núm. 96-132, 1996 (modificado en 2015).
- Kuhl, K. et al., "Informe relevante sobre los agentes tóxicos para la reproducción", Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016.
- López Insua, B.M., "Derecho a trabajar 'sin dolor': la cara femenina de la incapacidad temporal tras la LO 1/2023, de 28 de febrero", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 2, 2023.
- Martínez, M^a.A. et al., "Exploring the association between urinary bisphenol A, S, and F levels and semen quality parameters: Findings from Led-Fertyl cross-sectional study", *Environmental Research*, núm. 263, 2024.
- Molina Navarrete, C., "La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 466, 2022.
- Molina Navarrete, C., "Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos 'derechos sexuados' desde la menstruación a la menopausia?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 471, 2022.
- Organización Mundial de la Salud, "Crear lugares de trabajo saludables y equitativos para hombres y mujeres: guía para empleadores y representantes de los trabajadores", serie protección de la salud de los trabajadores, núm. 11, 2011.
- Palacios, E. y Jadresic, E., "Aspectos emocionales en la infertilidad: una revisión de la literatura reciente", *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, vol. 38, núm. 2, 2000.
- Poyatos i Matas, G., "De la histeria a la fibromialgia, 'las enfermedades de mujeres' que repugnan al Derecho", *Labos*, vol. 6, núm. 1, 2025.
- Ramos-Pichardo, J.D. et al., "Why Do Some Spanish Nursing Students with Menstrual Pain Fail to Consult Healthcare Professionals?", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 17, núm. 21, 2020.
- Rodríguez Rodríguez, S., "Nanopartículas, enemigas 'invisibles' del embarazo", *MoleQla: Revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide*, núm. 45, 2022.

LA GENERACIÓN QUE NO DESPEGA: Trabajo precario, cultura laboral y reformas para la juventud*

THE GENERATION THAT HAVEN'T TAKEN OFF:
Precarious Work, Work Culture and Youth Reforms

Clara María Arrondo Asensio

Graduada social y Analista web en la empresa privada

claratuderini@gmail.com ORCID [0009-0009-9221-5810](https://orcid.org/0009-0009-9221-5810)

Recepción de trabajo: 26-09-2025 - Aceptación: 20-10-2025 - Publicado: 31-10-2025

Páginas: 74-98

- 1. JUVENTUD SOBRECUALIFICADA Y SIN TRABAJO: EL PANORAMA ACTUAL. ■ 2. EL VALOR DEL TRABAJO PARA LA JUVENTUD ESPAÑOLA. ■ 2.1. El giro generacional en la cultura del trabajo. ■ 2.2. Condiciones laborales y malestar juvenil: ¿trabajar para qué? ■ 2.3. Retos para las nuevas relaciones laborales: breves conclusiones. ■ 3. MEDIDAS PREVISTAS POR EL GOBIERNO DE ESPAÑA EN EL ÁMBITO JURÍDICO-SOCIAL: UN GIRO POR LA JUVENTUD. ■ 3.1. Una brevísima referencia a algunas de las medidas más recientes. ■ 3.2. Medidas previstas en el ámbito laboral. ■ 3.3. Otras reformas estructurales urgentes para garantizar el futuro económico de las personas jóvenes. ■ 4. BIBLIOGRAFIA CITADA

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de I+D+i "Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales" (ref. B1-2023_031); y en el Grupo SEJ-347 sobre "Políticas de empleo, igualdad e inclusión social", financiado por la Junta de Andalucía.

RESUMEN

Este artículo analiza la situación laboral de la juventud española en un contexto de sobrecualificación, precariedad laboral e incertidumbre estructural. A través de esta aproximación, se examina el desajuste entre el alto nivel formativo de las personas jóvenes y la falta de oportunidades dignas en el mercado de trabajo de nuestro país. Se abordan los cambios en la cultura del trabajo, las nuevas actitudes generacionales y el impacto de las condiciones laborales sobre el bienestar juvenil. Asimismo, se identifican los principales retos para la transformación del modelo laboral vigente y se revisan las medidas jurídico-sociales adoptadas en los últimos años por el Gobierno de España, con especial atención de las que quedan pendientes.

PALABRAS CLAVE: cultura laboral, juventud, precariedad laboral, reformas laborales, valor del trabajo.

ABSTRACT

This article analyzes the employment situation of Spanish youth in a context of overqualification, job insecurity, and structural uncertainty. Through this approach, it examines the mismatch between the high educational level of young people and the lack of decent opportunities in our country's labor market. It addresses changes in work culture, new generational attitudes, and the impact of working conditions on youth well-being. It also identifies the main challenges for transforming the current labor model and reviews the legal and social measures adopted in recent years by the Spanish government, paying special attention to those that remain pending.

KEYWORDS: Work Culture, Youth, Job Insecurity, Labour Reforms, Value of Work.

1. JUVENTUD SOBRECUALIFICADA Y SIN TRABAJO: EL PANORAMA ACTUAL

En un momento histórico caracterizado por la inestabilidad laboral, la precarización del empleo y la reconfiguración del modelo productivo, los/as jóvenes españoles/as se enfrentan a una de las mayores paradojas del siglo XXI: ser la generación más formada de la historia y, al mismo tiempo, una de las más castigadas por el desempleo y la sobrecualificación¹. Si bien organismos como el INJUVE² han destacado reiteradamente el potencial de la juventud española para hacer frente a los desafíos contemporáneos, los datos invitan a matizar esa afirmación y a contextualizarla dentro de una estructura socioeconómica que continúa reproduciendo desigualdades de clase, género, origen y territorio.

De acuerdo con el Informe *Panorama de la educación 2024. Indicadores de la OCDE (Education at a Glance 2024)*³, el 52% de la población española de entre 25 y 34 años ha alcanzado estudios de nivel terciario (FP de grado superior o educación universitaria), superando la media de la OCDE y de la UE25. Este fenómeno de expansión educativa ha beneficiado especialmente a las mujeres: según el citado informe, en 2023, el 58% de las mujeres jóvenes españolas de 25 a 35 años disponía de una titulación superior, frente al 46,1% de los hombres. Sin embargo, este aumento de la cualificación no se ha traducido automáticamente en una mejora proporcional de la calidad del empleo ni en una reducción de la desigualdad.

La segmentación del mercado laboral español impide que muchos/as jóvenes accedan a puestos acordes a su formación. Según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA)⁴, 3 de cada 10 jóvenes (el 29,2%) se encuentran sobrecualificados/as para su puesto trabajo. Este fenómeno, lejos de ser coyuntural, se vincula estructuralmente a una economía excesivamente basada en el turismo, los servicios y sectores poco intensivos en conocimiento, con escasa capacidad de absorción de perfiles técnicos y científicos. A ello se suma la inercia de un “ascensor social” averiado, donde la meritocracia educativa no garantiza la integración laboral.

1 Gómez Salado, M.Á., *La juventud en el contexto de las políticas legislativas de contenido socio-laboral: conceptualización, reformas normativas y cambios recientes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2024, págs. 40-43.

2 INJUVE, *Informe “Juventud en España” 2020*, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, marzo de 2021, pág. 7, disponible en: <https://www.injuve.es/observatorio/demografia-e-informacion-general/informe-juventud-en-espana-2020>.

3 OCDE, *Informe Panorama de la educación. Indicadores de la OCDE 2024. Informe español*, 2024, disponible en: <https://www.libreria.educacion.gob.es/libro/panorama-de-la-educacion-indicadores-de-la-ocde-2024-informe-espanol.184584/>. Vid. también, INEE, “Panorama de la Educación 2024. Indicadores de la OCDE. Equidad en Educación: Las brechas se cierran pero es necesario hacer más”, 20 de septiembre de 2024, disponible en: <https://inee.educacion.es/2024/09/20/panorama-de-la-educacion-2024-indicadores-de-la-ocde-equidad-en-educacion-las-brechas-se-cierran-pero-es-necesario-hacer-mas/>.

4 INE, *Encuesta de población activa (EPA). Módulo sobre jóvenes en el mercado laboral (Año 2024)*, 19 de junio de 2025, disponible en: <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/mEPA2024.htm>.

Las diferencias de clase continúan reproduciéndose en el acceso al empleo de calidad, y las trayectorias laborales de quienes egresan de la universidad lo evidencian con claridad. Aunque las tasas de desempleo ya no reflejan una brecha tan pronunciada entre instituciones públicas y privadas, los indicadores relacionados con la calidad del empleo sí muestran ventajas estructurales para quienes provienen de universidades privadas. Cuatro años después de finalizar los estudios, se observa una mayor proporción de afiliación como personas trabajadoras autónomas, una presencia más elevada en los grupos de cotización correspondientes a titulaciones superiores y una base media de cotización anual significativamente más alta, con una diferencia de 3.426,3 euros⁵. La falta de igualdad de oportunidades se traduce en trayectorias marcadas por la precariedad, la rotación contractual y la imposibilidad de planificación vital. Además, muchas personas jóvenes ocupadas tienen contratos temporales y/o a tiempo parcial.

Asimismo, el Informe *Panorama de la Educación 2024* pone de relieve cómo persisten desigualdades educativas previas al acceso al mercado de trabajo: el nivel socioeconómico condiciona la participación en la educación infantil, donde existen diferencias sustanciales según el nivel de renta; y el lugar de residencia influye en la calidad de los recursos escolares disponibles, como demuestra la alta concentración de escuelas pequeñas en entornos rurales. También persisten sesgos de género significativos en los campos de estudio: solo el 13% de las mujeres opta por titulaciones STEM, frente al 39,6% de los hombres, lo que perpetúa la segregación vertical en el mercado laboral y sus respectivas brechas salariales.

Aunque las personas jóvenes con estudios superiores presentan menores diferencias salariales por razón de sexo (las mujeres ganan el 91% del salario de sus homólogos varones, frente al 78% cuando no han completado la segunda etapa de secundaria), la precariedad sigue siendo la norma. La inestabilidad contractual y la imposibilidad de emancipación limitan la autonomía y el desarrollo de proyectos de vida propios.

Este panorama, lejos de ser una excepción, se ha consolidado como una constante generacional. La juventud trabajadora en España vive una cronificación de la incertidumbre, agudizada por el impacto de la pandemia, el encarecimiento de la vivienda y la escasez de empleo digno. El resultado es una generación que, pese a estar mejor preparada que nunca, vive peor que sus progenitores/as, sin poder desarrollar plenamente sus capacidades ni ejercer en condiciones de igualdad sus derechos socio-laborales.

En este contexto, no basta con aumentar los niveles de formación. Más bien, urge una transformación estructural del modelo productivo, acompañado de políticas públicas ambiciosas en materia de empleo juvenil, vivienda, innovación, movilidad profesional e igualdad. De lo contrario, se corre el riesgo de perpetuar una brecha intergeneracional creciente, de desaprovechar el capital humano más cualificado de nuestra historia y de socavar la confianza de la juventud en el contrato social democrático.

5 Fundación CYD, "La empleabilidad de los jóvenes en España 2024: ¿cómo es la inserción de los graduados universitarios?", Fundación CYD, 2025, disponible en: <https://www.fundacioncyd.org/publicaciones-cyd/la-empleabilidad-de-los-jovenes-en-espana-2024-como-es-la-insercion-de-los-graduados-universitarios/>.

2. EL VALOR DEL TRABAJO PARA LA JUVENTUD ESPAÑOLA

2.1. El giro generacional en la cultura del trabajo

Sostener que la juventud española ha modificado su actitud ante el trabajo puede resultar una afirmación insuficiente para describir la complejidad de la realidad actual. No nos hallamos meramente ante un giro en los valores juveniles, sino ante una ruptura cultural y estructural de mayor calado. La juventud que nació entre los años 1997 y 2012 —que representará el 30% de la fuerza laboral dentro de 5 años— se ha visto influenciada por las todavía recientes recesiones económicas, los conflictos armados y la pandemia de la COVID-19, de forma que las inquietudes profesionales de la generación venidera se alejan mucho de las que tenían sus madres y padres⁶.

La concepción tradicional del trabajo, entendida como eje central de la existencia, ha perdido vigencia en amplios sectores de la juventud. Para muchas y muchos jóvenes, esta visión no solo está en crisis, sino que ha quedado definitivamente superada: ya no se vive para trabajar, sino que se trabaja para vivir. El (viejo) trabajo ha muerto. Y no, este paradigma no responde a una moda pasajera, sino a una verdadera transformación generacional asentada en experiencias concretas de frustración, precariedad y falta de expectativas.

Entendiendo esta realidad, podemos empezar a explicar fenómenos crecientes como la sobre cualificación o la denominada “fuga de cerebros”, siendo verdaderas manifestaciones de una juventud que rechaza las condiciones laborales ofrecidas en su entorno inmediato. A diferencia de generaciones anteriores, hay jóvenes que no sólo retornan a los estudios de manera reactiva ante las recesiones económicas. Lo hacen de manera consciente, y se orientan estratégicamente hacia la mejora de su empleabilidad en un mercado global. La universidad, el aprendizaje de lenguas extranjeras y la movilidad internacional son concebidos como auténticos ascensores sociales, instrumentos con los que sortear una estructura nacional que no satisface sus aspiraciones profesionales ni vitales.

Así, las juventudes se rebelan en un claro acto de agencia: frente a ofertas de empleo precario, mal remunerado y sin perspectivas, la juventud ejerce su derecho a elegir y hay quienes no aceptan lo inaceptable. En este sentido, la actitud de la juventud no se define únicamente por una resistencia pasiva, sino por una proactividad crítica que interpela al propio modelo laboral heredado y reclama su transformación.

Las nuevas generaciones nacidas entre mediados de los años noventa y la primera década del siglo XXI conciben de forma diferente el trabajar: el trabajo como fuente de ingresos pasa a ser algo secundario, y empiezan a cobrar importancia valores éticos, relacionales, estructurales y vitales que configuran su relación con el empleo.

6 *El Periódico*, “Las prioridades de la Generación Z: El nuevo modelo de trabajo ideal”, *El Periódico*, 14 de octubre de 2024, disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20241014/prioridades-generacion-z-trabajo-117696655> (última consulta: 22 de junio de 2025).

Se espera cada vez más de las empresas —el 84,49% considera la reputación empresarial como un criterio crucial cuando deciden dónde trabajar⁷— y así, de entre los aspectos más destacados en las preferencias laborales de esta generación, se alza la demanda de la ética corporativa. La responsabilidad social corporativa lleva años en auge y hay muchas empresas que intentan demostrar cada año su aporte a las diferentes sociedades. No obstante, las empresas no deben convencer solamente a la ciudadanía de este aporte empresarial, sino que el impacto social y medioambiental de las organizaciones ahora es, más que nunca, valorado por las generaciones jóvenes y reclamado. La sostenibilidad, en particular, emerge como un eje central en la toma de decisiones laborales. Lejos de ser un elemento decorativo o secundario, los compromisos medioambientales, la justicia social y la transparencia corporativa se han convertido en criterios fundamentales para evaluar la idoneidad de las empresas para empezar a trabajar en ellas⁸.

La importancia que ha recibido estos últimos años esta demanda de responsabilidad social corporativa queda totalmente justificada si tenemos en cuenta algunos de los resultados arrojados por el informe “El futuro es el Clima” dónde el 97% de las personas jóvenes habían declarado que el cambio climático era un tema que les inquietaba, no en vano el 82,1% afirmaba haber sentido alguna vez “ecoansiedad”⁹.

Del mismo modo, la calidad del trato recibido en el entorno de trabajo es un tema de vital importancia para la juventud: el clima organizacional y la apertura al diálogo son condiciones que influirán en si optan o no por una empresa, influyendo en su nivel de satisfacción y en la visión a futuro en la misma¹⁰. La juventud exige entornos laborales dónde se promuevan una cultura colaborativa, de inclusión y reconocimiento, dónde se escuche su voz y se respete su individualidad: atrás quedan las comunicaciones verticales y las faltas de respeto. La inestabilidad vivida durante las diversas etapas formativas —marcadas por la crisis económica de 2008 y, más recientemente, por la COVID-19 y las repercusiones de los diversos conflictos internacionales— han dejado una huella profunda en las expectativas de estas nuevas generaciones. Expectantes presenciaron el desempleo y la inseguridad laboral de sus progenitores y de todas las personas que las rodeaban y, como consecuencia, presentan una clara preferencia por empleos más estables; que sean capaces de proporcionarles seguridad económica y puedan permitirles desarrollar un verdadero proyecto vital¹¹; y es que casi 6 de cada 10 personas (un 56%) que planea oponer próximamente, tienen entre 18 y 34 años. Esto

7 RRHHDigital, “Las prioridades laborales de los jóvenes están cambiando”, RRHHDigital, 4 de enero de 2025, disponible en: <https://www.rrhhdigital.com/secciones/actualidad/763347/las-prioridades-laborales-de-los-jovenes-estan-cambiando/> (última consulta: 22 de junio de 2025).

8 El Periódico, *op. cit.*, 2024.

9 Bokobo, S., “Demos Lab presenta los resultados de su proceso de participación ciudadana ‘El Futuro es Clima’”, Demos Lab, 3 de junio de 2024, disponible en: <https://www.demoslab.com/post/demos-lab-presenta-los-resultados-de-su-proceso-de-participacion-ciudadana-el-futuro-es-clima> (última consulta: 22 de junio de 2025).

10 RRHHDigital, *op. cit.* 2025.

11 El Periódico, *op. cit.*, 2024.

hace que la generación Z conforme el grupo con mayor ímpetu en preparar exámenes oficiales del Estado o de su Comunidad Autónoma¹², de hecho, 4 de cada 10 jóvenes menores de 25 años (el 75%) tienen pensado opositar¹³.

En añadido, cada vez se vuelve más común la búsqueda del bienestar integral, la juventud da una especial importancia a la salud mental y a la calidad del tiempo libre que les queda disponible¹⁴, y todo ello ocupa un lugar central en las nuevas demandas laborales. Estas nuevas generaciones priorizan aquellos empleos que permitan compatibilizar su vida personal con las nuevas obligaciones profesionales, así, entran a jugar un papel fundamental la flexibilidad horaria y las modalidades de trabajo híbridas o en remoto. Si bien el teletrabajo existía, a partir de la pandemia del COVID-19 aceleró una necesaria transformación organizativa que hoy día actúan como verdaderos beneficios a aportar por las empresas y, por tanto, claves en la retención del talento¹⁵.

Y es que, pese a que un 88% de las y los jóvenes preferiría quedarse más de dos años en una empresa, perciben que sus demandas no son completamente comprendidas por el sector privado: casi un tercio considera que las organizaciones responden adecuadamente ante sus necesidades de tiempo libre y las demandas de espacios de trabajo cómodos, ya que prácticas como el teletrabajo y el formato híbrido, aún no están plenamente instaurados en la mayoría de las empresas¹⁶. Finalmente, la juventud pone en valor la proyección y el desarrollo profesional que pueda alcanzar dentro de las empresas. Por ello, la existencia de oportunidades reales de desarrollo profesional, la formación continua, los programas de mentoría y el acceso a capacitaciones especializadas, son muy valoradas por las nuevas generaciones configurando un elemento más que considerar en la valoración de la oferta laboral que les ha sido propuesta. Esta orientación hacia el aprendizaje continuo refleja ambos, tanto el deseo de realización personal como una nueva estrategia de adaptación a un mercado laboral¹⁷.

En general, pese a que la remuneración económica continúa siendo el factor más determinante en la elección de un empleo —así lo afirmaba el 69'5% de las personas jóvenes encuestadas en el informe “Talento Joven: las motivaciones laborales de Millenials y Generación Z” elaborado por la EAE Business School en 2024—, comienzan a cobrar fuerza otros elementos vinculados al entorno y la calidad del trabajo. Entre los aspectos más valorados por la juventud emergen la calidad

12 Morales, E., “El 43% de los españoles ha opositado alguna vez en su vida en busca de estabilidad laboral”, *The Objective*, 28 de mayo de 2025, disponible en: <https://theobjective.com/economia/2025-05-28/espanoles-oposiciones-opositado-estabilidad-empleo-publico/> (última consulta: 22 de junio de 2025).

13 Galarza, G., “Los jóvenes rechazan trabajos que no respeten su tiempo libre y priorizan su bienestar mental”, *El Mundo*, 1 de enero de 2025, disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2025/01/01/67759785fdddf6b988b457c.html> (última consulta: 22 de junio de 2025).

14 *El Periódico*, op. cit., 2024.

15 *RRHHDigital*, op. cit. 2025.

16 *Ibidem*.

17 *El Periódico*, op. cit., 2024.

LA GENERACIÓN QUE NO DESPEGA. Trabajo precario, cultura laboral y reformas para la juventud

del ambiente laboral (mencionado por un 69,3%), la flexibilidad horaria (60,2%), la proximidad al domicilio (46,4%) y la posibilidad de tener un buen desarrollo profesional (28%)¹⁸.

Por ello, tanto la generación Millennial como la Generación Z adoptan una actitud esencialmente pragmática respecto al trabajo: para un 79,2%, la actividad laboral tiene como fin principal cubrir las necesidades cotidianas y los intereses personales. Una parte considerable de las personas jóvenes encuestadas valoraba el desarrollo personal (59,3%) que podía devenir del ejercicio laboral e incluso el disfrute de sus funciones (42,8%). Una de las preferencias que representan un giro respecto al modelo tradicional —en el que el prestigio profesional o el reconocimiento público figuraban entre los objetivos prioritarios— es la aspiración de una proporción significativa (36,5%) a reunir ingresos de forma rápida con el propósito de alcanzar una jubilación anticipada¹⁹.

Imagen 1. Variables más importantes tenidas en cuenta por la juventud a la hora de aceptar un trabajo



Fuente: Díez Piñol, M., González Arnedo, E. y Quartucci, C., *Talento Joven. Las motivaciones laborales de Millennials y Generación Z*, EAE Business School, octubre de 2024, p. 27. Disponible en: https://www.orgdch.org/wp-content/uploads/2025/05/InformeEAE_TalentoJoven_.pdf.

¹⁸ Díez Piñol, M., González Arnedo, E. y Quartucci, C., *Talento Joven. Las motivaciones laborales de Millennials y Generación Z*, EAE Business School, octubre de 2024, p. 27. Disponible en: https://www.orgdch.org/wp-content/uploads/2025/05/InformeEAE_TalentoJoven_.pdf.

¹⁹ *Ibidem*.

Como veníamos informando, las transformaciones en las actitudes de la juventud ante el trabajo no responden a una reconfiguración profunda de la cultura laboral contemporánea. Las generaciones más jóvenes, marcadas por la incertidumbre estructural, la precariedad y la aceleración de los ritmos vitales, han desplazado el valor central del trabajo, así es el bienestar emocional, la autonomía personal y el equilibrio vital los valores que cobran protagonismo. Si bien la estabilidad y el poder adquisitivo siguen siendo importantes, ya no son suficientes para garantizar una vinculación sólida con el puesto de trabajo.

Este nuevo enfoque es el reflejo de la conciencia crítica con la que las nuevas generaciones enfrentan el mercado laboral ante el que se encuentran que es claramente incapaz de responder a sus expectativas vitales. Así, el trabajo se vuelve un medio subordinado a otros fines: disfrutar de la vida, desarrollarse como personas y ejercer una ciudadanía activa.

2.2. Condiciones laborales y malestar juvenil: ¿trabajar para qué?

Frente a dinámicas laborales que tienden a despersonalizar a trabajadores, como si se tratasen de piezas sustituibles dentro de un engranaje productivo, buena parte de la juventud ha optado por invertir el sentido de esta lógica: instrumentaliza el trabajo del mismo modo en que este la instrumentaliza a ella. Ya no se concibe el empleo como una vocación y lejos está esa identificación personal con la profesional, el trabajo se concibe ahora como un medio para sostener una vida, que encuentra su verdadero significado y fuera del ámbito laboral y que empiece cuando acaba el mismo. En palabras de Alessandro Gentile, profesor de Sociología del Trabajo en la Universidad de Zonzoa, *“El trabajo ha dejado de ser una vocación para convertirse en un instrumento, una forma de ganar dinero y poder dedicarse a otras cosas que llenen más”*²⁰.

Desde esta perspectiva, muchas personas jóvenes adoptan estrategias de racionalización del esfuerzo: priorizan su tiempo libre, su bienestar y su salud mental. La actitud no responde a una supuesta “falta de cultura del esfuerzo”, como ciertos discursos generacionales insisten en afirmar, sino que aplican a una lógica de reciprocidad: si los empleos son inestables, mal remunerados y de corta duración, las expectativas que los jóvenes depositan en los mismos son las mismas. No se trata, por tanto, de un déficit de compromiso, sino de una reacción comprensible ante una inestabilidad constante²¹.

Esta resignificación del trabajo no surge de una actitud hedonista o evasiva, sino de una lectura realista y crítica del presente. Si bien volver a los estudios es una de las estrategias de huida ante la precariedad laboral, también hay jóvenes que han internalizado —inclusive mediante la experiencia directa— la desvinculación entre el mérito y la recompensa: el incremento del nivel educativo o la acumulación de años de experiencia no garantiza, en la mayoría de los casos, estabilidad ni una

20 Rabanaque, L., “La visión de los jóvenes sobre el empleo es muy diferente a la de sus padres”, *El Periódico de Aragón*, 28 de noviembre de 2023, disponible en: <https://www.elperiodicodearagon.com/el-estudiante/2023/11/28/vision-jovenes-empleo-diferente-padres-94988161.html> (última consulta: 21 de junio de 2025).

21 Rabanaque, L., *op. cit.*, *El Periódico de Aragón*, 2023.

mejora sustancial en las condiciones de vida. Ante esta percepción de una precariedad normativa instalada y una frustración generalizada de las expectativas, la juventud se pregunta: si el trabajo no permite alcanzar metas vitales básicas, ¿para qué trabajar más?²².

Los indicadores más recientes sobre la participación de la población joven en el mercado laboral español confirman una posición estructuralmente frágil. Según el Informe Jóvenes y Mercado de Trabajo (primer trimestre de 2025), la tasa de desempleo de la juventud de 16 a 24 años se situó en el cuarto trimestre del año 2024 en un 26,5%, mientras que el grupo de 16 a 29 años registró un 19,9%, cuando se observaba la tasa de paro de la población general de 16 a 64 años, sorprendía encontrarse que la misma se reducía a la mitad, siendo de un 11,5%²³. Si nos atrevemos a mirar más allá, la comparación de estas cifras con la media europea revela una desigualdad persistente que no ha sido corregida por las mejoras macroeconómicas recientes, ya que la media de la UE-27 se situaba para el mismo año en un 14,3%²⁴ para quienes tenían entre 15 y 24 años, lo que hace que España haya sido el segundo país con la tasa más alta de paro juvenil en la Eurozona (24,9%). A su vez, la tasa de empleo juvenil fue del 42,3%, en contraste con el 67% de la población general²⁵. Lo que, en definitiva, no augura buenas noticias para nuestra juventud.

Inclusive, esta desigualdad se refleja por género y por los diferentes indicadores de calidad del empleo: las jóvenes tienen tasas de empleo más bajas en comparación sus homólogos, para ellos (de entre 16 a 29 años) la tasa de empleo se encontraba en un 42,3%, mientras que para la de ellas era de un 40,7%²⁶. En cuanto a la calidad del empleo, la temporalidad juvenil sigue siendo un rasgo distintivo del mercado laboral para este colectivo. Aunque ha descendido tras la reforma laboral de 2021 —hasta entonces, la tasa de temporalidad superaba el 60% en el grupo de 16 a 24 años—, en 2025 la tasa de temporalidad aún afecta al 32,7% de la juventud de entre 16 a 29 años y al 41,7% del grupo conformado por la población de 16 a 24 años.

Esta temporalidad sigue siendo más alta para las jóvenes, su tasa asciende en el primer grupo (de 16 a 29 años) al 36,4%, y al 46% en el segundo grupo (de 16 años a 24 años), respectivamente, volviendo a ser las más afectadas por este suceso²⁷. Esta disparidad evidencia una vez más la dificultad de conseguir una estabilidad profesional, especialmente entre las mujeres jóvenes, quienes enfrentan mayores obstáculos para consolidar trayectorias laborales que les permitan conseguir una vida autónoma plena.

22 Rabanaque, L., *op. cit.*, *El Periódico de Aragón*, 2023.

23 Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Informe "Jóvenes y Mercado de Trabajo"*, núm. 45, 2025, T1, págs. 28 y ss., disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/jovenes/2025/Informe_Jovenes_Num45_Mayo_2025.pdf.

24 Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Informe "Jóvenes y Mercado..."*, *op. cit.*, pág. 29.

25 Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Informe "Jóvenes y Mercado..."*, *op. cit.*, pág. 15.

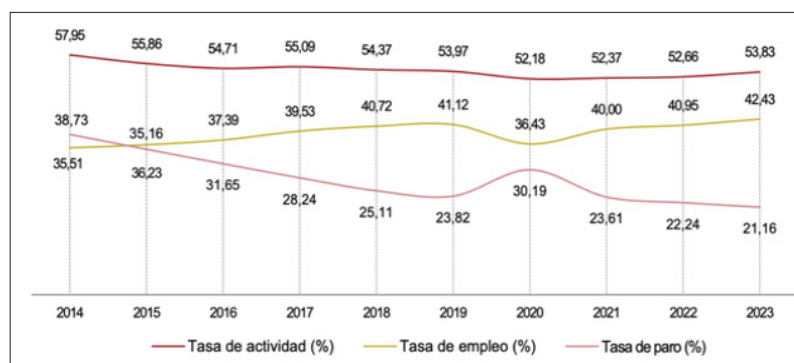
26 *Ibidem*.

27 Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Informe "Jóvenes y Mercado..."*, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

Así, podemos confirmar que España tiene una de las tasas de temporalidad involuntarias más altas de toda la Eurozona, llegado al 40,4%, muy elevada si la comparamos con la media, que se situaba en 14,3% en los datos más recientes²⁸.

Por su parte, la numerosa existencia de empleos a tiempo parcial entre la juventud tampoco refleja aspectos positivos. En 2025, la tasa de parcialidad involuntaria entre el grupo de 16 a 24 años es del 33,7% mientras que, para el segundo grupo de 16 a 29 años, la misma se reduce al 40,9%. Situándose como el tercer país con la tasa de parcialidad involuntaria más alta, en España la misma asciende al 43,5% entre la juventud de 15 a 29 años, mientras la media de la Eurozona se sitúa en un 18%. Esta elevada rotación contractual, ha limitado y limita la estabilidad de nuestra juventud, dificultándoles su futura planificación vital y económica²⁹.

Imagen 2. Tasas de actividad, empleo y paro en la población joven



Fuente: Observatorio de las Ocupaciones del SEPE a partir de los datos del INE. Encuesta de Población Activa.

IV Trimestre de los años 2014-2023. Informe del Mercado de Trabajo de los Jóvenes, pág.14. disponible en: <https://www.sepe.es/dam/jcr:b61ed685-9d91-45bb-9d43-7cbf6d2e76b5/Informe-del-Mercado-de-%20Trabajo-jovenes-Estatal-2023-Datos-2022.pdf>.

El coctel de la pobre calidad del empleo juvenil en España: alta temporalidad, parcialidad y bajos salarios, ha retrasado significativamente los proyectos que podían tener. Y es que, a pesar del incremento sostenido del salario mínimo interprofesional entre 2019 y 2025, dicha evolución no se ha traducido en una mejora sustantiva del poder adquisitivo ni en una mayor autonomía económica entre la juventud.

En 2023, apenas el 19,9% afirmaba subsistir exclusivamente con sus ingresos, mientras que un 58,1% señalaba vivir con lo justo o enfrentar dificultades económicas³⁰. En 2023, se calculaba que la

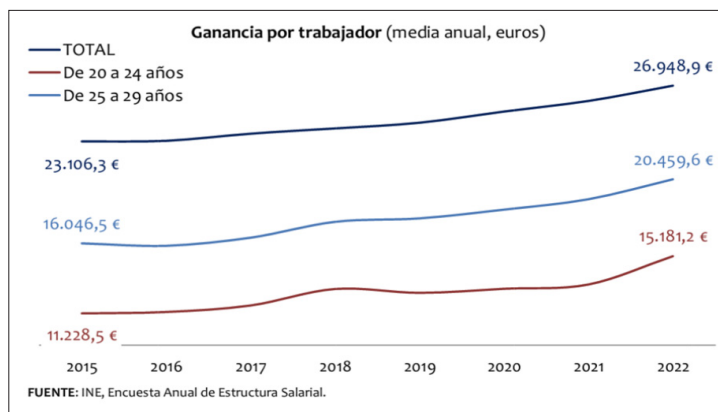
28 Ibidem.

29 Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Informe "Jóvenes y Mercado..."*, op. cit., pág. 25.

30 Gómez, A. et al., op. cit., 2024, pág.29.

juventud de entre 20 y 24 años ganaba 15.364 euros brutos al año, si lo comparamos con el salario medio anual, este grupo ganaba un 45% menos que la población general³¹.

Imagen 3. Evolución de la ganancia media de la juventud



Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Informe "Jóvenes y Mercado de Trabajo", núm. 45, 2025, T1, pág. 26, disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/jovenes/2025/Informe_Jovenes_Num45_Mayo_2025.pdf.

Este escenario de precariedad se vincula directamente con el retraso en los procesos de emancipación. En 2022, el 85,7% de los jóvenes entre 16 y 29 años residía aún en el hogar familiar, cifra sustancialmente superior al promedio europeo (68,1%). Por primera vez desde el año 2000, la edad media de emancipación superó los 30 años, lo cual se relaciona con la persistente fragilidad económica, el encarecimiento de las cuotas hipotecarias y el incremento del Índice de Precios de la Vivienda en Alquiler (IVPA), que aumentó un 12,4% entre 2014 y 2021³².

Según estimaciones recientes del Banco de España, el mercado inmobiliario español ha experimentado un notable encarecimiento en el último año. El precio medio del alquiler residencial ha registrado un incremento interanual del 9,2 %, mientras que el valor de compra de la vivienda ha aumentado un 7,5 % en el mismo periodo. Esta tendencia se acentúa en los principales núcleos urbanos, como Madrid y Barcelona, donde el coste por metro cuadrado supera ya los 4.000 euros. Tales cifras evidencian una vez más, la creciente desconexión entre los precios del mercado y la capacidad adquisitiva de la población joven, dificultando de forma estructural su acceso a una vivienda digna y a un empleo de calidad³³.

A ello se suma que las condiciones materiales que atraviesa la juventud guardan una relación estrecha con su estado de salud, tanto a nivel físico como a nivel mental. De manera general, si se

31 Ramírez, B, *Vivir peor que sus padres: el drama económico de ser joven hoy en España*, Economía 3, 18 de junio 2025, disponible en: <https://economia3.com/2025/06/18/698891-vivir-peor-que-sus-padres-el-drama-economico-de-ser-joven-hoy-en-espana/>

32 Gómez, A. et al., *op. cit.*, 2024, pág.29.

33 Ramírez, B, *Vivir peor que sus padres: el drama económico de ser joven hoy en España...* *op.cit.*

enfrentan a mayores desventajas socioeconómicas presentan una percepción más negativa de su bienestar, así como una incidencia superior de malestares emocionales y trastornos de salud mental. En el año 2023, casi el 60 % de la población joven manifestó haber experimentado algún problema de salud mental en los últimos doce meses. De ese total, el 24,4 % indicó que fue ocasional, mientras que el 17,4 % lo vivió con frecuencia³⁴.

Cuando la juventud reflexiona sobre sus oportunidades laborales, el “X Informe Young Business Talents”³⁵ revela un incremento significativo en el pesimismo laboral entre la juventud española. En 2025, el 44,3 % del estudiantado preuniversitario considera que el empleo empeorará en los próximos cinco años, frente al 37 % registrado el año anterior. Esta percepción se fundamenta en la creciente inestabilidad del mercado laboral y el deterioro de las condiciones contractuales, incluso antes de acceder formalmente al mundo profesional. No sorprende conocer que las mujeres sean quienes muestran una mayor preocupación (46,4 %) frente a los hombres (42,1 %), pues podría vincularse a los datos que veníamos previamente explicando, es decir, a las desigualdades estructurales que afectan especialmente a las trabajadoras jóvenes³⁶.

A pesar del contexto adverso, la juventud española se caracteriza por su carácter resiliente y su capacidad de adaptación: el 65,7 % confiaba en encontrar empleo en menos de un año tras finalizar sus estudios y el 79,6 % cree que podrá alcanzar una calidad laboral superior a la de sus progenitores, respaldado por el hecho de que seis de cada diez consideran poder afrontar mejor su trabajo gracias a su preparación, así, el 70,2 % barajaba la posibilidad de emigrar por motivos laborales. Lo que parece revelar mucha información acerca de cómo piensa nuestra juventud: si no encuentran oportunidades aquí, no tendrán miedo alguno de buscarlas fuera, porque valoran la formación que han adquirido y confían en encontrar un empleo de calidad, aunque sea fuera del panorama nacional.

En definitiva, el actual escenario laboral para la juventud en España se caracteriza por una precariedad estructural que afecta no solo la inserción en el empleo, sino también la construcción de proyectos vitales sostenibles. La desafección hacia el trabajo no surge como un rechazo irresponsable, sino como una respuesta crítica ante la falta de estabilidad, remuneración digna y reconocimiento. La imposibilidad de ver realizado un futuro a medio y largo plazo —en términos de emancipación, ahorro, o planear una maternidad/paternidad— convierte esta precariedad sistemática en un obstáculo estructural para el desarrollo personal y colectivo de toda una generación presente y futura. Por ello, esta actitud resignificada implica concebir el empleo como un medio funcional, y no como eje identitario o aspiracional, lo cual refleja como la juventud se ha adaptado al contexto

34 Ibidem.

35 Para más información consultar el X Informe Young Business Talents: <https://www.youngbusinesstalents.com/es/wp-content/uploads/2025/02/I-Informe-YBTES2024-Participantes-BR.pdf>

36 Bermejo, I., *El pesimismo laboral crece entre los jóvenes: la mitad cree que el empleo empeorará en los próximos cinco años*, La Razón, 26 de febrero de 2025, disponible en: https://www.larazon.es/economia/pesimismo-laboral-crece-jovenes-mitad-cree-que-empleo-empeorara-proximos-cinco-anos_2025022667bedb93829a0900018d581a.html.

de vulnerabilidad persistente. La desvinculación entre esfuerzo y recompensa, sumada al deterioro del bienestar psicosocial, permite comprender por qué el trabajo pierde centralidad en la vida de muchos jóvenes, quienes priorizan su salud mental, su autonomía y el sentido de sus vidas fuera del trabajo. En este marco, la pregunta “¿trabajar para qué?” es lanzada desde las trincheras de las generaciones más jóvenes que demandan una transformación profunda de la lógica tras el mercado laboral vigente.

2.3. Retos para las nuevas Relaciones Laborales: breves conclusiones

Entendemos tras esta lectura, que el desafío que enfrentan actualmente las instituciones, las organizaciones empresariales y el marco normativo consiste en adaptarse a las subjetividades juveniles emergentes sin reducirlas a construcciones simplificadoras que apelan a la “desafección” o a la “falta de compromiso”. El cambio generacional en la forma de concebir el trabajo —ya no como vocación, sino como instrumento funcional— requiere una revisión sustantiva de los modelos tradicionales de vinculación laboral. Todo ha cambiado, desde las necesidades individuales a las necesidades organizacionales.

La convivencia intergeneracional dentro de las organizaciones revela fricciones relevantes relacionadas con la comunicación, el liderazgo y el clima corporativo. Y no es de extrañar sabiendo la polarización de las opiniones entre las diferentes generaciones. El informe de Grant Thornton señala que el 55 % de quienes ocupan cargos directivos en el Estado español perciben dificultades de adaptación entre las personas jóvenes y el talento con mayor trayectoria profesional³⁷. La juventud demanda estructuras horizontales, espacios participativos y una coherencia ética entre los discursos corporativos y las prácticas cotidianas. Si no se producen estos cambios, las empresas van a tener que enfrentarse a la dificultad de retener el talento dentro de sus organizaciones, con todo lo que ello significa.

La respuesta empresarial ante este nuevo paradigma debe, por tanto, girar hacia el diseño de entornos laborales más inclusivos y sostenibles. Tal como señala PwC y tal y como veníamos adelantando, estas estrategias efectivas incluyen el impulso de medidas de conciliación, el fomento del bienestar emocional, la transparencia en la cultura organizativa o el acceso a recursos básicos como la vivienda o la salud. La transformación del vínculo laboral no supone “adaptar” a la juventud al mercado de trabajo vigente, sino reformular dicho mercado desde una lógica de corresponsabilidad generacional y propósito compartido³⁸.

37 Grant Thornton, *Informe El desafío de la diversidad generacional en la empresa*, Madrid, 2023, disponible en: <https://www.grantthornton.es/especiales/el-desafio-de-la-diversidad-generacional-en-la-empresa/>, pág. 27.

38 PwC, *30 propuestas para cultivar el talento joven desde la empresa*, Madrid, 2023. Disponible en: <https://ideas.pwc.es/archivos/20250207/30-propuestas-para-cultivar-el-talento-joven-desde-la-empresa/>, pág. 3.

Los hallazgos del informe Talento Joven elaborado por EAE Business School que comentábamos con anterioridad, refuerzan esta lectura al final de este, donde aconsejan a las empresas los cambios que deben instaurar para afrontar este cambio de paradigma. La estrategia de employer branding (o imagen de marca empleadora) aparece como un mecanismo clave para construir reputaciones laborales sólidas y atraer perfiles emergentes, priorizando valores como el respeto, la flexibilidad y la colaboración. La flexibilidad laboral, particularmente tras la pandemia, se ha consolidado como una condición prioritaria para más del 70% de las personas jóvenes que eran encuestadas. También destacan el desarrollo profesional y la formación continua, que se configuran como elementos estructurales para fidelizar el talento joven: un 35% valora la formación como factor decisivo para permanecer en una empresa y un 25% lo consideraría incluso para regresar a una organización que abandonó por lo que ya no hablamos de retener únicamente al personal, si no de ser capaces de volver a atraerlo³⁹.

Asimismo, los beneficios competitivos —como la compensación económica, los seguros de salud y el teletrabajo— constituyen incentivos esenciales: el 65% de las personas trabajadoras en Latinoamérica considera la compensación como determinante para su permanencia en una empresa². La cultura organizacional y el estilo de liderazgo desempeñan también un papel decisivo. Las generaciones jóvenes valoran entornos honestos, diversos y sostenibles, y rehúyen modelos autoritarios o basados en la microgestión, posicionando al liderazgo transformacional como pilar estratégico para la retención del talento, pues aseguran que las personas no dejan a las empresas, dejan a sus jefes/as ante el descontento con el estilo empleado al liderar⁴⁰.

En este escenario, resulta pertinente plantearnos el papel del Derecho del Trabajo y de la negociación colectiva como instrumentos de adaptación institucional. Las transformaciones sociales, tecnológicas y ecológicas exigen una revisión profunda del Estatuto de los Trabajadores y de las herramientas de negociación colectiva, a fin de garantizar nuevos derechos y regular realidades emergentes como el teletrabajo, los modelos híbridos, las plataformas digitales o la desconexión digital⁴¹. Tal como defienden Cruz Villalón y Rodríguez Ramos en su análisis sobre la gestión del cambio, la negociación colectiva puede convertirse en un vehículo eficaz para anticipar transformaciones y asegurar el equilibrio entre innovación y protección laboral⁴².

La reconfiguración de las relaciones laborales, por tanto, no puede abordarse desde la resistencia normativa ni desde la retórica generacional. El reconocimiento de las nuevas formas de entender y habitar el trabajo es indispensable para construir modelos productivos más inclusivos, sostenibles y significativos para las generaciones presentes y futuras.

39 Díez Piñol, M., González Arnedo, E. y Quartucci, C., Talento Joven. Las motivaciones laborales de Millennials y Generación Z op.cit., págs.44 y 45.

40 Díez Piñol, M., González Arnedo, E. y Quartucci, C., Talento Joven. Las motivaciones laborales de Millennials y Generación Z op.cit., págs.44 y 45.

41 Arias Domínguez, M., "El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Derecho del Trabajo*, n.º 60, Madrid, 2022. Disponible en: <https://vlex.es/vid/ambito-subjetivo-estatuto-trabajadores-288097>, pág. 19.

42 Cruz Villalón, J. y Rodríguez Ramos, P. (dirs.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, pág. 54.

3. MEDIDAS PREVISTAS POR EL GOBIERNO DE ESPAÑA EN EL ÁMBITO JURÍDICO-SOCIAL: UN GIRO POR LA JUVENTUD

3.1. Una brevísima referencia a algunas de las medidas más recientes

En los últimos años, el Gobierno de España ha desplegado un conjunto de medidas orientadas a mejorar la situación laboral y social de la juventud, integrando una perspectiva generacional en el diseño de las políticas públicas. Como bien destaca algún autor⁴³, entre las principales actuaciones cabe mencionar el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2025-2028 y el Plan Anual de Fomento del Empleo Digno, instrumentos que articulan intervenciones específicas para jóvenes con baja cualificación, en situación de desempleo o fuera del sistema educativo.

En el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, también se han impulsado reformas normativas clave, como la modificación del Estatuto de los Trabajadores, que ha limitado el uso de la contratación temporal⁴⁴, generalizando la contratación indefinida, y la introducción de nuevos contratos formativos más vinculados a la empleabilidad real. Paralelamente, se han desarrollado programas de inversión como Empleo Joven TándEM, Investigo o Primera experiencia profesional en las Administraciones Públicas, con el objetivo de promover la formación dual, la inserción laboral en sectores estratégicos y la experiencia profesional en el ámbito público.

A estas iniciativas se suman medidas de impacto algo más recientes como, por ejemplo, la cotización obligatoria por prácticas académicas, que buscan reforzar la protección de quienes inician su trayectoria laboral. El conjunto de estas reformas ha sido recogido y valorado en la Adenda del Plan de Recuperación remitida a la Comisión Europea en 2023, destacándose su efecto positivo sobre la empleabilidad juvenil, la reducción de la temporalidad y el fortalecimiento de la cohesión social.

3.2. Medidas previstas en el ámbito laboral

En el marco de las transformaciones estructurales que atraviesa el mercado laboral español, el año 2025 se presenta como un punto de inflexión para la juventud trabajadora. Las reformas impulsadas por el Gobierno en los últimos años reflejan una orientación clara hacia la mejora de las condiciones de empleo de las nuevas generaciones, con el objetivo de corregir desequilibrios históricos y ofrecer un horizonte más favorable y estable.

43 Gómez Salado, M.Á., *La juventud en el contexto de las políticas ...*, op. cit., 2024, págs. 114-116.

44 Sobre esta reforma, vid. Montes Adalid, G., "Una mirada a la reforma laboral: luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2021", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, págs. 383-392, disponible en: <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/14282>.

En este sentido, cobran especial relevancia medidas como el inminente Estatuto del Becario, destinado a regular con mayor claridad las prácticas formativas, las sucesivas subidas del Salario Mínimo Interprofesional, que han elevado progresivamente los estándares retributivos en los sectores más expuestos a la precariedad, y la reducción de la jornada laboral⁴⁵, que no solo puede favorecer la conciliación y el bienestar social, sino que también puede representar una oportunidad para promover la creación de empleo juvenil al incentivar una redistribución más equilibrada del trabajo disponible. En conjunto, estas iniciativas configuran un nuevo horizonte normativo que, de consolidarse, podría contribuir a revertir la precariedad estructural que caracteriza la inserción laboral de buena parte de la juventud española.

3.2.1. Estatuto de las personas becarias: sin fecha ni rumbo

Una de las medidas más esperadas por el conjunto de nuestra juventud, es el Estatuto del Becario que mejorará el escenario en el que se encuentran la totalidad de jóvenes con un contrato en prácticas. Si algo ha caracterizado el acceso de la juventud al mercado laboral ha sido hacerlo mediante los antiguos denominados contratos de formación y aprendizaje (ahora llamados contratos de formación en alternancia) o mediante los contratos en prácticas (que ahora reciben el nombre de contratos de obtención de práctica profesional).

Los primeros conforman un estadio previo al contrato propiamente dicho en el que se formaba de forma práctica y teórica a jóvenes en desempleo para que adquirieran una preparación específica que les permitiera desarrollar un oficio⁴⁶. Mientras que la segunda tipología está dirigida a quienes hayan adquirido un título universitario, máster, certificado del sistema de formación profesional, grado medio o superior, o a quienes posean un título en enseñanzas artísticas o deportivas que habiliten para el ejercicio de una actividad laboral⁴⁷. Si bien nos vamos a centrar en la segunda definición, lo cierto es que ambos modelos de contratos han sido ampliamente extendidos —como puede comprobarse en las imágenes 4 y 5 de este escrito— y aunque pretendían ser un puente al contrato laboral, buena parte de la juventud se ha visto sujeta a sucesivos contratos de prácticas sin que una oportunidad real llegase, pues constituían una mano de obra muy barata e incluso en determinados casos, gratuita⁴⁸.

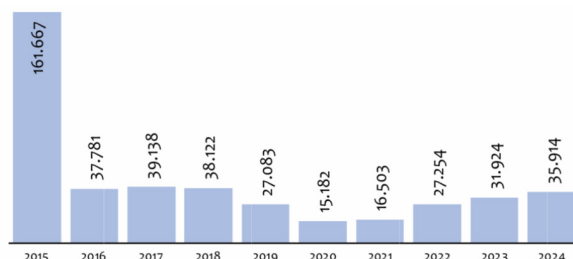
45 Al respecto, *vid.* Vila Tierno, F., "El debate sobre la nueva ordenación del tiempo de trabajo", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 10, 2025, págs. 8-10.

46 Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Informe "Jóvenes y Mercado..."*, op. cit., págs. 42 y ss.

47 Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), "Contrato formativo para la obtención de la práctica profesional", 2025, disponible en: <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/guia-contratos/guia-contratos-introduccion/contrato-en-practicas.html>.

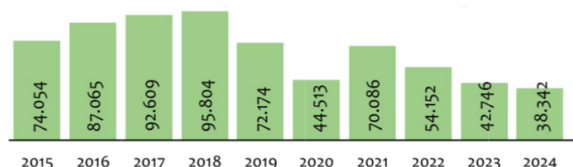
48 La Moncloa, "Rego defiende el Estatuto del Becario como "una reforma de justicia", nota de prensa del 18 de junio de 2025, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/servicios-deprensa/notasprensa/juventud-e-infancia/paginas/2025/180625-juventud-becarios-reforma.aspx>.

Imagen 4. Número de contratos de formación en alternancia, 16-29 años



Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Informe "Jóvenes y Mercado de Trabajo", núm. 45, 2025, T1, pág. 42, disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/jovenes/2025/Informe_Jovenes_Num45_Mayo_2025.pdf.

Imagen 5. Número de contratos de obtención de práctica profesional 16-29 años



Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Informe "Jóvenes y Mercado de Trabajo", núm. 45, 2025, T1, pág. 44, disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/jovenes/2025/Informe_Jovenes_Num45_Mayo_2025.pdf.

Esta gran cantidad de contratos en prácticas ha sido una situación que el Gobierno lleva intentando controlar mediante varias medidas normativas que el Estatuto del Becario tiene por objetivo unificar y ampliar como lo son el Real Decreto 1707/2011, mediante el cual se regulan las prácticas académicas externas del estudiantado universitario, el Real Decreto-ley 28/2018 que establecía la obligación de que el periodo de prácticas empezase a cotizar a la Seguridad Social o el Real Decreto 32/2021 que además de hacer una introducción al Estatuto del Becario 2025 del que estamos hablando, regulaba los contratos de formación, que como veníamos diciendo hasta ese momento se habían empleado de forma indiscriminada reduciendo la remuneración de la juventud trabajadora y enmascarando la temporalidad de sus empleos.

Sin embargo, a pesar de contar con un texto negociado desde hace más de dos años, el Estatuto del Becario sigue sin fecha definitiva de aprobación. Aunque en 2025 ya ha sido presentado como anteproyecto y ha recibido el visto bueno de la Secretaría de Estado de Empleo, aún debe superar su tramitación parlamentaria, lo que prolonga una situación de vulnerabilidad para miles de jóvenes que realizan prácticas sin garantías mínimas⁴⁹.

Se espera que el nuevo Estatuto introduzca una suma de avances sustanciales para aquellas personas que realicen estas prácticas profesionales: fijará un límite de 480 horas para las prácticas

49 Cegid, "Estatuto del Becario 2025: Ley del Becario", 2025, disponible en: <https://www.cegid.com/ib/es/blog/estatuto-del-becario-2025/#ventajas>.

extracurriculares y prohibirá encadenar contratos sin un periodo mínimo de descanso. Además, reconocerá derechos como el acceso a descansos equivalentes a los de cualquier trabajador a tiempo parcial, la cobertura de gastos esenciales (transporte, alojamiento, manutención) y la supervisión efectiva mediante tutores con ratios máximos por empresa. También redefinirá el término “becario”, sustituyéndolo por “persona en prácticas formativas no laborales”, con el objetivo de dignificar su rol y evitar el fraude de ley⁵⁰.

Desde el punto de vista empresarial, el Estatuto ofrecerá también incentivos económicos para las empresas pudiendo optar a bonificaciones desde 128 euros hasta 147 euros mensuales durante tres años por convertir prácticas en contratos indefinidos (dependiendo de si son hombres o mujeres quienes ostentan el contrato) y además ofrecerá una mayor seguridad jurídica frente a inspecciones laborales: las organizaciones deberán elaborar programas formativos detallados, registrar la jornada laboral, y garantizar que las tareas no sustituyan funciones estructurales del personal contratado. En caso de incumplimiento, la ITSS podrá imponer sanciones que oscilarán entre un mínimo de 7500 euros hasta alcanzar los 225.000 euros⁵¹.

Aunque este marco normativo aspira a equilibrar la relación entre formación y empleo, el retraso legislativo sigue dejando a la juventud en una posición de indefensión: no tienen derecho a vacaciones, derecho a los descansos ni límite de horas a realizar, entre muchas otras carencias en materia de derechos laborales. Mientras el Estatuto se siga retrasando, miles de jóvenes continuarán realizando prácticas sin horizonte ni protección, en un contexto donde el esfuerzo académico y laboral no se traduce en estabilidad, sino en una incertidumbre estructural.

3.2.2. Nuevas subidas del SMI: jóvenes, quienes más se benefician

El Salario Mínimo Interprofesional (SMI), conforma el “suelo de la contratación”⁵² laboral, y como tal, ninguna persona trabajadora puede recibir una menor cantidad al trabajar por cuenta ajena en España. El Gobierno entiende que, en cómputo anual, esa es la cuantía mínima que una persona ha de recibir para poder satisfacer las necesidades básicas suyas y e incluso las de su familia⁵³.

Dicha cuantía, regulada en el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 27, ha de ser fijada cada año a manos del Gobierno previa consulta no vinculatoria de las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas. A la hora de determinar el SMI, se deben valorar muchos

50 Cegid, *Estatuto del Becario 2025, Ley del Becario...* op.cit.

51 Ibidem.

52 Molina González-Pumariaga, R., “El salario” en AAVV., *Lecciones de contrato de trabajo: Materiales adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior*, Dykinson, Madrid, 2014, pág. 96, quien cita a Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E., *Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2004, disponible en: <https://vlex.es/vid/salario-546461818>.

53 Gómez Salado, M.Á., “La ordenación del salario y su dimensión garantista: Viejas y nuevas cuestiones en torno a la prestación salarial en España”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, ISSN-e 2255-1824, N.º. 34, 2025, pág. 84.

factores e indicadores, como el IPC (Índice de Precios al Consumo), la participación del trabajo en la renta nacional, la productividad media nacional y finalmente, la situación económica general. Su función garantista es tal, que en caso de que las estimaciones del IPC no se cumplan, el SMI puede ser revisado semestralmente⁵⁴. Así la vocación del SMI no se limita a establecer un umbral económico, sino que tiene vocación de actuar como un auténtico instrumento de protección social que permita asegurar las condiciones materiales mínimas para la subsistencia, especialmente entre los colectivos más vulnerables del mercado laboral. Y ello sitúa como uno de los principales colectivos objeto de este Instrumento de garantista a la juventud trabajadora, que venía reclamando el derecho a un trabajo digno.

El SMI es objeto de un acalorado debate, que plantea su suficiencia ante el paradigma económico y social actual, dónde el coste de vida cada vez es más elevado. La preocupación de las subidas del SMI, vira en torno a los efectos que pueden tener las mismas en la contratación de mano de obra pudiendo reducir la tasa de empleo. No obstante, aunque dichas subidas impacten en los costes empresariales, se viene demostrando que el aumento del salario y su impacto sobre el empleo no parece especialmente significativo⁵⁵.

Por todo lo anterior no sorprende conocer que, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Consejo ha aprobado el Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero fijando el SMI para el año 2025 en 39,47 euros brutos al día o 16.576 euros brutos anuales, distribuidos en 14 pagas de 1.184 euros mensuales. Ello supone una subida de 700 euros anuales respecto a la cifra anterior respondiendo a la demanda jurídica y social de adecuar el SMI al contexto actual.

De dicha subida se beneficiarán directamente alrededor de 2,4 millones de personas trabajadoras dentro de las cuales el 26,8% serán personas jóvenes de entre 16 y 24 años y el 65,8% serán mujeres. Evidenciando la influencia positiva del SMI en los colectivos más vulnerables y con mayores dificultades de acceso al mercado laboral⁵⁶.

A lo largo de este escrito, se ha podido evidenciar la precariedad laboral persistente que afrontan las personas jóvenes, caracterizada por una alta temporalidad y parcialidad involuntarias y la percepción de menores salarios. Factores que afectan de lleno, es sus perspectivas de futuro, reduciendo la capacidad de emancipación de la juventud y las oportunidades de formar una familia o de acceder a una vivienda. No podemos olvidar que, si no conseguimos retener el talento joven, la sostenibilidad del sistema de pensiones a medio y largo plazo corre un serio peligro, ya que sus cotizaciones y las de su descendencia son y serán quienes se encargarán de sustentar las pensiones venideras⁵⁷.

54 Ibidem.

55 Aznar Alarcón, P., "Impacto de la subida del salario mínimo interprofesional", *Do Better Esade*, 9 de abril de 2025, disponible en: <https://slnk.com/0mgbu>.

56 Gobierno de España, "El Gobierno aprueba subir el SMI 2025 a 1.184 euros mensuales en 14 pagas", Ministerio de Trabajo y Economía Social, 11 de febrero de 2025, disponible en: <https://prensa.mites.gob.es/webPrensa/listado-noticia/noticia/4420>.

57 Gómez Salado, M.Á., "La ordenación del salario y su dimensión garantista: Viejas y nuevas cuestiones en torno a la prestación salarial en España"... *op.cit.* pág. 86.

Si bien las sucesivas subidas del SMI pueden tener un impacto directo en la mejora de la capacidad adquisitiva de la juventud hay que recordar que este incremento no solo contribuye a reducir la brecha salarial intergeneracional, sino que también refuerza su posición negociadora frente al poder organizacional, favoreciendo su integración en el mercado laboral en condiciones más equitativas, permitiéndoles avanzar hacia un modelo de empleo decente, en el que la juventud no quede relegada a la informalidad o a la subremuneración.

3.2.3. Avances para la reducción de la jornada laboral de 40 a 37,5 horas semanales

La reducción de la jornada laboral es una demanda muy solicitada entre la juventud, que como veíamos tenían unos intereses diferentes a las generaciones de sus progenitores. El Consejo de Ministros aprobó el martes 6 de mayo de 2025 el proyecto de reducción de jornada, que prometía reducir la jornada laboral actual de 40 horas a 37,5 horas semanales sin merma salarial, pero su entrada en vigor ha quedado a la espera de su aprobación el parlamento, dónde ha sido paralizada al no contar con los apoyos necesarios.

Se esperaba que la medida afectase a 12 millones de personas trabajadoras en España, no obstante, después de que las enmiendas presentadas por PP, Vox y Junts salieran adelante con 178 votos a favor y 170 en contra, el proyecto de Ley ha sido devuelto al Gobierno sin que pudiese continuar su trámite esperado. Así, pese a la creencia de que dicha medida entraría en vigor a finales de este año, hoy día las expectativas son mucho más pesimistas, pese a las declaraciones de Yolanda Díaz, actual vicepresidenta y ministra de Trabajo, que afirma que la reducción en la calle ha sido ganada en la calle y que, por tanto, será ley⁵⁸.

Lo cierto es que, si miramos a otros países que van a la cabeza de esta nueva revolución del trabajo, podemos comprobar que, si bien en España aún parezca lejano, el nuevo paradigma laboral acabará por llegar. Los resultados son esperanzadores: Islandia lleva 7 años con una jornada laboral de 4 días y no contempla retractarse. Lo que empezó como un experimento en 2015 en el que participaron 2500 personas —el 1% de su población activa— hoy es su nueva realidad, pues en 2019 el proyecto de ley se formalizó⁵⁹.

El 86% de quienes participaron en el experimento, señalaron que su rendimiento había mejorado. Las empresas, por su parte, se mostraron conformes con la medida, pues los resultados de la producción habían mejorado y los temores iniciales habían sido disipados y todas las predicciones realizadas por la Generación Z se habían cumplido: la medida sería positiva puesto que mejoraría la salud mental y la conciliación estudiantil y familiar; reduciendo el estrés y mejorando la autoestima y

58 Fresneda, D., "El Congreso tumba la reducción de la jornada laboral", *RTVE Noticias*, 10 de septiembre de 2025, disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20250910/pp-vox-junts-jornada-laboral/16724242.shtml>.

59 Quintanilla, B. F., "La generación Z tenía razón: se aprueba la jornada laboral de 4 días y todas sus predicciones se han cumplido", *NoticiasTrabajo*, 2025, disponible en: <https://noticiastrabajo.huffingtonpost.es/empleo/la-generacion-z-tenia-razon-se-aprueba-la-jornada-laboral-de-4-dias-y-todas-sus-predicciones-se-han-cumplido/>.

las relaciones con los demás. La nueva jornada laboral, además, supuso avanzar en materia de igualdad, ya que ayudó a minorizar la desigualdad de género dentro del hogar, pues los hombres pasaban más horas en casa y podían colaborar mejor con el reparto de tareas domésticas y participar más en la vida familiar. El éxito de la medida radica también en la inversión en infraestructura digital que ha hecho el país, que mejorado la conectividad incluso en las zonas rurales⁶⁰.

Ahora, varios países —como Alemania, Reino Unido o Portugal— se plantean de igual modo, reducir la jornada laboral, Bélgica, por ejemplo, ha optado por la misma fórmula, pero con una recompensa extra por las horas de más trabajadas. En relación con la pendiente y esperada reducción de jornada en España, poco más queda que añadir. Viendo las nuevas demandas del futuro del país, queda preguntarse cuando estará lista la sociedad española para allanar el camino hacia una nueva revolución del trabajo, dónde el mismo se adapte a las necesidades humanas y no al contrario⁶¹.

3.3. Otras reformas estructurales urgentes para garantizar el futuro económico de las personas jóvenes

No podemos finalizar este artículo sin hacer alusión a las posibles salidas que podrían ser capaces de afrontar la situación actual. En este sentido, El Consejo General de Economistas de España (CGE) y la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (Fedea) advertían en una sesión titulada “La situación económica de los jóvenes en España”, la precariedad estructural de la juventud y la propuesta de medidas urgentes para poder afrontarla y garantizar el futuro económico de la misma.

Como habíamos mencionado, una persona joven cobraba de media un 45% menos que la población general, por ello la juventud no alcanza ingresos suficientes que le obligue a tributar por IRPF, pero sí soportan una carga fiscal importante a través de las cotizaciones sociales y del IVA, reduciendo su renta disponible y limitando su posibilidad de ahorro y de emancipación. A ello se suman desajustes que persisten entre la formación que reciben y las demandas del mercado así, se calcula que existe una brecha de competencias requeridas y ofertadas a nivel tecnológico del 37 %. La realidad que venimos viendo exige unas políticas públicas que sean capaces de reequilibrar el contrato intergeneracional y que, a su vez, evite la inutilización del talento joven y su emigración. Entre las propuestas más relevantes que se discutieron en la sesión destacan⁶²:

- El impulso de una reforma fiscal con un enfoque generacional: Expertos y expertas en la materia abalan la creación de incentivos al ahorro para fines como la emancipación o el emprendimiento, exenciones fiscales en la compra de primera vivienda habitual, y deducciones estatales por alquiler dirigidas a jóvenes con rentas bajas.

60 Ibidem.

61 Ibidem.

62 Fundación de Estudios de Economía Aplicada (Fedea), “Los expertos reclaman reformas estructurales para garantizar el futuro económico de los jóvenes”, Fedea, 2025, disponible en: <https://fedea.net/los-expertos-reclaman-reformas-estructurales-para-garantizar-el-futuro-economico-de-los-jovenes/>.

- La posible modernización del mercado laboral: Impulsar de un modelo de flexiseguridad que proteja al trabajador sin rigidizar el empleo puede ser una de las soluciones si además se revisa como comentamos, el sistema de prácticas y becas para garantizar su carácter formativo y retribuido, y fomento de la contratación indefinida mediante ayudas específicas. En este sentido, el Estatuto del Becario ayudaría a avanzar en la materia.
- La reorientación del gasto público: Mediante la reducción del déficit estructural para que, de esta forma, se pueda evitar trasladar cargas fiscales a las generaciones futuras. Esta medida, iría de la mano del incremento de la inversión en educación, innovación, vivienda y políticas activas de empleo.
- Reformular el acceso actual a la vivienda: Ello podría llevarse a cabo con el aumento la construcción de vivienda asequible en zonas tensionadas —como lo son las grandes ciudades— y la liberación de parte del suelo disponible, fomentando además la colaboración público-privada, y la ampliación de ayudas al alquiler focalizadas en hogares por debajo de la renta media.
- La creación de una comisión juvenil para poder institucionalizar el diálogo intergeneracional, y asegurar la participación de representantes juveniles en la formulación de políticas públicas.
- Y finalmente, una urgente adaptación educativa: impulsando la Formación Profesional Dual y Universitaria y la mejora de la orientación profesional desde edades tempranas, y actualizando las competencias digitales⁶³, sostenibles y transversales que ahora demanda el mercado⁶⁴.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arias Domínguez, M., El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores, Revista de Derecho del Trabajo, núm. 60, Madrid, 2022, disponible en: <https://vlex.es/vid/ambito-subjetivo-estatuto-trabajadores-288097>.

Aznar Alarcón, P., "Impacto de la subida del salario mínimo interprofesional", *Do Better Esade*, 9 de abril de 2025, disponible en: <https://dobetter.esade.edu/es/impacto-salario-minimo-smi>.

Bermejo, I., "El pesimismo laboral crece entre los jóvenes: la mitad cree que el empleo empeorará en los próximos cinco años", *La Razón*, 26 de febrero de 2025, disponible en: <https://l1nq.com/xln3P>.

Bokobo, S., "Demos Lab presenta los resultados de su proceso de participación ciudadana 'El Futuro es Clima'", *Demos Lab*, 3 de junio de 2024, disponible en: <https://sl1nk.com/thTic>.

63 Al respecto, *vid.* Moreno Vida, M.N., "El modelo europeo de capacitación y competencias para el empleo en el contexto de la revolución digital", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 11, 2025, págs. 81-110.

64 *Ibidem*.

LA GENERACIÓN QUE NO DESPEGA. Trabajo precario, cultura laboral y reformas para la juventud

- Cegid, Estatuto del Becario 2025: Ley del Becario, 23 de junio de 2025, disponible en: <https://www.cegid.com/ib/es/blog/estatuto-del-becario-2025/#ventajas>.
- Cruz Villalón, J. y Rodríguez Ramos, P. (dirs.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025.
- Díez Piñol, M., González Arnedo, E. y Quartucci, C., *Talento joven. Las motivaciones laborales de Millennials y Generación Z*, EAE Business School, Madrid, 2024, disponible en: https://www.orgdch.org/wp-content/uploads/2025/05/InformeEAE_Talento-Joven_.pdf.
- El Periódico, "Las prioridades de la Generación Z: El nuevo modelo de trabajo ideal", *El Periódico*, 14 de octubre de 2024, disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20241014/prioridades-generacion-z-trabajo-117696655>.
- Fedea, "Los expertos reclaman reformas estructurales para garantizar el futuro económico de los jóvenes", *Fedea*, 2025, disponible en: <https://fedea.net/los-expertos-reclaman-reformas-estructurales-para-garantizar-el-futuro-economico-de-los-jovenes/>.
- Fresneda, D., "El Congreso tumba la reducción de la jornada laboral", RTVE Noticias, 10 de septiembre de 2025, disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20250910/pp-vox-junts-jornada-laboral/16724242.shtml>.
- Fundación CYD, "La empleabilidad de los jóvenes en España 2024: ¿cómo es la inserción de los graduados universitarios?", 2025, disponible en: <https://www.fundacioncyd.org/publicaciones-cyd/la-empleabilidad-de-los-jovenes-en-espana-2024-como-es-la-insercion-de-los-graduados-universitarios/>.
- Galarza, G., "Los jóvenes rechazan trabajos que no respeten su tiempo libre y priorizan su bienestar mental", *El Mundo*, 1 de enero de 2025, disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2025/01/01/67759785fdddff6b988b457c.html>.
- Gobierno de España, "El Gobierno aprueba subir el SMI 2025 a 1.184 euros mensuales en 14 pagas", Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 11 de febrero de 2025, disponible en: <https://prensa.mites.gob.es/webPrensa/listado-noticia/noticia/4420>.
- Gómez Salado, M.Á., *La juventud en el contexto de las políticas legislativas de contenido socio-laboral: conceptualización, reformas normativas y cambios recientes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2024.
- Gómez Salado, M.Á., "La ordenación del salario y su dimensión garantista: viejas y nuevas cuestiones en torno a la prestación salarial en España", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 34, 2025.
- Grant Thornton, *El desafío de la diversidad generacional en la empresa*, Madrid, 2023, disponible en: <https://www.grantthornton.es/especiales/el-desafio-de-la-diversidad-generacional-en-la-empresa/>.
- INE, Encuesta de población activa (EPA). Módulo sobre jóvenes en el mercado laboral (año 2024), 2025, disponible en: <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/mEPA2024.htm>.
- INEE, *Panorama de la educación 2024. Indicadores de la OCDE. Equidad en educación: las brechas se cierran pero es necesario hacer más*, Madrid, 2024, disponible en: <https://inee.educacion.es/2024/09/20/panorama-de-la-educacion-2024-indicadores-de-la-ocde-equidad-en-educacion-las-brechas-se-cierran-pero-es-necesario-hacer-mas/>.
- INJUVE, *Informe Juventud en España 2020*, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Madrid, 2021, disponible en: <https://www.injuve.es/observatorio/demografia-e-informacion-general/informe-juventud-en-espana-2020>.

LA GENERACIÓN QUE NO DESPEGA. Trabajo precario, cultura laboral y reformas para la juventud

- La Moncloa, "Rego defiende el Estatuto del Becario como una reforma de justicia", *La Moncloa*, 18 de junio de 2025, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/juventud-e-infancia/paginas/2025/180625-juventud-becarios-reforma.aspx>.
- Molina González-Pumariega, R., "El salario", en AA.VV. (Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E., coords.), *Lecciones de contrato de trabajo: materiales adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior*, Dykinson, Madrid, 2014.
- Montes Adalid, G. M., "Una mirada a la reforma laboral: luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2021", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, págs. 383-392, <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi4.14282>.
- Moreno Vida, M.N., "El modelo europeo de capacitación y competencias para el empleo en el contexto de la revolución digital", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 11, 2025, págs. 81-110, <https://doi.org/10.24310/rejlss11202521905>.
- OCDE, Panorama de la educación. Indicadores de la OCDE 2024. Informe español, Madrid, 2024, disponible en: https://www.libreria.educacion.gob.es/libro/panorama-de-la-educacion-indicadores-de-la-ocde-2024-informe-espanol_184584/.
- PwC, "30 propuestas para cultivar el talento joven desde la empresa, Madrid, 2023", disponible en: <https://ideas.pwc.es/archivos/20250207/30-propuestas-para-cultivar-el-talento-joven-desde-la-empresa/>.
- Quintanilla, B.F., "La generación Z tenía razón: se aprueba la jornada laboral de 4 días y todas sus predicciones se han cumplido", *NoticiasTrabajo*, 2025, disponible en: <https://noticiastrabajo.huffingtonpost.es/empleo/la-generacion-z-tenia-razon-se-aprueba-la-jornada-laboral-de-4-dias-y-todas-sus-predicciones-se-han-cumplido/>.
- Rabanaque, L., "La visión de los jóvenes sobre el empleo es muy diferente a la de sus padres", *El Periódico de Aragón*, 28 de noviembre de 2023, disponible en: <https://www.elperiodicodearagon.com/el-estudiante/2023/11/28/vision-jovenes-empleo-diferente-padres-94988161.html>.
- Ramírez, B., "Vivir peor que sus padres: el drama económico de ser joven hoy en España", *Economía 3*, 18 de junio de 2025, disponible en: <https://economia3.com/2025/06/18/698891-vivir-peor-que-sus-padres-el-drama-economico-de-ser-joven-hoy-en-espana/>.
- Vila Tierno, F., "El debate sobre la nueva ordenación del tiempo de trabajo", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 10, 2025, págs. 8-10, <https://doi.org/10.24310/rejlss10202514412>.

EMPLEABILIDAD Y PERSPECTIVAS LABORALES DE LA JUVENTUD MIGRANTE, REFUGIADOS Y SOLICITANTES DE ASILO EN ESPAÑA

EMPLOYABILITY AND JOB PROSPECTS FOR MIGRANT YOUTH, REFUGEES, AND ASYLUM SEEKERS IN SPAIN

Marta Sánchez Capel

Graduada en Relaciones Internacionales y Economía en la Universidad Rey Juan Carlos I

Máster en Gouvernance des Organisations pour le développement international. Universidad de Grenoble-Alpes

sanchezmarta94@gmail.com ORCID [0000-0002-2862-4902](https://orcid.org/0000-0002-2862-4902)

Recepción de trabajo: 03-10-2025 - Aceptación: 21-10-2025 - Publicado: 31-05-2025

Páginas: 99-125

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. JUVENTUD MIGRANTE Y EMPLEABILIDAD: DIFERENCIAS ENTRE PERSONAS MIGRANTES, REFUGIADAS, SOLICITANTES DE ASILO Y PERSONAS MIGRANTES EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR. ■ 2.1. Introducción. ■ 2.2. Regulación y marco normativo en cada caso, ¿quién es qué? ■ 2.3. Diferentes vías para la obtención de la autorización para trabajar según el estatus jurídico de la persona inmigrante. ■ 3. INFLUENCIA DEL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y CULTURAL PERSONAL EN LA INTEGRACIÓN EN EL MERCADO LABORAL ESPAÑOL. ■ 3.1. Principales desafíos socio-laborales para la juventud migrante o refugiada en España. ■ 3.2. Desarrollo de competencias y empleabilidad. ■ 4. CONCLUSIONES. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

En este trabajo se delimitan los conceptos de persona migrante internacional, refugiada y solicitante de asilo, analizando los derechos laborales y la situación socio-económica que define la “empleabilidad” tanto en la teoría como en la práctica de cada una de estas figuras. El estudio se centra, en primer lugar, en los retos y perspectivas laborales que estos grupos sociales asumen o son susceptibles de asumir en el futuro; en segundo lugar, en la influencia que su contexto socio-cultural ejerce sobre su integración socio-laboral en el contexto del mercado de trabajo español en la actualidad; y, en tercer lugar, en la eficacia de las políticas, programas y estrategias de integración laboral de jóvenes migrantes. Por último, se observa que muchas de las personas que forman parte de estos colectivos atraviesan una especial dificultad y vulnerabilidad para encontrar trabajo (y vivienda), que viene dada, en parte, por una discriminación racial estructural en la sociedad española.

PALABRAS CLAVE: empleabilidad, jóvenes, migraciones, situación administrativa irregular, refugiado, trabajadores.

ABSTRACT

This paper defines the concepts of migrant, refugee, and asylum seeker, analysing the labour rights and socioeconomic situation that define both the theory and practice of “employability” for each of these three legal categories. Firstly, the study focuses on the challenges and employment prospects that these social groups face or are likely to face in the future; secondly, on the influence that their socio-cultural context has on their socio-occupational integration in the current Spanish labour market; and thirdly, on the effectiveness of policies, programmes and strategies for the labour integration of young migrants. It is finally observed that many of the people who make up these groups experience particular difficulties and vulnerability in finding work (and housing), which is partly due to structural racial discrimination inherent in Spanish society.

KEYWORDS: Employability, Youth, Migrations, Irregular Administrative Situation, Refugee, Workers.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de estas páginas, dedicadas a delimitar las fronteras conceptuales entre persona migrante, refugiada o en situación administrativa irregular, se ha optado por contextualizar el análisis en el ámbito del trabajo de la juventud migrante en España. En concreto, se centra en el estudio de la “empleabilidad” y en las condiciones laborales a las que se exponen estas personas una vez consiguen un puesto de trabajo. Estas tres figuras del derecho español designan a tres situaciones diferentes en las que se puede encontrar una persona que deja su país y se instala en España, en función de sus circunstancias personales. En la teoría, cada una de ellas conlleva la asignación de determinados derechos y obligaciones para las personas sobre quienes se aplica cada término. En la vida real, se observa también que estos tres grupos sociales son más proclives a experimentar una serie de prácticas socialmente “normalizadas” y a que sus vidas estén atravesadas por condiciones de especial vulnerabilidad: trabas lingüísticas que dificulta el acceso al trabajo y la inclusión social, racismo estructural que imposibilita la búsqueda de vivienda y de trabajo, precariedad laboral, sometimiento a trabajo forzoso en ciertos casos, infravivienda, etc.

2. DIFERENCIAS JURÍDICAS ENTRE LOS DISTINTOS ESTATOS LEGALES

La crisis sanitaria global de 2020, puso de manifiesto la fuerte dependencia que la economía española tenía de las personas trabajadoras migrantes. Hoy, cinco años más tarde, la población inmigrante en nuestro país supera los nueve millones de personas y la relación de dependencia sigue fortaleciéndose, dándose el caso de sectores que dependen completamente o en gran medida del trabajo inmigrante, como los servicios domésticos (72% de la mano de obra son personas migrantes), la hostelería (45%), la construcción (32%) o la agricultura (31%).¹

Las tendencias actuales del mercado de trabajo y de empleo nuevo arrojan cifras en alza en relación con las y los trabajadores migrantes. De acuerdo con la revista Forbes España, entre 2019 y 2024, los migrantes ocupan casi tres de cada cuatro nuevos empleos creados en ese período². Además, el nuevo “Informe del Mercado de Trabajo de los Extranjeros Estatal Datos 2024”³ muestra que el 90% del empleo nuevo creado desde enero de 2024 a marzo de 2025 ha sido ocupado por inmigrantes.

1 González Enriquez, C. y Martínez, J.P., “Inmigración y mercado de trabajo en España”, *Real Instituto el Cano*, 9 de junio de 2025, disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/inmigracion-y-mercado-de-trabajo-en-espana/>.

2 Revista Forbes España, “FEDEA señala que los inmigrantes explican casi tres de cada cuatro nuevos empleos entre 2019 y 2024”, *Revista Forbes España*, 17 de marzo de 2025, disponible en: https://forbes.es/economia/653546/fedeasenaala-que-los-inmigrantes-explican-casi-tres-de-cada-cuatro-nuevos-empleos-entre-2019-y-2024/?utm_source=chatgpt.com.

3 Observatorio de las Ocupaciones, *2025 Informe del Mercado de Trabajo de los Extranjeros Estatal Datos 2024*, Madrid, 2025, disponible en: <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-extranjeros.html>.

La población inmigrante representa así, el 23% de la población ocupada en España. Estas cifras las recoge la Encuesta de Población Activa y las publica el Instituto Nacional de Estadísticas, que solo tiene en cuenta a personas migrantes de primera generación, es decir, personas que no han nacido en España, pero ¿a qué grupos de personas migrantes representan esas cifras? ¿Por qué en otros países estas cifras no solo representan a las primeras generaciones de personas migrantes, sino que también incluyen a segundas y sucesivas generaciones? ¿Cómo afecta el hecho de haber nacido y crecido en el seno de una familia inmigrada a tu empleabilidad? Estas preguntas se abordarán en el siguiente subepígrafe.

2.1. Introducción

Para comenzar, conviene definir el término de “persona migrante internacional” que se adopta en este texto. Para la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y su División de Población, una persona migrante internacional es aquella que vive en un país diferente al que nació. De acuerdo con esta definición, las personas inmigrantes lo son al margen de cuál sea su estatus legal en el país de residencia, ya sean personas inmigrantes en situación administrativa regular, irregular, nacionalizadas, inmigrantes laborales o refugiadas.⁴ Y es sobre este “estatus legal” sobre el que incidiremos en los siguientes párrafos, ya que no todas las personas migrantes internacionales están autorizadas para trabajar en España.

A continuación, se describen varios casos, a modo de ejemplo, que representan los diferentes tipos de estatus legal de las personas migrantes. Así, el primer ejemplo lo ilustraría una persona migrante internacional que llega de un país miembro de la Unión Europea (UE), del Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza, puede trabajar en España sin un permiso específico⁵.

Otro caso distinto representa la experiencia de una persona de Venezuela⁶ que llega a España y presenta ante la Oficina de Asilo o Refugio (OAR)⁷ una solicitud de protección internacional. Durante

4 Definición disponible en la web de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): <https://www.un.org/es/global-issues/migration>.

5 Directiva (UE) 2016/801, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*.
Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos 25 bis y 33).
Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos 34 a 36 y 52 a 58).

6 Según los datos del Ministerio del Interior, el país de procedencia con más solicitantes en 2024 ha sido Venezuela, con 66.134 peticiones, un 39,5 por ciento del total, seguido de Colombia (40.140). Ambos países suman el 63,5 por ciento de los expedientes formalizados en el año 2024. Datos disponibles en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasaprensa/interior/paginas/2025/160125-oficina-asilo-refugio-2024.aspx> (Fecha último acceso: 22/10/2025).

7 El artículo 23.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece que la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior, será el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional. En el sistema de protección internacional en España, la Subdirección General de Protección Internacional, dependiente de la Dirección General de Política Interior, es el órgano especializado que asume esta función y se encarga de la instrucción y tramitación de los procedimientos en materia de protección internacional, así como del reconocimiento del estatuto de apátrida (en aplicación del artículo 7 y siguientes del Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida).

el tiempo que su expediente se instruye, esta persona tiene el estatus de “solicitante de protección internacional”. Mientras se resuelve el expediente y, siempre que no se le conceda el estatuto de refugiado ni la protección subsidiaria, su estatus jurídico es el de “solicitante de protección internacional”.

Tras el proceso de análisis de su expediente, si la resolución resulta favorable para el reconocimiento de la condición de refugiada conforme a la Ley 12/2009, se le considerará refugiado en España, con los derechos que ello reporta. En este caso se requiere el permiso de residencia y de trabajo para poder acceder al mercado laboral y a un contrato oficial.

Otra situación diferente sería la de una persona que viene de Mali⁸, huyendo de la crisis humanitaria que se prolonga en su país desde 2012⁹. No puede demostrar persecución individual por motivos de raza, religión, etc., pero se estima que si fuera devuelta correría un riesgo grave de daño debido al conflicto armado. En España se le reconoce que no reúne criterio de refugiado, pero sí de beneficiario de protección subsidiaria. A partir de este reconocimiento, esta persona es considerada beneficiaria de la protección subsidiaria.

Una circunstancia más reciente en España, y la Unión Europea (UE), lo encarnan las personas en régimen de protección subsidiaria o temporal. Tras el inicio de la guerra en Ucrania, el Consejo de la UE activa la Directiva de protección temporal¹⁰ para los desplazados de Ucrania, y en España se conceden permisos de residencia y trabajo de forma ágil a los nacionales ucranianos, sus familiares, etc.

Un último caso lo representaría, por ejemplo, alguien que ha llegado desde Guinea Ecuatorial a España con visado de estudiante para cursar los estudios de grado, al acabar estos estudios decide no volver a su país de origen y no renovar el visado de estudiante. En este caso, su visado inicial expira, aunque la persona siga residiendo en territorio español. En este caso, su estatus legal cambia y esta persona pasa a ser lo que se conoce como inmigrante en situación administrativa irregular. En este último supuesto, la persona no tiene permiso para trabajar legalmente en España. Con lo que, si trabaja, sería en la economía informal, lo que supone un mayor riesgo de vulnerabilidad a la explotación laboral¹¹. Más adelante se define cada uno de estos conceptos según la normativa aplicable.

8 En 2024, el número de solicitudes de protección internacional presentadas por personas malienses experimentó un incremento del 700% respecto a 2023, según el informe de CEAR “más que cifras”.

9 En la que se combinan factores como la amenaza yihadista que no deja de propagarse a través del país, la inestabilidad política tras el golpe de estado sufrido en 2020, factores de vulnerabilidad estructurales, desafíos socioeconómicos y los efectos de la crisis climática.

10 DOUE, Decisión de ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal.

11 En España, la persona trabajadora en situación irregular, estaría incluso sujeta a sanciones de acuerdo con la Ley de Extranjería (multas e incluso expulsión), según el Artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de la Ley de Extranjería. No obstante, el derecho español, que regula una figura que, aunque no se denomina explícitamente como tal, sí puede considerarse una figura que tipifica la explotación laboral y que consiste en la imposición de condiciones de trabajo ilegales (artículo 311 del Código Penal) (Rivas Vallejo, M. P., “Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los tratados internacionales”. Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), núm. 2, 2021, págs. 99-135. DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi2.12445>).

Para seguir con el análisis, partir de la definición del concepto de “empleabilidad” nos ayudará a sentar las bases de este estudio aplicando el término a la situación de los y las jóvenes migrantes. Así, según la Real Academia de la Lengua Española, “empleabilidad” se define como “[el] Conjunto de aptitudes y actitudes que permiten a una persona conseguir y conservar un empleo”¹². De este modo, el foco se fija en la persona trabajadora, es decir, son sus cualidades (aptitudes y actitudes) las que le permitirán conseguir y mantener un empleo. Pero, ¿hasta qué punto esta definición se ajusta a la realidad actual en el contexto español? ¿depende la empleabilidad de una persona solamente de sus actitudes y aptitudes? ¿Podrían ciertas características personales influenciar negativamente sobre la “empleabilidad”? ¿Qué ocurre en el caso de las personas migrantes, de qué depende su capacidad para conseguir y mantener un empleo depende solamente de sus actitudes y aptitudes? Y, una vez conseguido el trabajo, ¿cuáles serán las condiciones?

En las siguientes líneas delimitaremos los diferentes estatus legales que designan las distintas trayectorias de quienes dejan su lugar de origen para establecerse en España. En concreto, nos centraremos en tres: personas migrantes, personas migrantes en situación administrativa irregular y personas refugiadas. Y veremos qué elementos jurídicos, económicos y sociales posibilitan que estas personas puedan acceder a un empleo, en ocasiones con contrato laboral y en otras como mano de obra de la economía sumergida.

2.2. Regulación y marco normativo en cada caso: definiciones por estatus legal

A menudo, se habla de la población migrante en general sin hacer referencia a su estatus legal. Y aunque, para simplificar puede resultar útil. De hecho, como se mencionaba más arriba, las Organización de las Naciones Unidas (ONU) y su División de Población consideran “migrantes internacionales” a toda persona que vive en un país diferente al que nació. Este término es más amplio y no necesariamente jurídico (por ejemplo, en políticas públicas incluye a personas que se desplazan voluntaria o forzosamente entre países). En el contexto europeo, la UE distingue entre migrantes (desplazamientos por cuestiones migratorias) de refugiados (protección internacional). El *Pacto Global de Migraciones*¹³ engloba la gobernanza de dicha movilidad.

De ahí a que, por ejemplo, al hablar de los y las trabajadoras migrantes, solo damos a entender que estos y estas trabajadoras no han nacido en España, y pasamos por alto otra información relevante: si estas personas tienen o no la capacidad legal de solicitar un permiso de trabajo, si ya cuentan con el permiso de trabajo o si están trabajando sin permiso de trabajo (y, por tanto, en la economía informal). Es por ello, que conviene distinguir cada posible situación legal para posteriormente poder analizar en detalle la situación socio-económica de estas personas y vincular cada caso con su grado de empleabilidad (epígrafe 3).

¹² Definición disponible en el DRAE en línea. URL: <https://dle.rae.es/empleabilidad?m=form>.

¹³ Consúltense el Pacto Global de Migraciones en la web de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM). Disponible en: <https://www.iom.int/global-compact-migration>.

2.2.1. Solicitante de protección internacional

La protección internacional (en adelante PI) es un término que engloba tanto el estatuto de refugiado como la protección subsidiaria. A menudo es confundido con el término estatuto de refugiado, pero es necesario remarcar que el término protección internacional es más amplio. Este es el caso de una persona migrante internacional que ha presentado una solicitud de reconocimiento de la condición de persona refugiada o de protección subsidiaria y está a la espera de resolución (ver el ejemplo más arriba de la persona venezolana).

Solicitar asilo es un derecho humano, en el que todas las personas en el mundo pueden ampararse cuando huyen de conflictos o persecuciones. La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria ("Ley de Asilo") en su artículo 16, establece lo siguiente:

"las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español tienen derecho a solicitar protección internacional".

La solicitud de protección internacional se tramita mediante un procedimiento administrativo dirigido a identificar si se cumplen los requisitos para el reconocimiento del estatuto de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria. A lo largo del procedimiento se analiza, en primer lugar, si la persona reúne los requisitos¹⁴ para ser reconocida como refugiada en los términos definidos en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, celebrada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.

La protección otorgada en virtud de estos conceptos consiste en la no expulsión ni devolución a contextos en los que peligran su vida o su libertad de las personas a quienes se les haya reconocido, además de otros derechos previstos en la citada Ley 12/2009 (art. 5). Este *principio de no devolución* vertebró la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951* y se reconoce en su artículo 33.

Cabe recordar que la persona solicitante no obtiene el reconocimiento del estatus de refugiada ni de protección subsidiaria si el resultado de esta solicitud previa de protección internacional no ha salido aún o no es favorable.

En cuanto al derecho a trabajar, de acuerdo con la Disposición adicional vigésimo primera del RELOEX:

"las personas solicitantes de protección internacional estarán autorizadas para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de su solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado.

¹⁴ En su web, el Ministerio del Interior recoge las Condiciones para el reconocimiento de la protección internacional. Pueden consultarse en: https://proteccion-asilo.interior.gob.es/es/proteccion-internacional/que-es-la-proteccion-internacional/index.html?utm_source=chatgpt.com.

La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento de solicitante de protección internacional y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a la vigencia del documento.”

2.2.2. Estatuto de Refugiado

El estatuto de refugiado constituye una forma de protección que puede ser reconocida a las personas que cumplen los requisitos para ser una persona refugiada conforme a la definición de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967*. Según el artículo 3 de la Ley 12/2009: “la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad (...) y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de dicho país”. En España el derecho al Asilo se reconoce en el artículo 13.4 de la Constitución Española como “la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos establecidos en la” ya mencionada Ley 12/2009 de 30 de octubre “y en la Convención de 1951 y su Protocolo”¹⁵.

El artículo 36 de dicha Ley reconoce los efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria y vuelve a referirse a la protección contra la devolución, reconociendo asimismo otros derechos como la autorización de residencia y trabajo permanente¹⁶, la expedición de documentos de identidad y viaje, también para quienes se benefician de la protección subsidiaria; el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales y a la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles; la libertad de circulación; el mantenimiento de la unidad familiar.

Conviene mencionar brevemente las diferencias entre las dos figuras arriba expuestas. Por un lado, una persona refugiada es aquella que ha tenido que abandonar su país de origen y no le es posible volver porque su vida, su integridad física o su libertad corren peligro a causa de persecuciones, conflictos armados, violencia y alteraciones graves del orden público. Se trata de una condición jurídica que otorga a la persona ciertos derechos y salvaguardas. Por otro, las personas solicitantes de asilo o protección internacional son aquellas que solicitaron o tienen previsto solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado, pero su petición aún está en trámite.

¹⁵ Entre la normativa vigente y relevante en el marco regulador español en materia de asilo se encuentran: Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, 220/2022, 1 Marzo 2022; Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, 557/2011, 1 Abril 2011; Real Decreto 590/2022, de 19 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a determinadas entidades para la financiación del Sistema de Acogida de Protección Internacional, 590/2022, 19 Julio 2022.

¹⁶ Y añade: “en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”.

En el marco legal de la Unión Europea (UE), la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el Derecho primario de la Unión Europea¹⁷ requieren que se garantice el derecho al asilo y que el Sistema Común Europeo de Asilo (CEAS)^{18 19} se rija por la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. El CEAS surge del compromiso de algunos países europeos en 1999 para armonizar sus sistemas de asilo. Entre 1999 y 2005 las instituciones de la UE adoptaron normativas comunes para garantizar un trato y protección equitativos hacia las personas solicitantes de asilo y refugiadas en la UE. La última actualización del CEAS es el Pacto sobre Migraciones y Asilo que fue adoptado en 2024 (aplicable a partir de junio de 2026).

En cuanto a la autorización para trabajar en el caso de las personas a las que se les ha reconocido el estatuto de refugiada (así como las personas en régimen de protección subsidiaria, es decir, los dos estatutos beneficiarios de la protección internacional), están autorizadas a trabajar desde el momento de la concesión. La condición de persona beneficiaria de protección internacional se acredita mediante su tarjeta de identificación de extranjero (TIE), donde se especifica la autorización para trabajar²⁰.

2.2.3. Protección subsidiaria y protección temporal

El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas que, sin reunir los requisitos²¹ para ser reconocidas como refugiadas, se dan motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves como la muerte, tortura, amenazas contra la integridad, etc., en virtud de lo dispuesto en el art.4 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre.

Este reconocimiento implica, entre otros derechos, la autorización a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que las personas nacionales; acceso a la nacionalidad con cinco años de residencia legal (art.22 del Código Civil) a quienes obtuvieran la condición de refugiado; acceso a la Seguridad Social.

17 Definido como la fuente suprema del Derecho de la Unión Europea (UE). Proviene principalmente de los tratados constitutivos, en particular, el Tratado de Roma (que posteriormente fue el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Definición y detalles disponibles: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/the-european-union-s-primary-law.html>.

18 CEAS, por sus siglas en inglés: *Common European Asylum System*.

19 Los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés: *The European Free Trade Association*) son parte del área europea sin controles de fronteras internas (espacio Schengen), por lo que algunos de los instrumentos del CEAS también se aplican en estos países.

20 Consúltase la web del Ministerio de Interior para información más detallada: <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/iniciativas-para-la-insercion-laboral>.

21 Conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, constituyen daños graves que dan lugar a la protección subsidiaria: la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

La condición de persona en régimen de protección subsidiaria se acredita con la resolución favorable emitida por el órgano competente del Ministerio del Interior o por la Tarjeta de Identidad de asilado/refugiado o beneficiario de protección subsidiaria.

Resulta conveniente señalar un elemento diferenciador con el estatuto de refugiado que puede llevar a confundir ambas figuras. En el caso de las personas beneficiarias de protección subsidiaria o temporal, entre los motivos no se encuentra el de “persecución individualizada” por razones señaladas en la definición de refugiado, sino que las personas reconocidas como beneficiarias de protección subsidiaria o temporal es porque su vida o integridad corren grave riesgo en caso de retorno²².

Las personas beneficiarias de protección temporal, en virtud de la Directiva 2001/55/CE de 20 de julio de 2001²³, son aquellas personas desplazadas por el conflicto en Ucrania, están autorizadas a trabajar mientras dure la protección temporal (un año prorrogable hasta tres años). La protección temporal se concede de forma colectiva, en situaciones de afluencia masiva, sin que cada persona tenga que acreditar individualmente persecución o daño. Y tiene carácter provisional. Sus efectos incluyen: permiso de residencia, acceso al trabajo, estudios, asistencia sanitaria, etc., pero es una medida extraordinaria y temporal. La condición de personas beneficiaria de protección temporal se acredita mediante el resguardo de presentación de solicitud de protección temporal para personas desplazadas, donde se especifica la autorización para trabajar²⁴.

2.2.4. Inmigrantes en situación administrativa irregular

El término “inmigrante en situación irregular” designa a las personas que residen en un país sin autorización administrativa²⁵, es decir, sin visado ni permiso de residencia. Los datos más recientes sugieren que el número de extranjeros residentes en España en situación administrativa irregular

22 La normativa lo contempla como parte del procedimiento de protección internacional: primero se valora si es refugiado; si no, si puede acceder a la protección subsidiaria.

23 DOCE, núm. 212, de 7 de agosto de 2001. Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-81926>. En España, esta Directiva fue traspuesta mediante el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas; así, la Ley 12/2009 recoge en su disposición adicional segunda que la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas será la prevista en el citado Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. Este mecanismo de protección de la UE se puso en marcha por primera vez en 2022 ante la invasión rusa de Ucrania.

24 Ministerio del Interior y Oficina de Asilo y Refugio (OAR), 2023 *ASILO EN CIFRAS*, Madrid: Secretaría General Técnica, 2024. Disponible en: https://proteccion-asilo.interior.gob.es/documentos/Asilo_en_cifras_2023.pdf.

25 El artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000 del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, enumera varios motivos por los que una persona puede encontrarse irregularmente en España, entre ellos, “no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización [sin haber solicitado su renovación en plazo]”.

podría situarse ya en el entorno de 700.000 (17% de la población extranjera “no comunitaria”²⁶)²⁷. Y volviendo a los ejemplos de la introducción del epígrafe dos, entre estas 700.000 personas podría encontrarse la o el chico de Guinea Ecuatorial que entra en España con visado de estudiante pero que, al expirar la fecha de vigencia sin renovación, queda invalidado. Este hecho deja a la persona inmigrante en una situación de irregularidad, lo que supone una infracción grave, de acuerdo con el artículo 53 párrafo a) de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Esta designación no constituye una categoría de protección, su situación viene regulada por la normativa de extranjería y procedimientos de retorno. No obstante, las personas migrantes gozan de los derechos reconocidos en los artículos 1, 14, 31, 35 y 47, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por los que se garantiza el derecho a la dignidad humana, la educación, unas condiciones de trabajo equitativas y justas, la asistencia sanitaria, una tutela judicial efectiva y un juicio justo.

A modo de resumen, se presenta la tabla 1 (ver pág. sig.) una síntesis de la información sobre los diferentes estatus legales para las personas migrantes, según sus circunstancias personales, en España.

2.3. Diferentes vías para la obtención de la autorización para trabajar según el estatus jurídico de la persona inmigrante

En España, los derechos y deberes en materia laboral varían significativamente en función del estatus migratorio legal de las y los individuos. Entender las diferencias se hace pues fundamental tanto para quien ofrece su mano de obra como para quien la demanda. En el siguiente epígrafe se identifican las situaciones legales que permiten el derecho a trabajar para cada estatus migratorio y las implicaciones de dichos permisos sobre la empleabilidad. Se estudiarán, asimismo, las posibles implicaciones sobre el mercado laboral de las novedades sobre los diferentes tipos de arraigo que incorpora el nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009²⁸.

Como se ha visto, la normativa sobre extranjería exige a la persona trabajadora extranjera no comunitaria que pretenda prestar servicios laborales en España deba proveerse de una autorización de residencia y de trabajo. Sin embargo, la realidad hasta ahora (específicamente antes de la entrada en vigor del nuevo reglamento 1155/2024) demuestra que muchas de estas personas prestan un trabajo por cuenta ajena (que reúne los requisitos exigidos por el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores) sin la preceptiva autorización²⁹.

26 Por población “no comunitaria” se entiende aquí la que ostenta nacionalidades distintas de las de los Estados miembros de la UE, Reino Unido y los países de la AELC (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza).

27 FuncasBlog, “La población extranjera en situación irregular en España: una estimación”. *Funcasblog*, 7 de mayo 2024. Disponible en: <https://n9.cl/ouzn>.

28 BOE núm. 280 de 20 de noviembre de 2024. Real Decreto 1155/2024 de 19 de noviembre.

29 Charro Baena, P.C., “La doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre los derechos laborales y de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 2012, págs. 119-146.

Tabla 1. Síntesis de las características de cada estatus legal de las personas migrantes

Figura jurídica	Cuándo aplica	Requisitos	Derechos/efectos	Duración/ Naturaleza
Solicitante de PI (Derecho regulado por el art.16 Ley 12/2009)	Al presentar la solicitud de asilo/PI	Estar presente en España, nacionalidad extracomunitaria o apátrida (art. 16 Ley 12/2009)	Protección ante la expulsión y la devolución; autorización para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de su solicitud y bajo otros requisitos formales. Art.36 Ley 12/2009	Hasta que se resuelva la solicitud
Estatuto de Refugiado. Art.3 Ley 12/2009	Tras el reconocimiento conforme a Ley 12/2009 + Convenio Ginebra	Persecución por motivos reconocidos, miedo fundado, etc. (razones individuales)	Permiso de residencia, de trabajo, no devolución, reagrupación familiar, etc. Art. 36 Ley 12/2009	Permanente o larga duración (según normativa y situación)
Beneficiaria/o de protección subsidiaria Art.4 Ley 12/2009	Cuando no reúne los requisitos de refugiada/o pero existe grave riesgo de daño si se devuelve. Art.10 Ley 12/2009 (daños graves) Art.11 Ley 12/2009 (causas de exclusión) Art.12 Ley 12/2009 (causas de denegación)	Riesgo real de daño grave (conflicto, violencia indiscriminada, etc.). Individual	Similares garantías de no devolución, residencia, trabajo	Temporal o revisable, sujeta a evolución del país de origen
Protección temporal Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001. Instrumento de transposición: Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. Ucrania: Orden INT/169/2024 de 26 de febrero	Cuando hay afluencia masiva proveniente de un país extracomunitario	Procedimiento colectivo, no individual de persecución	Permiso de residencia, trabajo, estudio, acceso a servicios de forma rápida	Temporal, excepcional, hasta que se normalice la situación en el país de origen

Fuente: Elaboración propia a partir de las diferentes normativas vigentes con fecha 22 de octubre de 2025.

En lo que respecta a las personas solicitantes de protección internacional, el RD 1155/2024 en su disposición adicional decimocuarta autoriza a trabajar a las personas extranjeras solicitantes de protección internacional³⁰.

En cuanto a las personas refugiadas, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, de la que España es parte desde 1978, autoriza a estas personas a acceder al mercado de trabajo y contribuir a la economía³¹. En la práctica, no obstante, y como se verá en el siguiente epígrafe, muchas de estas personas se encuentran con obstáculos ligados tanto a su contexto socio-cultural como al del país de residencia. Estas barreras les dificultan el acceso al mercado laboral.

Adicionalmente, respecto a las autorizaciones de trabajo, el artículo 43 del Real Decreto 1155/2024 de 19 de noviembre, por el que se modifica la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de la LOEX, prevé una nueva figura: visados para la búsqueda de empleo. Estos visados “autorizarán a la persona extranjera a desplazarse al territorio español para la búsqueda de empleo durante un periodo de residencia de doce meses. Durante este periodo, en el caso de obtener un contrato, el empleador deberá presentar una solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en favor de la persona extranjera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.2”. Este precepto deja así a la persona inmigrante en búsqueda de empleo siendo sujeto pasivo del proceso de obtención de una autorización de trabajo, puesto que es la persona empleadora quien debe iniciar la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo para la persona afectada. Aunque este artículo se aplica sobre dos casos concretos de búsqueda de empleo, a saber, descendencia de personas españolas “de origen” y búsqueda de empleo en determinadas ocupaciones y ámbitos territoriales.

En el caso de las personas migrantes en situación administrativa irregular, el nuevo Reglamento 1155/2024 prevé vías limitadas de regularización por diferentes tipos de arraigo: arraigo de segunda oportunidad, sociolaboral, social, familiar y socioformativo, lo cual resulta especialmente relevante para abordar el tema que nos ocupa, a saber, la juventud migrante trabajadora en España y su nivel de empleabilidad. En este sentido, el título V, se refiere a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, y añade dos matices a la configuración del arraigo. Por una parte, se reduce el periodo de relación laboral a acreditar en el denominado arraigo laboral, estableciéndose

30 Texto original de la disposición: Disposición adicional decimocuarta. Autorización de trabajo de las personas extranjeras solicitantes de protección internacional.

Los solicitantes de protección internacional estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la fecha de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado. La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento de solicitante de protección internacional y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la Oficina de Asilo y Refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado. Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre.

31 Zetter, R. y Ruaudel, H., “Refugees’ right to work and access to labor markets—An assessment.” *World Bank Global Program on Forced Displacement (GPDF) and the Global Knowledge Partnership on Migration and Development (KNOMAD) Thematic Working Group on Forced Migration. KNOMAD Working Paper. Washington, DC: World Bank Group, 2016.*

un periodo mínimo de dos años³² y debiendo acreditar la relación laboral y su duración³³ (Art. 124.1). Este hecho, unido al aumento de la población extranjera en los últimos años pueden explicar el incremento considerable en ciertos indicadores relacionados con el empleo, tanto en ocupación como en afiliación y en el registro de contratos. De hecho, el 40% de los nuevos empleos han sido ocupados por trabajadores migrantes. Así, la mano de obra inmigrante a finales de 2023 alcanzaba los 2.668.776 ocupados, lo que supone el 12,8% del total de personas cotizando³⁴.

En cuanto al arraigo socio-formativo, que también da acceso a la autorización de residencia temporal (artículo 125), este se mantiene y resulta una pieza clave para la integración de las personas migrantes no solo en el mercado laboral sino en la sociedad, especialmente a las personas jóvenes. Esta disposición motiva a la juventud migrante a integrarse en el sistema educativo español, a la cultura nacional a través del aprendizaje del idioma y a acercarse a la actualidad social creando vínculos relacionales con el resto del alumnado del curso. En el artículo 127 del citado RD se detallan los cursos específicos en los que se han de matricular para poder solicitar este tipo de arraigo. Entre otros estudios, se prevé la matriculación en las Enseñanzas obligatorias dentro de la educación de personas adultas o cursos de formación profesional y ocupacional ofertados por los Servicios Públicos de Empleo de España. Cabe destacar en este sentido, el aumento de la matriculación de alumnado extranjero en las formaciones para adultos, que durante el curso académico 2023-2024 superó el millón de personas, lo que supone un incremento de 79.950 personas en su mayoría naturales de Marruecos, Rumanía y Colombia³⁵.

Así mismo, se prevé la autorización de residencia por el arraigo social, para la cual es necesario acreditar la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y cumplir dos condiciones: no tener antecedentes penales y contar con un contrato de trabajo que garantice al menos el salario mínimo interprofesional³⁶. Adicionalmente, en consonancia con la doctrina

32 En virtud del párrafo primero del artículo 124 del nuevo Reglamento 1155/2024: "Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, (...) cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1. Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud. Conviene matizar que dicha reducción del periodo de permanencia en España a dos años se aplica para el arraigo sociolaboral pero no en el caso del arraigo familiar.

33 Para ello, se debe presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. A estos efectos se acreditará la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, en el caso de actividad por cuenta ajena, como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses, y en el caso del trabajo por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, seis meses (Art. 126.1, párrafo 2).

34 Jiménez, B., "¿Pagarán los extranjeros las pensiones? Ya ocupan el 40% de los nuevos empleos y marcan récord de afiliación", infobae, 18 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.infobae.com/espana/2024/01/18/pagaran-los-extranjeros-las-pensiones-ya-ocupan-el-40-de-los-nuevos-empleos-y-marcan-record-de-afiliacion/>.

35 EFE, "La cifra de alumnos extranjeros no universitarios en España supera por primera vez el millón", EFE, 1 de mayo de 2025. Disponible en: <https://efe.com/espana/2025-05-01/alumnos-extrajeros-no-universitarios-espana/>.

36 Punto dos del artículo 124 del nuevo Reglamento 1155/2024.

de nuestros Tribunales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se introduce la figura del arraigo familiar para progenitores de menores españoles.

Como novedad este Reglamento incorpora, como situación especialmente regulada, la figura de la víctima de trata de seres humanos, tanto en su vertiente de trata con fines de explotación sexual como en su vertiente de fines de explotación laboral³⁷. Así, por ejemplo, el RD 1155/2024 reconoce, en su artículo 142, la posibilidad de exención de responsabilidad de la persona extranjera víctima de explotación laboral (entre otras). Adicionalmente, estipula la posibilidad de acceder a la autorización de residencia y trabajo por colaboración en actuaciones contra redes organizadas tanto con autoridades administrativas no policiales (artículo 143) como con autoridades policiales, fiscales o judiciales (artículo 144) estableciendo requisitos formales y documentación necesaria. Esta autorización es de carácter provisional hasta que se dicte resolución sobre la solicitud de autorización definitiva. Mientras tanto, puede solicitar la tarjeta e identidad de extranjero, que será renovable anualmente. Y finalmente, si su caso se resuelve favorablemente, obtendrá la autorización definitiva con vigencia de 5 años. La denegación de la autorización de residencia y trabajo, supondrá la extinción y pérdida de vigencia de la autorización provisional que se hubiera podido conceder, según lo estipulado en el punto octavo del artículo 143.

Junto a las autorizaciones de residencia por arraigo, se prevén las autorizaciones por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público.

Entre las novedades, se ha introducido entre los delitos de los que puede ser víctima un extranjero, los de odio del 510 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como los artículos del 316 a 318 bis del Código. Se ha previsto también, que el trabajo por seis meses en situación irregular en el plazo de los dos años anteriores a la denuncia da derecho a una autorización, si se prueba adecuadamente ante la autoridad laboral competente o judicial.

Las personas en situación administrativa irregular son las principales destinatarias de estos cambios en la legislación. Aunque han ganado en facilidades administrativas y jurídicas para regularizar su situación, su caso no deja de resultar paradójico. Al carecer de autorización de residencia y de trabajo, deben ser empleados en la economía informal para poder acreditar su permanencia en el territorio español durante el tiempo que establece la Ley, siendo susceptibles de sanciones (que pueden llegar hasta la expulsión) y viéndose sometidos a condiciones de precariedad, inseguridad y marginalidad³⁸ (infravivienda cerca de la zona de trabajo impagos, horas extras no reconocidas, trabajos peligrosos como subir a andamios o reponer techos de invernaderos bajo altas temperaturas sin protección o seguro social o médico) y explotación laboral³⁹.

37 También un capítulo destinado a regular la figura de la víctima de violencia de género, en el que opera con la figura de la autorización provisional de residencia y trabajo.

38 En esta noticia de *elDiario.es* se detalla la muerte de Mohamed, un joven inmigrante que murió arrollado por un coche mientras se desplazaba cerca de su chabola. Además, en este artículo una voluntaria incide en que: "Les interesa estar al lado de los plásticos porque se mueven andando o como mucho en bicicleta".

39 Domínguez, J., A. y Boelpaep, B., "Explotación en invernaderos de Almería: las duras acusaciones de los trabajadores que recogen frutas y verduras en el sur de España", *BBC News Mundo*, 24 de abril de 2020, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52398770>.

En conclusión, a la vista de las novedades introducidas por el RD 1155/2024 y la evolución de ciertos índices económicos que afectan al mercado laboral, se puede decir que la flexibilidad en la regularización administrativa de las personas migrantes y la reducción de barreras administrativas para acceder a la autorización de residencia y de trabajo para las personas solicitantes de protección internacional o de asilo político es esencial tanto para las personas migrantes como para la reforzar la salud económica del Estado. En este sentido, las estadísticas presentadas por las encuestas de la Seguridad Social corroboran el hecho de que la fuerza de trabajo inmigrante es la que se ocupa de los sectores menos demandados por las personas trabajadoras españolas (como veremos más adelante). El efecto que estos cambios en la legislación puedan ocasionar sobre mejoras estructurales en cuanto a la integración, la autonomía económica, la seguridad laboral y económica y la autosuficiencia durante el proceso de asilo aún es pronto para calcularlo.

3. JUVENTUD MIGRANTE Y EMPLEABILIDAD: INFLUENCIA DEL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y CULTURAL PERSONA EN LA INTEGRACIÓN EN EL MERCADO LABORAL ESPAÑOL

Antes hacíamos referencia a las estadísticas laborales de la Encuesta de Población Activa publicadas por el INE que arrojan conclusiones como que la población inmigrante representa el 23% de la población ocupada en España. Estas cifras las recoge la Encuesta de Población Activa y las publica el Instituto Nacional de Estadísticas, que solo tiene en cuenta a personas migrantes de primera generación, es decir, personas que no han nacido en España, pero ¿a qué grupos de personas migrantes representan esas cifras? ¿Por qué en otros países estas cifras no solo representan a las primeras generaciones de personas migrantes, sino que también incluyen a segundas y sucesivas generaciones? ¿Cómo afecta el hecho de haber nacido y crecido en el seno de una familia inmigrada a tu empleabilidad?

En el siguiente y último apartado, se abordarán estas cuestiones detallando la situación a la que se enfrentan estas personas, a menudo con contextos personales muy complejos: condiciones de abuso, maltrato o persecución en sus países de origen; exposición a riesgos físicos y psicológicos a lo largo de la ruta migratoria; choque cultural al llegar a Europa, caída de las expectativas laborales (muchas de estas personas llegan con la idea de triunfar en Europa y se frustran ante la situación que encuentran aquí y las nuevas dificultades a las que deben hacer frente) que puede acarrear problemas de salud mental para estas personas.

Para ello, se analizarán tanto los distintos aspectos sociales y culturales como los laborales y económicos que deben asumir las personas migrantes una vez se instalan en España, como las mejoras legislativas, programas y estrategias que se han aplicado con un menos o mayor grado de éxito.

3.1. Principales desafíos socio-laborales para la juventud migrante o refugiada en España

Asegurar las perspectivas laborales de la juventud migrante en España constituye un reto influenciado tanto por barreras estructurales como por los cambios legislativos recientes. Las altas tasas de desempleo entre la juventud, particularmente los grupos sociales con bajos niveles educativos, requiere de programas activos de empleo específicos y de reformas que mejoren la transición de la escuela al mundo laboral.⁴⁰ Así mismo, las sucesivas crisis que han sacudido la economía española desde finales de la primera década del siglo XXI hasta la actualidad con la crisis de vivienda, pasando por la pandemia, han impactado negativamente sobre las perspectivas laborales de las personas migrantes en general, y en concreto, del colectivo de menores migrantes no acompañados en edad de trabajar, reduciendo significativamente su tasa de empleabilidad.⁴¹ Además, la creciente precariedad laboral dificulta el acceso a ciertas condiciones de bienestar y derechos sociales, así lo explica Zigmunt Bauman en su ensayo sobre el transcurso de la “modernidad sólida” a la “modernidad líquida”.⁴² Por lo que es importante considerar no sólo si estas y estos jóvenes acceden o no al mercado laboral, sino también a qué precio lo hacen, cuáles son las condiciones laborales que se encuentran.

Así pues, considerando que a día de hoy el factor trabajo habría perdido peso entre los mecanismos de integración social, tener en cuenta el carácter multidimensional de esta última. De acuerdo con J.D. Gutiérrez-Sánchez y Maddalene Epelde, tanto la inclusión como la exclusión social son conceptos multidimensionales que hace referencia a un desarrollo complejo que engloba varios aspectos vitales⁴³. Estos autores realizan la categorización siguiente:

- Ámbito laboral: disponer o no de un empleo.
- Ámbito económico: posesión de recursos suficientes para hacer frente a los gastos de la vida.⁴⁴
- Ámbito jurídico: estar legalmente en una situación de regularidad o irregularidad.⁴⁵
- Ámbito relacional: red de relaciones que mantiene una persona.
- Ámbito cultural: pautas culturales, tradiciones, costumbres, idioma, etc.⁴⁶

40 Wölfl, A., “Improving Employment Prospects for Young Workers in Spain”. *Research Papers in Economics*, 2013.

41 Epelde Juaristi, M., “Nuevas estrategias para la integración social de los jóvenes migrantes no acompañados”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2017, núm. 13, págs. 57-85.

42 Bauman, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Gedisa editorial, 2002.

43 Gutiérrez-Sánchez, J. D. y Epelde-Juaristi, M., “Inserción sociolaboral de jóvenes inmigrantes no acompañados/as: ¿una respuesta efectiva en el camino hacia la autonomía?” *Migraciones*, vol. 57, 2023.

44 Gimeno-Monterde, C. y Gutiérrez-Sánchez, J.D., “Reagrupación familiar de menores en Aragón. Propuestas de acompañamiento en el proceso migratorio”, *Prospectiva*, núm. 29, págs. 151-172, 2020.

45 Cabedo Mallol, V., “La protección e integración de los menores inmigrantes no acompañados en España”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 56, 2006, págs. 81-95.

46 Gutiérrez-Sánchez, J. D., Abolafio, E. y Herrera, M.R., “Empuje y audacia: Migración transfronteriza de adolescentes y jóvenes no acompañados/as”. *Siglo XXI*, 2021.

- Ámbito identitario⁴⁷: reconocimiento, identificación y sentimiento de pertenencia. Revisando la literatura al respecto, se podrían añadir dos ámbitos a tener en cuenta:
 - Ámbito psicológico: consecuencias psicológicas del proceso migratorio de estos y estas jóvenes⁴⁸, sentimiento de exclusión y de no pertenencia y su antitético, el sentimiento de comunidad.⁴⁹
 - Ámbito administrativo: las fallas administrativas⁵⁰ como pueden ser los errores en la identificación de las personas migrantes que retrasan, dificultan o impiden la consecución de la regularización de su situación o el acceso a otros trámites como la apertura de una cuenta corriente, necesaria a la hora de firmar un contrato laboral o las trabas para empadronarse.⁵¹

Cada uno de estos ámbitos se ve condicionado por otros factores que afectan a la juventud migrante como la barrera lingüística, la precariedad y vulnerabilidad al trabajo forzoso, al impago o a la sobrecarga de trabajo. Todos estos elementos hacen de este un colectivo especialmente vulnerable en términos socio-económicos afrontando dificultades para conseguir una vivienda o experimentando altas tasas de abandono escolar entre personas descendientes de familias migrantes⁵². Así, por ejemplo, en múltiples ocasiones se experimentan dificultades de acceso a la vivienda, sea por falta de financiación o bien por racismo estructural de ciertas sociedades. Hay municipalidades donde conseguir empadronarse es prácticamente imposible. Esto dificulta o ralentiza que se puedan ir ejecutando otras fases del proceso de búsqueda de trabajo.

47 Echeverri Buriticá, M. M., "Fracturas identitarias: migración e integración social de los jóvenes colombianos en España", *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm.1, 2005, págs. 141-164.

48 En los últimos años se ha investigado significativamente el peso de la salud mental en el proceso de integración social de la juventud migrante, sobre todo, en lo que respecta a menores migrantes no acompañados. Estas son algunas de las referencias más relevantes para el tema que ocupa a este estudio: Morales, N., Collazos, F. y Qureshi, A., "Mental Health of Unaccompanied Immigrant Youth". *European Psychiatry*, vol. 65, núm. S1, 2022; Gutiérrez-Sánchez, J. D. y Martin, J., "El impacto del proyecto migratorio en la salud mental de jóvenes migrantes extutelados". *Azarbe*, vol.13, 2024, págs.

49 García-Cid, A., Gómez-Jacinto, L., Hombrados-Mendieta, I., Millán-Franco, M. y Moscato, G., "Discrimination and Psychosocial Well-Being of Migrants in Spain: The Moderating Role of Sense of Community". *Frontiers in Psychology*, vol. 11, 2020, págs., 2235.

50 Jacovkis, J., Montes, A. y Rambla, X. When Arriving Is Not Enough—Constraints in Access to Education and Employment Opportunities for Migrant Youth. *Societies*, vol.12, núm.3, 2022.

51 de La Mora González, G., "The Asylum Maze in Spain: Obstacles, Segregation and Violation of Rights". *Deusto Journal of Human Rights*, núm. 15 (June), 2025, págs.129-60. En este artículo su autor reporta incluso visitas de las Brigadas policíacas en Salamanca para comprobar si se está haciendo un uso fraudulento del padrón para obtener la protección internacional. En el artículo de Borràs-Batalla, M. y Oms-Graells, A.M., «El padrón como frontera: La utilización del registro municipal de habitantes como dispositivo de inclusión diferencial.» *International Journal of Roma Studies*, vol.5, núm.1, 2023, págs. 1-39. Se describe el uso excluyente que algunas ciudades hacen del padrón municipal de habitantes para evitar que las personas inmigradas en situación de exclusión residencial adquieran la condición de residente (en el contexto del área metropolitana de Barcelona).

52 Según los datos del Informe publicado por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: "Los hijos de inmigrantes están claramente sobre-representados en FP Básica e infra representados en FP Grado Medio, Grado Superior y Bachillerato, por este orden. En concreto, mientras que el 15,5% de los estudiantes en ciclos formativos de FP básica son de origen extranjero (10,4% del total de estudiantes en el curso 2020/21), este porcentaje se sitúa en un 8,7% y 6,8% en el caso de los ciclos formativos de FP grado medio y superior respectivamente, y en 6,7% en bachillerato". Véase: Mahía Casado, R. y Medina Moral, E., *Informe sobre la Integración de los Estudiantes Extranjeros en el Sistema Educativo Español. RESUMEN*, Madrid, 2022. Disponible en: https://www.inclusion.gob.es/documents/3976301/4202290/0815_2022_accesible.pdf/f017e8fc-f9d7-d953-a0ac-ec79776d6a69?t=1700122612753.

Y todo esto se dan en un marco social en el que existe racismo estructural. En este contexto, se facilita al empresario emplear y *explotar*⁵³ mano de obra migrante en situación administrativa irregular; y se aplauden y difunden discursos de odio. Mientras tanto, las víctimas quedan legalmente desamparadas y desconociendo sus derechos para poder reclamarlos.

No obstante, en los últimos años se han llevado a cabo reformas legislativas para la mejora de la accesibilidad al mercado laboral de la juventud migrante, que parecen haber impactado positivamente sobre su autonomía económica. Aunque siguen siendo necesarias medidas de inclusión social más amplias para la integración plena en la sociedad.⁵⁴

En conclusión, la integración socio-laboral de la juventud migrante viene condicionada por múltiples factores, tanto personales (historia personal, trayectoria y contexto cultural), como externos (sociales, culturales, económicos, etc.). La integración laboral ha perdido peso en el proceso de integración social, dejando más espacio para otros ámbitos como pueden ser el relacional o el cultural. Es ahí donde deben poner el foco las políticas de inclusión enfocadas a la juventud migrante. Así mismo, se han de tener en cuenta los aspectos psicológicos que juegan un papel principal para la juventud migrante, sobre todo en las etapas tempranas de intervención en la protección de la infancia. Por todo lo anterior, los programas para la integración socio-laboral de estos grupos sociales deben dirigir sus esfuerzos en incentivar la inteligencia emocional, el fortalecimiento de vínculos personales y comunitarios que refuercen el sentimiento de pertenencia de los jóvenes y el ajuste sociocultural, lo que puede mejorar el bienestar mental de las personas y así, su integración.

3.2. Desarrollo de competencias y empleabilidad

Como venimos analizando, la empleabilidad de la juventud migrante en España está influenciada por una combinación de factores tanto personales como institucionales y estructurales. Estos desafíos pueden incluir el acceso limitado a la educación y la formación; barreras administrativas; problemas socio-emocionales derivados de la experiencia migratoria. Las políticas públicas pueden abordar estas problemáticas mediante intervenciones específicas que mejoren las vías educativas y la integración en el mercado laboral. Entre los factores a tener en cuenta para mejorar la efectividad de las políticas públicas en la materia del desarrollo competencial de la juventud migrante, se encuentran los siguientes puntos:

53 Más arriba vimos cómo la Ley de Extranjería prevé sanciones para la persona sometida a condiciones que podrían considerarse "explotación laboral", en tanto que a estas personas se les están imponiendo condiciones laborales ilegales (trabajar sin firmar un contrato de trabajo válido). Con un marco legal que prevea sanciones como esta y que no garantice a la víctima tanto información sobre sus derechos como protección y vías seguras de denuncia, la víctima de explotación es desincentivada a denunciar su situación y, por tanto, doblemente sometida a la explotación por miedo a las represalias de negarse a acatar dichas condiciones y, mucho más, a denunciarlas.

54 Gutiérrez-Sánchez, J. D. y Epelde-Juaristi, M., "Inserción sociolaboral de jóvenes inmigrantes no acompañados/as: ¿una respuesta efectiva en el camino hacia la autonomía?" *Migraciones*, vol. 57, 2023.

- Promover el acceso a la educación: Implementación de políticas que simplifiquen los procesos administrativos y ofrezcan apoyo personalizado para que la juventud migrante pueda mejorar su rendimiento educativo.⁵⁵
- Programas de desarrollo de competencias: Crear programas de formación profesional continua. Es decir, que tengan por objetivo, no solo adaptarse tanto a las necesidades del tejido productivo como a las aspiraciones y vocación de la juventud, sino que además aspiren a mantener a esta población actualizada y preparada a los cambios tecnológicos y organizativos, adecuándolos de forma que puedan ser de utilidad para la empresa.⁵⁶
- Invertir en programas de apoyo para salud mental adaptados a las necesidades específicas: como hemos visto a lo largo de este análisis, estos programas pueden ayudar, no solo a afrontar los retos laborales actuales sino a aprender a vivir con las experiencias del pasado y facilitar la transición entre la infancia y la vida adulta en Europa.

Las iniciativas que se han implementado exitosamente en España para aumentar la empleabilidad entre la juventud migrante incluyen entre sus estrategias clave los programas de formación adaptados, iniciativas de integración social y el desarrollo de los *soft skills*.

En lo que se refiere a los programas de formación adaptado, una fórmula clásica de inserción juvenil al empleo son las empresas sociales de inserción socio-laboral, que han permitido impartir formaciones orientadas a las necesidades de los estudiantes y ofrecerles apoyo y orientación hacia mejoras sustanciales de los factores que influyen en su empleabilidad dándoles información útil y consejos sobre cómo proteger y cuidar sus puestos de trabajo o reduciendo las barreras para la búsqueda de empleo⁵⁷. Actualmente se están llevando a cabo nuevas iniciativas para la acogida e inserción laboral de jóvenes tanto migrantes como autóctonos. Un ejemplo es el proyecto Barzen⁵⁸, que se ha implementado con resultados brillantes en Guipúzcoa. El objetivo de este proyecto se basa en facilitar el éxito en los procesos de transición a la vida adulta de jóvenes de entre 16 y 23 años. Se dirigen a la población migrante o autóctona integrada en las Redes de Protección a la Infancia y a la adolescencia e Inclusión Social de la Diputación de Gipuzkoa. La idea de este proyecto es articular un ecosistema de entidades del tercer sector y las agencias de desarrollo en coordinación con las redes comarcales de inclusión generando un sistema flexible y estable para el empleo juvenil. Así mismo, no podemos dejar de mencionar los Campamentos Digitales Europeos (European Digital Bootcamps), con iniciativas como el proyecto EDIBO, dirigido a aumentar las habilidade

55 Soriano Ayala, E. y Soriano Ayala, E., "Influencia de la formación en las perspectivas de inserción laboral del colectivo joven". *Tla-Melaua*, vol.13, núm.46, 2019.

56 Moreno Vida, M. N., "El modelo europeo de capacitación y competencias para el empleo en el contexto de la revolución digital", *REJLSS*, núm. 11, 2025, págs. 81-110, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls11202521905>.

57 Hernaiz-Agreda, N., Linares Insa, L. I., Belver Domínguez, J. I., Zacarés-González, J. J. y Córdoba Iñesta, A. I., "The Challenge of Social Integration: Enhancing Employability in Work Integration Social Enterprises in Spain". *Research on Social Work Practice*, 2024.

58 Se puede consultar la página web del programa en el siguiente enlace: <https://batzen.eus/es/batzen/>.

profesionales, especialmente para jóvenes migrantes ofreciendo cursos que han demostrado tener un impacto positivo sobre la empleabilidad.⁵⁹

En cuanto a las iniciativas de integración social, los Programas de Garantía Juvenil se dirigen a estimular las habilidades profesionales y adecuarlas a las necesidades del trabajo, de cara a atajar los altos índices de desempleo juvenil en España⁶⁰. Con el fin de reforzar la efectividad de la integración socio-laboral de la juventud migrante se hace necesario construir redes de apoyo, como prueban los estudios que muestran que la juventud migrante desarrolla itinerarios profesionales más realistas que la juventud nacional.

En ambos casos el desarrollo de competencias “blandas” (o *soft skills*) ligadas al comportamiento y cualidades personales más que profesionales, es esencial, sobre todo para quienes vienen de un contexto socio-laboral muy distinto, donde la cultura en el espacio de trabajo también difiere.

Se puede concluir desde un enfoque positivo con ejemplos claros de iniciativas que están teniendo éxito, no solo para profesionales que trabajan en el sector de la integración socio-laboral con personas migrantes, sino también para las y los propios jóvenes migrantes.⁶¹

4. CONCLUSIONES

La legislación española junto con las políticas de empleo para jóvenes migrantes en situación socio-económica de vulnerabilidad garantiza acceso equitativo al empleo y a la formación profesional para personas migrantes solicitantes de protección internacional, refugiadas, beneficiarias de la protección subsidiaria (o de la temporal), o incluso para migrantes en situación administrativa irregular, promoviendo así su integración no solo en el mercado de trabajo⁶², sino también en la sociedad y la cultura española. Pese a las actualizaciones introducidas con el nuevo Reglamento de Extranjería, que flexibilizan y facilitan el acceso a las autorizaciones de residencia y de trabajo fortaleciendo figuras como el arraigo social, sociolaboral o socioformativo (entre otros tipos de arraigo), lo cierto es que el sistema está colapsado. CEAR denuncia que siguen acumulándose las solicitudes (de protección internacional) pendientes de resolución en España. A finales de 2024 estas suponían que un total de más de 242.000 personas quedaran pendientes de una decisión de la que depende su vida y su

59 Lemus-Zúñiga, Lenin-Guillermo, et al. “Study case of young people employability skills enhancement at the Universitat Politècnica de València.” 2021 30th Annual Conference of the European Association for Education in Electrical and Information Engineering (EAEIE). IEEE, 2021.

60 Arco-Tirado, J.L., Fernández-Martín, F.D. y Jagannathan, R., ‘No Jobs, No Hope: The Future of Youth Employment in Spain’, The Growing Challenge of Youth Unemployment in Europe & US: A Cross-Cultural Perspective, Bristol, 2021; online ed. Policy Press Scholarship Online, 20 Jan. 2022.

61 Gutiérrez-Sánchez, J. D. y Epelde-Juaristi, M., “Inserción sociolaboral de jóvenes inmigrantes no acompañados/as: ¿una respuesta efectiva en el camino hacia la autonomía?” *Migraciones*, vol. 57, 2023.

62 Dricot, M. y Boussif, I., “La inserción laboral de los solicitantes de asilo en la región de Murcia”. *Sociología del Trabajo*, núm. 97, 2020, págs. 85–97.

futuro, un 27% más que el año anterior (191.095)⁶³. De igual modo, desde CEAR⁶⁴ se denuncian los miles de obstáculos que miles de personas siguen encontrando para acceder al procedimiento, y destacan la figura introducida en 2022 consistente en los nuevos visados de tránsito aeroportuarios que afectan a nacionales de hasta seis países (Chad, Sudán, Mauritania, Egipto, Senegal y Kenya). Este tipo de medidas impiden a muchas personas necesitadas de PI solicitar asilo en España sin tener que jugarse la vida en el intento.

En paralelo al proceso administrativo y de regularización de su situación, la población inmigrante se enfrenta al proceso socio-cultural que supone la inserción e integración en una sociedad que le es, en ciertos casos, desconocida y en el mercado de trabajo. Este colectivo se enfrenta a grandes desafíos en diferentes ámbitos: económico, social, cultural, jurídico, administrativo, psicológico. Todos estos ámbitos se yuxtaponen e influyen en el nivel de empleabilidad de la juventud migrante. No obstante, más allá de sus posibilidades de acceso al mercado laboral, cuyas cifras han alcanzado récords máximos en los últimos años y se esperan sigan aumentando motivadas por las novedades jurídicas introducidas con el Real Decreto 1155/2024, lo que ocurre una vez se accede al empleo representa un elemento fundamental para medir índices como la desigualdad, la calidad de vida, etc.

Resultan pues preocupantes para el devenir de este colectivo, lo que ocurre una vez acceden al empleo: precariedad laboral, contratos temporales, condiciones abusivas e incluso sometimiento a prácticas de explotación laboral, en el caso de las personas más vulnerables: las personas migrantes en situación administrativa irregular. En este sentido, lo cierto es que el recurso a la expresión “explotación laboral” se ha extendido, alejándose de las conductas tipificadas en el Código Penal o en los convenios internacionales, para englobar situaciones abusivas o imposición de condiciones laborales peyorativas o precarias para los trabajadores, aunque ello se haya producido en el contexto de una legislación que lo autoriza y, por tanto, deslegitimando su consideración de “imposición de condiciones laborales perjudiciales, o que supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores” así establecidos legal o convencionalmente, puesto que el marco legal y derivadamente convencional también ha cambiado.

En materia de asilo, la esfera regional europea presenta ahora una gran oportunidad para que España adecúe su normativa al Pacto Europeo de Migración y Asilo (PEMA)⁶⁵ en el plazo establecido para ello, es decir, hasta el 12 de junio de 2026. No obstante, se requiere especialmente trabajar, tal

63 CEAR, “España solo registró un ligero aumento de solicitudes de asilo pese a las previsiones alarmistas”, CEAR, 11 de febrero de 2025. Disponible en: <https://www.cear.es/noticias/datos-asilo-2024-ligero-aumento/>.

64 La Comisión Española de Ayuda al Refugiado, CEAR, es una organización del ámbito social que trabaja multidisciplinarmente. Por un lado, en terreno con las personas migrantes y, por otro, a nivel jurídico en incidencia política, elaborando informes detallados relativos a la situación real multinivel (social, administrativa, jurídica, cultural y económica) de las personas migrantes en España.

65 El PEMA se compone de un total de 9 reglamentos y una directiva, disponibles para consulta en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/oj/daily-view/L-series/default.html?ojDate=22052024&locale=es>.

y como expone CEAR⁶⁶, en la adaptación de la normativa española a la legislación europea en materia de asilo, es decir al PEMA, respetando el principio de seguridad jurídica. Este hecho afectará a la Ley de Asilo y su Reglamento y, parcialmente a la Ley Orgánica de Extranjería. En concreto, desde esta organización se proponen seis puntos esenciales en materia de asilo. Entre estos puntos⁶⁷, se pueden destacar los tres que afectan de manera más directa a la accesibilidad de las personas migrantes al mercado laboral:

- Derechos y obligaciones de las personas solicitantes y beneficiarias de PI. El conjunto de derechos y obligaciones contenidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, se beneficiaría de la profundización en las garantías que aporta el PEMA, en particular en la atención a las personas menores y a las personas vulnerables.
- Duración de los procedimientos de asilo y sobrecarga de los sistemas de asilo que provoca retrasos en todas las etapas del proceso, para lo que las leyes aplicables no ofrecen remedio eficaz.
- Digitalización de procedimientos de cara a mejorar y dar fluidez a las comunicaciones entre la Administración y las personas solicitantes.

En cuanto a las políticas socio-labores y de inclusión, se ha intentado reducir la vulnerabilidad de estas personas sin perjuicio de la productividad de la economía española a través de programas de desarrollo de competencias y empleabilidad específicamente dirigidos a jóvenes o más concretamente, a jóvenes migrantes. Además de estos programas también han demostrado ser efectivos los programas de orientación y apoyo, sobre todo para diseñar planes de futuro profesional realistas. No obstante, se debe revisar la normativa aplicable en ciertos empleos ocupados principalmente por personas migrantes y, en concreto, jóvenes. Como ejemplo ilustrador destaca la conocida como “gig economy” (o “riders” o plataformas de “delivery”). Estos puestos son ocupados especialmente por jóvenes migrantes procedentes de Latinoamérica⁶⁸. En este ámbito, entre las propuestas de revisión normativa planteadas a nivel académico⁶⁹ se encuentran las relativas al fortalecimiento de la protección de derechos laborales, la revisión de las políticas redistributivas de cara a calcular las pensiones de las y los trabajadores que no han cotizado mientras trabajaban estando en situación administrativa irregular. Por último, cabe señalar el papel que puede desempeñar la negociación colectiva, el sindicalismo y la cooperación entre personas trabajadoras para proteger sus derechos. Por lo que,

66 En las propuestas enviadas al Gobierno en el marco de la consulta pública que se realizó para recabar opiniones sobre la adaptación de las normas españolas al PEMA. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2025/02/APORTACIONES-CEAR-A-LA-CONSULTA-PUBLICA.pdf>.

67 Estos 6 puntos están disponibles para consulta en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2025/02/APORTACIONES-CEAR-A-LA-CONSULTA-PUBLICA.pdf>.

68 Jaramillo, J., “«Gig Economy» y migración juvenil Reflexiones sobre la integración de jóvenes latinoamericanos «Riders» en España”, *Revista de ciències socials aplicades*, vol. 14, núm. 1. DOI: 10.33115/udg.bib/pts. v14i1.23094.

69 van Doorn, N., Ferrari, F. y Graham, M., “Migration and Migrant Labour in the Gig Economy: An Intervention”, *Work, Employment and Society*, vol. 37, núm.4, DOI: <https://doi.org/10.1177/09500170221096581>.

programas de asesoramiento e información sobre sus derechos laborales y las distintas opciones de cooperativismo destinados al colectivo de la juventud migrante resultan de utilidad para la correcta integración socio-laboral de estas personas.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arco-Tirado, J.L., Fernández-Martín, F.D. y Jagannathan, R., 'No Jobs, No Hope: The Future of Youth Employment in Spain', *The Growing Challenge of Youth Unemployment in Europe y US: A Cross-Cultural Perspective*, Bristol, 2021; online ed. Policy Press Scholarship Online, 20 Jan. 2022. DOI: <https://doi.org/10.51952/9781529200119.ch003>

Bauman, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Gedisa editorial, 2002.

Bayona, J., Domingo, A. y Menacho, T., "Trayectorias migratorias y fracaso escolar de los alumnos inmigrados y descendientes de migrantes en Cataluña", *RIS, Revista Internacional de Sociología*, vol. 78, núm.1, 2020, pág.150. DOI: <https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/177656>

Borràs-Batalla, M. y Oms-Graells, A.M., «El padrón como frontera: La utilización del registro municipal de habitantes como dispositivo de inclusión diferencial.» *International Journal of Roma Studies* vol.5, núm.1, 2023, págs. 1-39. DOI: <https://doi.org/10.17583/ijrs.12305>

Cabedo Mallol, V., "La protección e integración de los menores inmigrantes no acompañados en España". *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 56, 2006, págs. 81-95. DOI: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2784171>

CEAR, *Más que cifras*, Madrid, 2024. Disponible en: <https://masquecifras.org/#glosario-proteccion-internacional>

Domínguez, J., A. y Boelpaep, B., "Explotación en invernaderos de Almería: las duras acusaciones de los trabajadores que reco-gen frutas y verduras en el sur de España", *BBC News Mundo*, 24 de abril de 2020, DOI: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52398770>

CEAR, "España solo registró un ligero aumento de solicitudes de asilo pese a las previsiones alarmistas", *CEAR*, 11 de febrero de 2025. Disponible en: <https://www.cear.es/noticias/datos-asilo-2024-ligero-aumento/>

CEAR, "Aportaciones de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) a la consulta pública sobre adaptación al Pacto Europeo de Migración y Asilo (PEMA)", *CEAR*, 10 de febrero de 2025. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2025/02/APORTACIONES-CEAR-A-LA-CONSULTA-PUBLICA.pdf>

Charro Baena, P.C., "La doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre los derechos laborales y de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2012, págs. 119-146. DOI: <https://doi.org/10.51302/rtss.2012.3295>

de La Mora González, G., "The Asylum Maze in Spain: Obstacles, Segregation and Violation of Rights". *Deusto Journal of Human Rights*, núm. 15 (June), 2025, págs.129-60. DOI: <https://doi.org/10.18543/djhr.3277>

- Dricot, M. y Boussif, I., "La inserción laboral de los solicitantes de asilo en la región de Murcia". *Sociología del Trabajo*, núm. 97, 2020, págs. 85–97. DOI: <https://doi.org/10.5209/stra.69951>
- Echeverri Buriticá, M. M., "Fracturas identitarias: migración e integración social de los jóvenes colombianos en España", *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm.1, 2005, págs. 141–164. ISSN 2594-0279. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1665-89062005000100006&script=sci_arttext
- EFE, "La cifra de alumnos extranjeros no universitarios en España supera por primera vez el millón", *EFE*, 1 de mayo de 2025. Disponible en: <https://efe.com/espana/2025-05-01/alumnos-extrajeros-no-universitarios-espana/>
- Epelde Juaristi, M., "Nuevas estrategias para la integración social de los jóvenes migrantes no acompañados". *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 13, 2017, págs. 57-85. DOI: <https://doi.org/10.4995/reinad.2017.6546>
- Funcas, *Notas de Coyuntura Social*. Mayo 2024. Madrid, 2024. Disponible en: <https://www.funcas.es/boletines/notas-de-coyuntura-social-mayo-2024/>
- FuncasBlog, "La población extranjera en situación irregular en España: una estimación". *Funcasblog*, 7 de mayo 2024. Disponible en: <https://blog.funcas.es/la-poblacion-extranjera-en-situacion-irregular-en-espana-una-estimacion/#n3>
- García-Cid, A., Gómez-Jacinto, L., Hombrados-Mendieta, I., Millán-Franco, M. y Moscato, G., "Discrimination and Psychosocial Well-Being of Migrants in Spain: The Moderating Role of Sense of Community". *Frontiers in Psychology*, vol. 11, 2020, págs., 2235. DOI: <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.02235>
- Gimeno-Monterde, C. y Gutiérrez- Sánchez, J.D., "Reagrupación familiar de menores en Aragón. Propuestas de acompañamiento en el proceso migratorio", *Prospectiva*, núm. 29, págs. 151–172, 2020. DOI: <https://doi.org/10.25100/prts.v0i29.8542>
- González Enríquez, C. y Martínez, J.P., "Inmigración y mercado de trabajo en España", *Real Instituto el Cano*, 9 de junio de 2025, disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/inmigracion-y-mercado-de-trabajo-en-espana/>
- Gutiérrez-Sánchez, J. D. y Martin, J., "El impacto del proyecto migratorio en la salud mental de jóvenes migrantes extutelados". *Azarbe*, vol.13, 2024, págs. ISSN 0122-1213. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-12132020000100151&script=sci_arttext
- Gutiérrez-Sánchez, J. D. y Epelde-Juaristi, M., "Inserción sociolaboral de jóvenes inmigrantes no acompañados/as: ¿una respuesta efectiva en el camino hacia la autonomía?" *Migraciones*, vol. 57, 2023. DOI: <https://doi.org/10.14422/mig.2023.005>
- Gutiérrez-Sánchez, J. D., Abolafio, E. y Herrera, M.R., "Empuje y audacia: Migración transfronteriza de adolescentes y jóvenes no acompañados/as". *Siglo XXI*, 2021.
- Hernaiz-Agreda, N., Llinares Insa, L. I., Belver Domínguez, J. L., Zacarés-González, J. J. y Córdoba Iñesta, A. I., "The Challenge of Social Integration: Enhancing Employability in Work Integration Social Enterprises in Spain". *Research on Social Work Practice*, 2024. DOI: <https://doi.org/10.1177/10497315241298226>
- Herrera Cuesta, D., "Empleabilidad versus sobrecualificación. Desajuste entre formación y empleo en las trayectorias laborales de los jóvenes titulados en España". *Sociología del Trabajo*, núm. 89, 2017, págs. 29–52.
- Iglesias-Martínez, J. y Estrada, C., "Birds of passage? La integración social de la población refugiada en España". *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, vol. 7, núm. 1, 2018, págs. 144–167. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6408255>

- Jacovkis, J., Montes, A. y Rambla, X., "When Arriving Is Not Enough—Constraints in Access to Education and Employment Opportunities for Migrant Youth". *Societies*, vol.12, núm.3, 2022. DOI: <https://doi.org/10.3390/soc12030095>
- Jaramillo, J., "«Gig Economy» y migración juvenil Reflexiones sobre la integración de jóvenes latinoamericanos «Riders» en España", *Revista de ciències solcials aplicades*, vol. 14, núm. 1. DOI: 10.33115/udg_bib/pts.v14i1.23094
- Jiménez, B., "¿Pagarán los extranjeros las pensiones? Ya ocupan el 40% de los nuevos empleos y marcan récord de afiliación", *infobae*, 18 de enero de 2024. Disponible en: <https://www.infobae.com/espana/2024/01/18/pagaran-los-extranjeros-las-pensiones-ya-ocupan-el-40-de-los-nuevos-empleos-y-marcan-record-de-afiliacion/>
- Lemus-Zúñiga, Lenin-Guillermo, et al. "Study case of young people employability skills enhancement at the Universitat Politècnica de València." *2021 30th Annual Conference of the European Association for Education in Electrical and Information Engineering (EAEIE)*. IEEE, 2021. DOI: 10.1109/EAEIE50507.2021.9530742.
- Linares-Insa, L. I., Roldán-Pardo, M., González-Navarro, P. y Benedito-Monleón, M. D., "Well-Being without Employment? Promoting the Employability of Refugees". *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 17, núm. 21, 2020. DOI: <https://doi.org/10.3390/ijerph17217775>
- Mahía Casado, R. y Medina Moral, E., *Informe sobre la Integración de los Estudiantes Extranjeros en el Sistema Educativo Español. RESUMEN*, Madrid, 2022. Disponible en: https://www.inclusion.gob.es/documents/3976301/4202290/OB15_2022_accessible.pdf/f017e8fc-f9d7-d953-a0ac-ec79776d6a69?t=1700122612753
- Maiztegui-Oñate, C., Tuparevska, E. y Moro Inchaurtieta, Á., "The Spanish Rejoinder to Youth Guarantee". En Milana, M., Klatt, G., Vatrella, S. (eds) *Europe's Lifelong Learning Markets, Governance and Policy*. Palgrave Studies in Adult Education and Lifelong Learning. Palgrave Macmillan, Cham, 2020, págs. 261–287. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-030-38069-4_12
- Ministerio del Interior y Oficina de Asilo y Refugio (OAR), *2023 ASILO EN CIFRAS*, Madrid: Secretaría General Técnica, 2024. Disponible en: https://proteccion-asilo.interior.gob.es/documentos/Asilo_en_cifras_2023.pdf
- Morales, N., Collazos, F. y Qureshi, A., "Mental Health of Unaccompanied Immigrant Youth". *European Psychiatry*, vol. 65, núm. S1, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1192/j.eurpsy.2022.150>
- Moreno Vida, M. N., "El modelo europeo de capacitación y competencias para el empleo en el contexto de la revolución digital", *REJLSS*, núm. 11, 2025, págs. 81-110, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejlss11202521905>
- Morente A., "La muerte invisible de Mohamed en el corazón de los invernaderos de Almería", *elDiario.es*, 26 de septiembre de 2023. Disponible en: https://www.eldiario.es/andalucia/almeria/muerte-invisible-mohamed-corazon-invernaderos-almeria_1_10523102.html
- Observatorio de las Ocupaciones, *2025 Informe del Mercado de Trabajo de los Extranjeros Estatal Datos 2024*, Madrid, 2025, disponible en: <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-extranjeros.html>
- Ramos Quintana, M. I., "Acceso al mercado de trabajo y condiciones de trabajo de los inmigrantes en el contexto de la crisis económica", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 28, 2011, págs. 29–48. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3953628>

- Recaño Valverde, J. y Roig, M., "The Influence of Immigrant Origin on the Labour Market Situation of Young People in Spain", *Papers de Demografia*, núm. 277, 2005. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1997689>
- Rivas Vallejo, M. P., "Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los tratados internacionales". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021, págs. 99-135. DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi2.12445>
- Sacristán Romero, F., "Hacia unas políticas reales de empleo para inmigrantes en España." *Semestre Económico*, vol. 10, núm.19, 2007, págs. 13-25. ISSN 2248-4345. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-63462007000100002&script=sci_arttext
- Santana Vega, L. E., Alonso Bello, E. y Feliciano García, L. A., "Trayectorias laborales y competencias de empleabilidad de jóvenes nacionales e inmigrantes en riesgo de exclusión social". *Revista Complutense de Educación*, vol. 29, núm. 2, 2017, págs. 355-369. DOI: <http://dx.doi.org/10.5209/RCED.52444>
- Soriano Ayala, E. y Soriano Ayala, E., "Influencia de la formación en las perspectivas de inserción laboral del colectivo joven". *Tlamehua*, vol.13. núm.46, 2019. DOI: <https://doi.org/10.32399/rtla.0.46.219>
- Udayar, S., Fedrigo, L., Durante, F., Clot-Siegrist, E. y Masdonati, J., "Labour market integration of young refugees and asylum seekers: a look at perceived barriers and resources" en Hughes, D. y Eduarda-Duarte, M. (ed.). *Decent Work, Inclusion and Sustainability*, Routledge, Londres, 2024, págs. 161-177.
- van Doorn, N., Ferrari, F. y Graham, M., "Migration and Migrant Labour in the Gig Economy: An Intervention", *Work, Employment and Society*, vol. 37, núm.4, DOI: <https://doi.org/10.1177/09500170221096581>
- Vega, L.E., Santana, E., Bello, A. y García, L.F., «Trayectorias laborales y competencias de empleabilidad de jóvenes nacionales e inmigrantes en riesgo de exclusión social.» *Revista complutense de educación* vol. 29. núm.2, 2018, págs. 355. DOI: <https://doi.org/10.5209/RCED.52444>
- Wölfl, A., "Improving Employment Prospects for Young Workers in Spain". *Research Papers in Economics*, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1787/5k487n7hg08s-en>
- Zetter, R. y Ruaudel, H., "Refugees' right to work and access to labor markets—An assessment." *World Bank Global Program on Forced Displacement (GPPD) and the Global Knowledge Partnership on Migration and Development (KNOMAD) Thematic Working Group on Forced Migration. KNOMAD Working Paper*. Washington, DC: World Bank Group, 2016. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099526108282412662/pdf/IDU1d313ac9a1626814ea01aad41070f3cd82895.pdf>



CLÁSICOS DEL DERECHO

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo-octubre 2025 - núm 12 ISSN-e: 2660-437X

CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

SCIENCE AND LEGAL METHOD IN FRANÇOIS GÉNY:
New Science and Free Scientific Research (Part II)

José Luis Monereo Pérez

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

jmonereo@ugr.es ORCID [0000-0002-0230-6615](https://orcid.org/0000-0002-0230-6615)

Recepción de trabajo: 22-09-2025 - Aceptación: 22-10-2025 - Publicado: 31-10-2025

Páginas: 127-169

- 1. CIENCIA, TÉCNICA Y MÉTODO EN FRANÇOIS GÉNY. LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.
- 2. LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN FRANÇOIS GENY. ■ 3. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Es de señalar que en el momento de la publicación de la magistral obra de François GénY, "Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo" (1899), era dominante el esquema de pensamiento de la Escuela de la Exégesis, aunque ya había entrado en una fase de relativa decadencia. GénY provocará una ruptura decisiva respecto a la rutina positivista del siglo precedente, que había protagonizado dicha Escuela. Tras este entendimiento tradicional del Derecho, subyacía también una determinada concepción de la "función de la doctrina jurídica".

La práctica judicial muestra que ese modelo de jurista "funcional" acaba participando en la creación del Derecho que sólo ha sido simplemente "disimulada", y no eliminada en la vida cotidiana del Derecho en acción. La reacción o revuelta contra el positivismo jurídico que se producirá después termina definitivamente con todo vestigio de los postulados de la Escuela de la Exégesis, en Alemania y Francia, ya seriamente herida por la crítica realizada a finales del siglo XIX por François GénY y, en general, por las distintas direcciones de pensamiento jurídico realista.

PALABRAS CLAVE: Escuela de la Exégesis Francesa, formalismo jurídico, positivismo legalista, teoría del razonamiento judicial, libre investigación científica, normativismo realista, renovación de la metodología jurídica, la función del jurista.

ABSTRACT

It should be noted that at the time of the publication of François GénY's masterful work, "Method of interpretation and sources of positive private law" (1899), the school of thought of the School of Exegesis was dominant, although it had already entered a phase of relative decadence. GénY will cause a decisive break with respect to the positivist routine of the previous century, which had been the protagonist of this School. Behind this traditional understanding of law, there was also a certain conception of the "function of legal doctrine".

Judicial practice shows that this model of the "functional" jurist ends up participating in the creation of law that has only been "disguised" and not eliminated in the daily life of the law in action. The reaction or revolt against legal positivism that will follow puts a definitive end to any vestige of the postulates of the School of Exegesis, in Germany and France, already seriously wounded by the criticism made at the end of the 19th century by François GénY and, in general, by the various directions of legal realist thought.

KEYWORDS: French School of Exegesis, Legal Formalism, Legalistic Positivism, Theory of Judicial Reasoning, Free Scientific Research, Realist Normativism, Renewal of Legal Methodology, The Role of the Jurist.

1. CIENCIA, TÉCNICA Y MÉTODO EN FRANÇOIS GÉNY. LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

“La historia entera de la filosofía desde la aparición de la “teoría del conocimiento” y de los serios intentos a favor de una filosofía transcendental es la historia de las violentas tensiones entre una filosofía objetivista y una filosofía transcendental, es la historia de los constantes intentos por conservar el objetivismo y reelaborarlo de un modo nuevo y, por otra parte, de las tentativas del transcendentalismo de acceder al dominio de las dificultades que comportan tanto la idea de la subjetividad transcendental como el método por ella exigido”.

EDMUND HUSSERL¹

La Escuela de la Exégesis encuentra su crítica más severa y perfilada en la llamada Escuela científica, encabezada por François Gény. Ésta acometió una revisión profunda de los postulados de la Escuela de la Exégesis. Su programa se construía sobre la base de una diferenciación, delimitación de espacios operativos y de puntos de conexión, entre la ciencia, la técnica y el método². La ciencia y la técnica son los dos elementos de la elaboración del Derecho³. Su relación no es ni estática ni pacífica, lejos de ellos afirma la existencia de una permanente tensión dinámica. No existe una ciencia perfecta y acabada, la ciencia está sometida al devenir histórico, es un saber histórico condicionado inevitablemente por el estado de conocimiento existente en un momento dado de su desarrollo. Más aún: afirma la existencia de colisiones entre la ciencia y la técnica. Tales conflictos entre los elementos presentes en la elaboración del Derecho se han de atener a la observancia de un principio general; a saber: la *subordinación de la técnica a la ciencia*⁴. A través de ellas Gény pretendía alcanzar una armonía entre los elementos sociales (lo dado, sociológico) y racionales (lo construido, normativo) del derecho⁵. La vida jurídica plena se integra siempre de esos dos elementos: lo dado y lo construido se *mezclan y combinan* para suministrar a la vida jurídica todas las direcciones necesarias, enriqueciéndose mutuamente⁶. Al interrogante sobre si el Derecho es “dado” (objeto de ciencia) o “construido” (objeto de técnica), la respuesta de Gény es compleja, ya que viene a señalar que

1 Husserl, E., *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, trad. J. Muñoz y S. Mas, Barcelona, Editorial Crítica, 1991, pág. 73.

2 Véase la nítida exposición de Bonnetcase, H., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, cit., págs. 208 y sigs.

3 Sobre la distinción entre “science” y “encheque”, véase la exposición de Gény, F., *Science et Technique*, vol. I, cit., epígrafe, 34, págs. 98 a 100. A la técnica del Derecho positivo dedica la parte tercera de su obra, vol. I II; a la ciencia, el Vol. II.

4 Así, expresamente, Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), cap. XXVII, epígrafes 284 a 300, págs. 59 y sigs.

5 Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pág. 24.

6 Vid. Gény, F., *Science et technique en Droit privé positif*, parágrafo 33.

el Derecho en su existencia histórica es en parte “dato” y en parte “construido”. El sistema jurídico es “construido” en cuanto que fabricado o producido por el hombre, pero no completamente aparte de las exigencias económico-sociales subyacentes. Por su parte, el sistema económico es “dato” sólo relativamente, porque existe como objeto específico, pero no aparte de toda estructura jurídica⁷. El Derecho no es construido en su totalidad al insertarse en una realidad “jurídica” preexistente⁸, en el campo de los “hechos normativos”⁹.

Esto le permite reaccionar tanto contra el formalismo (representado por la Escuela de la Exégesis), como respecto al sociologismo jurídico unilateral, que contempla el Derecho establecido o existente como un simple espejo de lo socialmente dado, ya que tiene una capacidad de conformación (en el sentido marcado por la política jurídica) del medio social en que se inserta. Gény resuelve el problema mediante la integración entre la *science* y la *technique*, de tal modo que la ciencia se aplica a lo dado (“donné”¹⁰), y la técnica a lo construido (“construit”) artificialmente. Es así que la ciencia pertenecería a la materia (y hace reclamo de todos los procedimientos de conocimiento que el hombre dispone¹¹) y la técnica a la forma. Con todo, trata de conciliar el elemento estable y el elemento evolutivo del Derecho, que permite su permanente adaptación a las circunstancias actuales de la vida.

7 Véase Gény, F., “Los métodos de elaboración del derecho civil”, en AA.VV., *Les méthodes juridiques*, París, 1911, págs. 181 y sigs.; Gény, F., *Science et technique en droit privé positif*, tomo I, París, 1914, números 33 a 34, págs. 96 a 100. Por lo que se refiere a las fuentes formales del Derecho, Gény considera que son enteramente construidas (tomo III, núms.199 a 201).

8 Véase Dabin, J., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Edersa, 1955, pág. 158. Sin embargo, Dabin se es partidario de la tesis de lo “construido” total (*Ibid.*, pág. 166). Para él el derecho es “prudencia” y, por consiguiente, construido (*Ibid.*, págs. 187 y sigs.).

9 Esta es la concepción de Gurvitch, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, París, 1935, págs. 63 y sigs.; Gurvitch, G., *Eléments de sociologie juridique*, París, 1940, págs. 191 y sigs.; versión española, Gurvitch, G., *Elementos de Sociología Jurídica*, Edición crítica española y Estudio preliminar, “Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch” (pp.XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; Gurvitch, G., *L'idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Préface de Louis le Fur, París, Librairie du Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972). Traducida por primera y única vez al castellano, *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo XIX*, traducción, edición y Estudio preliminar, “La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch” (pp. VII-LV), de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto (Colección Crítica del Derecho), 2005, 782 páginas. Gurvitch, G., *Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*, París, Pedone, 1935. Sobre pensamiento de Gurvitch, véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

10 Que, según él, se corresponde, aproximadamente, con la noción fundamental de Derecho natural. Consiste en un fondo de verdades morales y económicas, que, colocadas en presencia de los hechos, determinan ciertas direcciones. cfr. Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), cit., pág. 147. Lo dado es la base esencial del Derecho positivo (*Ibid.*, pág. 147); el Derecho positivo reposa esencialmente sobre lo dado (*Ibid.*, pág. 150).

11 Para Gény existe un “dato” objetivo deducido de la naturaleza, y que “se corresponde, aproximadamente, a la noción fundamental de *derecho natural*”. Consiste en un fondo de verdades morales y económicas que, colocadas en presencia de los hechos, ordenan unas ciertas direcciones para regirlos. El objeto de esas direcciones se concreta alrededor de la idea suprema de “justo objetivo” que representa un equilibrio *de intereses* (que constitutivo de la justicia) que es preciso auscultar a veces con todas nuestras fuerzas cognoscitivas, pero que jamás proporciona más que una orientación difusa, de naturaleza más bien moral que económica. Ese “dato” objetivo aporta el “principio” base del Derecho. cfr. Gény, F., *Science et technique...*, op.cit., tomo IV, conclusiones generales, pág. 147, y t.II, número 169, págs. 380 a 384.

Pero Gény expresa la necesidad de atender a lo dado, que se manifiesta en la naturaleza y que es el objeto de la ciencia. Para él lo dado es en parte construido y lo construido está fuertemente condicionado por lo dado. Lo importante en el método de Gény es el intento de integrar los dos elementos de elaboración del Derecho: lo socialmente dado y lo construido o formulado jurídico-políticamente. Integración entre los factores sociales y racionales del Derecho; entre el ser (dado, datos reales) y el deber ser (lo construido). No es esto todo. Cabría inquirir sobre si deben integrarse las ciencias del ser y las ciencias del deber ser o si se trata de una mera colaboración.

Partiendo de su interrelación en la vida jurídica, la ciencia tiene por objeto el estudio de las fuentes *reales* de las reglas jurídicas y de sus principios, esto es, el análisis de los elementos generadores de las reglas de Derecho y de las directrices que de ellas emanan. Tales elementos generadores son el experimental y el racional. El primero “engendra, de una manera inmediata, las reglas de Derecho, bajo la inspiración y dirección del elemento racional, cuya misión consiste en filtrar, en cierta forma, los datos del elemento experimental. Este consiste en las aspiraciones a la armonía social que derivan del medio social o de la naturaleza permanente del hombre”. Por ello se indica que el elemento racional se traduce por la noción de Derecho¹². La ciencia se vincula, pues, a “lo dado” (*données*, datos naturales, datos de la realidad o de hecho, datos históricos y datos racionales constituidos por los principios de razón afirmados por el Derecho natural clásico¹³, datos ideales —entre los que incluye el irreductible Derecho natural—, relativo a las propuestas de organización jurídica de la sociedad¹⁴), su objeto es “el conocimiento y la elaboración de los *datos* que reflejan las fuentes reales del derecho”¹⁵, es decir, constatar los datos de la naturaleza y de los hechos. El conocimiento de los datos permite formular las reglas del Derecho conforme a la naturaleza de las cosas, la cual

12 Bonnecase, H., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, cit., págs. 208-209.

13 Para Gény el “*donné*” *racional* es el que revela la substancia propia, verdaderamente específica del Derecho, porque el Derecho es para él, obra esencialmente racional: el “*donné*” *racional* es el pivote de toda elaboración científica del Derecho (*Science*, t.II, pág. 390). El elemento racional lo vincula el autor al discernimiento de las reglas con arreglo a la idea de justicia, que permite establecer el orden y la paz en la vida social (t. II, págs. 393-394). Se podría decir, al respecto, con Josef Esser, que detrás de los conceptos racionales de la técnica jurídica se vislumbra el problema de la justicia. Cfr. Esser, J., *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, en *Nuova Riv.di Dir. Comm.*, V, 1952, págs. 1 y sigs. Para nuestro autor —el cual se inserta en el heterogéneo fenómeno de redescubrimiento del Derecho natural, desde una perspectiva antiformalista—, es necesario un *minimum* de derecho natural, como guía de la humanidad, extraído de los datos objetivos, de los hechos de la naturaleza y del espíritu. Por ello atribuye una verdadera realidad histórica: el derecho naturaleza y el derecho positivo histórico no son contemplados como dos mundos a parte e inconexos. Respecto a la vinculación del pensamiento de Gény con el Derecho natural, véase, Villey, M., “F.Gény et la renaissance du droit naturel”, en *Seize Essais de Philosophie du Droit*, París, 1969, págs. 121 a 139; y ampliamente Tanzi, A., *François Gény. Tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990.

14 Para la distinción entre los “*données* objetivos del Derecho positivo”, véase Gény, F., *Science et Technique*, vol. II, capítulo XIV, epígrafes 160 a 170, páginas 369 y siguientes.

15 Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del Derecho*, en *Obras Completas*, t.V, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, pág. 23 y págs. 160-161. Gény encuentra en la base de todo sistema jurídico cuatro aspectos principales, a saber: los “*données* reales” o estrictamente naturales; los “*données* históricos; los *données* racionales, y, en fin, los “*données* ideales”. De tal modo que todos estos “*données*”, cada uno por su parte y de forma propia, contribuye en conjunto a sugerir las direcciones capitales del derecho positivo. Véase el análisis de Di Carlo, E., “Il diritto naturale nel sistema di interpretazione di F. Gény”, cit., páginas 239 y siguientes.

remite a un tipo de “Derecho común, general en cuanto a su naturaleza, subsidiario en cuanto a su función, que suple las lagunas de las fuentes formales y dirige todo el movimiento de la vida jurídica” (Método, párrafo 159)¹⁶.

Gény es precisamente el precursor de la concepción moderna de la doctrina de la “naturaleza de la cosa”, la cual constituye en la cultura jurídica occidental una reacción “neo-naturalista” contra los excesos del formalismo jurídico¹⁷. Nótese que la naturaleza de las cosas ha sido un concepto de variada significación en la historia del pensamiento jurídico¹⁸ y que el reclamo que hace Gény, y el que después haría el Radbruch maduro y otros autores en el marco del redescubrimiento del Derecho natural (H.Welzel, H.Coing, W.Maihofer, E.Wolf, entre otros muchos), se inscribe en una perspectiva más realista del fenómeno jurídico¹⁹, ya que mediante ella se trataría de vincular el ser (“sein”) y deber ser (“sollen”), entre idealidad y facticidad en el Derecho²⁰. Esa noción iusfilosófica permitiría conectar la idea del Derecho y el Derecho positivo concreto. Pero como ha sido advertido en esta materia ha tratado de recortar el papel creador de la jurisprudencia mediante el criterio de atenerse al Derecho positivo y, en caso de existir, colmar las lagunas conforme al espíritu integrativo de la ley. La naturaleza de las cosas remite en Gény, con su noción de la “donnée”, a la existencia de datos

16 De cualquier modo, todavía Gény en *Science* (vol. III) participa de una concepción patológica de las lagunas en Derecho: la existencia de lagunas sería para él un fenómeno patológico cuya curación incumbe al juez, en virtud de la función interpretadora de éste. En este sentido, Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, pág. 324. Hace notar Esser que el derecho judicial continental no se hace sólo visible al margen de la ley y en las lagunas de ésta, como creía todavía Gény, porque cada representación representa un enlace de la *lex scripta* y el *ius non scriptum*, que sólo establece la norma positiva propiamente dicha (*law in action*). La interpretación del derecho es algo más que una hermenéutica, por cuanto supone una incorporación de los principios del derecho común en el texto, que la jurisprudencia pretende “aplicar”. Existe una *fuerza autónoma de la jurisprudencia* (véase la obra antes citada de Esser, págs. 364 y sigs.).

17 Véase Stein, P. y Sand, J., *Legal values in Western Society*, Edinburgh, University Press, 1975, págs. 151 y sigs.

18 Véase Villey, M., “Historique de la nature des choses”, en A.Ph.D, X (1965), págs. 267 y sigs. Véase la exposición general sobre el tema realizada por Rodríguez Molinero, M., *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, 1973, págs. 349 y sigs.; Wolf, E., *El problema del Derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960, págs. 211 y sigs.

19 Sin duda esa noción de la naturaleza de las cosas, en su versión contemporánea, contribuyó —en unión con la oposición procedente de los teóricos de la sociología del Derecho— a cimentar la crítica contra el positivismo jurídico. cfr. Villey, M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, págs. 109 y sigs.

20 Véase Radbruch, G., *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento*, Córdoba (R.A), Universidad Nacional de Córdoba, 1963. Igualmente el ensayo de Bobbio, N., “La naturaleza de las cosas”, en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de A. Ruiz Miguel, 1980, págs. 143 y sigs. Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, 4ª edición (publicada en castellano por la editorial Edersa; sin constancia del traductor; traducción atribuida en la versión originaria a José Medina Echavarría), edición y estudio preliminar, “*La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política*” (pp. XVII-CIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999. Sobre la concepción de Radbruch, véase Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, págs. 89-95, Capítulo 2 (“El sentido de su evolución intelectual: positivismo relativista versus iusnaturalismo crítico”), Capítulo 4 (“La validez del Derecho y la legalidad y legitimidad. La “fórmula Radbruch””), págs. 161 y sigs., y Capítulo 5 (“Justicia y Derecho social en Radbruch: del Derecho individual al Derecho social general. Los fundamentos de un Derecho “justo” y “legítimo”).

prejurídicos (como poco tiempo después diría Husserl²¹), a la también llamada “fuerza normativa de lo fáctico” (Jellinek)²². Es éste un intento de *reconducción al orden positivo* de la actividad del operador jurídico, creando la ficción que sólo por excepción es necesaria la función integrativa de la interpretación del juez del caso, cuando la praxis judicial evidencia en todo momento el reclamo de postulados éticos, criterios de orden público, y en general la intercalación de los *topoi* jurídicos, como “*naturalis ratio*”, “*aequitas* y *lógica de la cosa*”²³. Es implicación pone de relieve la vinculación existencial entre el “ser” y el “deber ser” sin un corte trascendental más allá de la pretensión neokantiana de una pretendida separación entre esos “dos mundos”: en la vida jurídica estos dos ámbitos están unidos desde su propia especificidad²⁴. “También aquí —dice Esser— el positivismo legalista niega a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho e intenta, por una parte, reducir el alcance del problema de las lagunas, y por otra, tender un puente hacia la autoridad de la ley gracias a la analogía, entendida como un método de deducción lógica. Pero con todos los elementos sistemáticos y lógicos con que la analogía sistemática se distingue de la llamada jurídica, la formación analógica sigue siendo siempre una *decisión del juez*, es decir, un acto valorativo y volitivo; no es fuente de conocimiento, sino argumento y justificación de un *acto creador de derecho y ajeno a la ley*”²⁵. Por lo demás, a pesar de que existe una nítida diferenciación entre la formación analógica y la creación libre conforme a principios jurídicos, la solución analógica no es mera parte integrante de la ley, pues ello supondría confundir las fronteras con la simple interpretación ampliadora.

Por otra parte, las insuficiencias y el carácter fragmentario de la *lex positiva* se vislumbran tanto por la falta de una casuística suficiente, como por un *exceso de problemática no reconocida*. Siendo ello un campo abonado para la aparición de las lagunas legales, las cuales necesitan de una actividad complementaria realizada por la jurisprudencia. De este modo el juez, precisamente en virtud del encargo que ha recibido de integrar el sistema con su época, asume el deber de adaptación al tiempo histórico (a las necesidades de su época) con lo cual de la obediencia ciega a la ley se pasa a la obediencia al ordenamiento total o general, al menos esto es así en el Derecho continental donde

21 Remite al mundo previamente dado por la experiencia y por los elementos de verdad que contiene. Pero Husserl advierte de todo intento de reducción naturalista, Husserl, E., *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, trad. J. Muñoz y S. Mas, Barcelona, Editorial Crítica, 1991. Husserl intentó superar a través de su filosofía trascendental la contraposición entre “naturalismo” y “objetivismo” en la modernidad. Su idea se resuelve en “instaurar una cientificidad de tipo enteramente nuevo, una cientificidad trascendental”. Se trata de una orientación hacia una forma final de la filosofía trascendental —como fenomenología—. (*Ibid.*, págs. 72-73).

22 Jellinek, G., *Teoría General del Estado* (1900), Prólogo de Fernando de los Ríos, (trad. de la 2ª edición, Heidelberg, 1905), edición al cuidado de Buenos Aires, 1973. Para Jellinek “los conceptos jurídicos no son esencias trascendentales, reflejadas aquí de manera incompleta, sino tipos contenidos en circunstancias vitales, carentes frecuentemente de lógica”. cfr. Jellinek, G., *Fragmentos de Estado*, trad. J. Herrero de Miñón y otros, Madrid, Civitas, 1981, pág. 54. Véase, en general, Coing, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, págs. 105 y sigs.

23 Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, cit., págs. 77-78.

24 Una crítica a esa pretensión de la existencia separada y enteramente disociable entre el mundo del “ser” y del “deber ser” en el fenómeno jurídico, la proporciona Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1963, págs. 63 y sigs.

25 Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, págs. 321-322.

el derecho legislado se basa en una cultura relativamente homogénea extraíble desde los textos constitucionales²⁶.

Este llamamiento a “lo dado” permite desvelar esa fuente real del Derecho²⁷. Gény fundamenta en la praxis judicial de entrelazamiento de “lo construido” (orden jurídico positivo) y “lo dado” (caso real sometido al conocimiento del juez) y a través de ese engarce llega a apreciar la formación de reglas de Derecho y principios jurídicos no necesariamente vinculados al texto legal (toda ley o disposición normativa dictada sobre la base formal de la autoridad de la Constitución)²⁸. Pero también pone de manifiesto la proximidad de Gény hacia el iusnaturalismo clásico, al considerar en ese orden de ideas que el Derecho natural es el conjunto de las reglas jurídicas que la razón extrae de la naturaleza misma de las cosas, siendo para él ese Derecho natural necesario para preparar las bases constitutivas de la organización jurídica positiva²⁹. De ahí se seguiría que el orden jurídico estaría ontológicamente inscrito en la naturaleza objetiva, del ser o de los hechos, esto es, en la “naturaleza de las cosas” desvelada por la razón, por lo que incurre en lo que después, y críticamente, se denominará “falacia naturalista”, que supone una transposición sin mediación entre el ser y deber ser³⁰. De la indagación sobre lo “inscrito” en la naturaleza de las cosas se hacen derivar las proposiciones normativas. Su iusnaturalismo no es, sin embargo, el más rígido de un Derecho natural absolutamente eterno e inmutable y ahistórico (en sus formas de manifestación en los siglos XVIII y XIX. Es un Derecho natural vinculado a la razón y a la naturaleza de la cosa³¹ tal como es apreciada en su historicidad

26 Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, págs. 334 y sigs. Para quien, además, el juez debe sustituir las anticuadas representaciones de la ley por la solución idónea para las exigencias de la época, “pero cuya legitimación dogmática no puede efectuarse más que merced a los principios generales que entresaca de la substancia de las antiguas normas, oponiéndose cada vez más a la doctrina clásica de éstas, pero perfeccionando los conceptos desarrollados por tal doctrina” (*Ibid.*, pág. 334).

27 Vid. Gény, F., *Science et technique en Droit privé positif*, cit., parágrafo 33.

28 Este fenómeno de creación “*ex novo*” de los principios jurídicos diferenciados de las normas legales fue mucho después agudamente analizado, con todas sus consecuencias, desde la “tópica” jurídica por Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961. Hace notar la relevancia de los principios generales como base de la *interpretación creadora* y del progreso del Derecho (*Ibid.*, págs. 309 y sigs.) y la importancia de los principios extralegales desarrollados por la jurisprudencia para la *estabilidad y continuidad* del Derecho (*Ibid.*, págs. 367 y sigs.).

29 Véase Gény, F., *Science et technique en Droit privé positif*, parág. 177. Sobre el iusnaturalismo de Gény, puede véanse los ensayos de Di Carlo, E., “Le droit naturel dans le système d'interprétation de Gény”, y Sedláček, J., “L'oeuvre de François Gény et la science du droit pure”, en AA.VV., *Recueil D'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, vol. 1, París, Librairie du Recueil Sirey, 1934, págs. 234 y sigs., y 277 y sigs., respectivamente.

30 Sobre el sentido político-jurídico de la “falacia naturalista”, véase Carcaterra, G., *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, 1969.

31 Gény acaba por identificar el Derecho natural con las reglas racionales que derivan de “la naturaleza de las cosas”. Cfr. Gény, F., “La notion de droit en France”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, núms.1-2 (1931), pág. 19. No se olvide que para Gény el Derecho es un conjunto de reglas surgidas de la naturaleza de las cosas y que deben ser deducidas por medio de una interpretación más o menos libre de los elementos sociales, que debe ordenar de cara al bien común. Directamente inspirado por la justicia y la utilidad social, su esencia le coloca muy por encima de las fuentes formales que sólo son revelaciones empíricas suyas, destinadas únicamente a dirigir los juicios humanos de forma más precisa pero, en sí, siempre incompletas e imperfectas. Asimismo, Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de Raimundo Saleilles, edición y estudio preliminar, *El pensamiento científico-jurídico de Gény* (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000,

en el momento de afrontar la resolución de las controversias jurídicas. Él postula el mantenimiento de una *concepción racionalista del Derecho y al mismo tiempo un minimum de Derecho natural*³². Su visión es ciertamente próxima a la concepción de un Derecho natural de *contenido variable*, diferente al modelo de Derecho natural racionalista e individualista, ya que se afirma su carácter cambiante según el criterio de justicia correspondiente al tiempo histórico y las circunstancias concretas ("justo histórico"). Como principio de la investigación jurídica Gény propone y defiende el de la naturaleza de la cosa; es precisamente la naturaleza de la cosa lo que el intérprete debe buscar, sin perderse en creaciones arbitrarias y sin fundamento. El jurista ha de partir del Derecho positivo, pero interpretándolo en caso de lagunas o insuficiencias con arreglo a los principios del Derecho natural. Hay que ir, por decirlo con Paul Ricoeur, del *texto a la acción*³³. Afirma la necesidad de la libre

págs. 524-525, donde se indica, que "En defecto de toda dirección formal y para los numerosos puntos que no encuentra claramente resueltos, no por la ley no por la costumbre, el jurisculto no tendrá otro recurso que penetrar directamente en la naturaleza de las cosas, e interrogar por sí mismo los elementos sociales, a los que debe fijar la regla. En esta vasta complejidad de datos necesarios deberá aquél hacer clasificaciones numerosas y distinguir los objetos de investigación, según el grado de luz y de certeza que esos le aporten. Deberá, sobre todo, como lo hace el legislador mismo, proporcionar estos objetos según su naturaleza propia y determinar las leyes de su armonía, teniendo fija la vista en la idea de justicia o de utilidad social que, ante todo, es necesario satisfacer, guardándose de abusar de una sistematización rigurosamente lógica, porque solamente debe dirigir su pensamiento a procurar los medios puramente técnicos para resolver las situaciones sometidas a juicio". Y añade, "En dos palabras: todos los elementos de investigación social deben desempeñar su papel en la obra de la interpretación jurídica, a condición solamente de saber reconocer el valor propio de cada uno y de clasificarlos en consecuencia. Por otra parte, será vano pretender encadenar todas las soluciones necesarias en un sistema de teoremas precisos y dominados por la lógica pura. Buscando una precisión indispensable, es necesario no perder de vista que la naturaleza misma de los problemas a resolver dejará siempre un lugar necesario a la apreciación subjetiva del intérprete. Es suficiente que esta apreciación esté contenida en algunas líneas esenciales y guiadas, en su acción, por elementos superiores tomados del orden objetivo" (*Ibid.*, pág. 525). Gény acaba por defender la existencia de un derecho natural suprallegal (suprapositivo), pero en caso de colisión con el Derecho positivo vigente parece inclinarse por la primacía del derecho establecido. Ahora bien, a falta de éste último, o ante su insuficiencia se impone el reclamo de ese derecho natural suprallegal de contenido variable a través de libre investigación del operador jurídico.

Afirma también el encuadramiento de Gény dentro del renacimiento del Derecho natural, Friedrich, C.J., *La filosofía del Derecho*, México D.F., FCE, 1964, págs. 257 y sigs. También Bobbio considera difícil definir la noción de naturaleza de las cosas sin colocarse en posiciones afines al iusnaturalismo en los casos en los que se ha intentado (Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pág. 183), y objeta críticamente que si bien es cierto que la naturaleza de las cosas es una noción que trata de garantizar la objetividad de la regla de Derecho, el problema que, sin embargo, se plantea es el de si existe esta relación entre la naturaleza del hecho y la regla. Él piensa que la noción de naturaleza de las cosas subyace la *falacia naturalista*, es decir, la convicción falsa de poder extraer a partir de la constatación de una cierta realidad (lo cual es un juicio de hecho) una regla de conducta (la cual implica un juicio de valor): el sofisma de la doctrina de la naturaleza de la cosa, como también el del iusnaturalismo, deriva, según Bobbio, de la pretensión de obtener un juicio de valor a partir de un juicio de hecho (*Ibid.*, pág. 185).

32 Así, explícitamente, Gény, F., *Science et Technique*, vol. II, cap. XIV, epígrafe, 176, págs. 418 a 420. Nuestro autor afirma "enérgicamente" "la necesidad ineluctable de un minimum de derecho natural" (*Ibid.*, pág. 419).

33 Ricoeur hace referencia a la hermenéutica de los textos a la hermenéutica de la acción. Pero también de una hermenéutica crítica. Cfr. el libro recopilatorio, Ricoeur, P., *Del texto a la acción. Ensayos de Hermenéutica II*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, especialmente, págs. 127 y sigs., 169 y sigs., y 197 y sigs., y 333 y sigs. Ya resulta harto significativa su reflexión de que "el gesto de la hermenéutica es un gesto humilde de reconocimiento de las condiciones históricas a las cuales está sometida toda comprensión humana bajo el régimen de la finitud", mientras que "el de la crítica de las ideologías es un gesto altivo de desafío dirigido contra las distorsiones de la comunicación humana" (*Ibid.*, pág. 334). Transitando desde la perspectiva filosófica hermenéutica al punto de vista de la hermenéutica jurídica, véase Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos recopilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004, especialmente, págs. 17 y sigs., 33 y sigs., y 125 y sigs., y 219 y sigs.

investigación científica (destinada a asegurar completa y eficazmente el *progreso del Derecho*³⁴, y que tuvo una gran influencia en otros ordenamientos nacionales³⁵), pero reclama la doctrina del derecho natural, destinada a *dar una norma a la libre investigación*, la cual no puede ni debería quedar abandonada a la arbitrariedad. El Derecho debe ser conocido tal como es *en su realidad profunda* y atendiendo a su función racional. Él insiste en la función creadora del juez y propone la libre investigación en el marco de límites “científicos” y no un poder ilimitado del juez. El Derecho positivo no es para él un fenómeno natural, sino una creación artificial sujeta a motivaciones prácticas. Por ello *no contrapone “libre investigación” de juez y teoría racionalista del Derecho*. Su afirmación de la libre investigación científica, no le impide afirmar el principio de racionalización formal y *material* del Derecho contemporáneo. En efecto, valoro que la libre investigación del juez aparece como capaz de subvenir a buena parte de las necesidades de la jurisprudencia, pero existen ciertas materias, que, por su naturaleza, requieren una formulación autoritaria expresa, y no pueden prácticamente, en el estado actual de nuestra civilización, más que ser jurídicamente reglamentadas o reguladas por la Ley. Precisamente, estima, su número e importancia se aumenta con la *complejidad del Estado social*³⁶,

34 En este sentido, Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), “Conclusiones generales”, epígrafe 302, pág. 145. Dónde entiende por Derecho positivo, el conjunto de reglas tendentes a asegurar exteriormente la conducta de los hombres, bajo una sanción necesariamente coercitiva, en una comunidad organizada (*Ibid.*, pág. 146).

35 Esta influencia queda puesta de relieve en las distintas aportaciones recogidas en AA.VV., *Recueil D'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, vol. II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934. Véase, especialmente, los estudios de Franklin, M., “M.Gény and juristic Ideals and Method in the Unites States”, págs. 30 y sigs., Kocourek, A., “Libre recherche in America”, en AA.VV., *Recueil...*, op.cit., págs. 459 y sigs., y Wortley, B.A., “La théorie de sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise”, en la misma obra colectiva, págs. 16 y sigs. Una influencia tanto mayor cuanto en los sistemas del “Common Law”, en los que, contrariamente al Derecho europeo, su fuente principal reside en los precedentes y no en el Derecho codificado. En general, la influencia de Gény es ampliamente reconocida, véase Dabin, J., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Edersa, 1955, pág. 149, nota 2. Más recientemente, puede consultarse, la monografía de Mayda, J., *François Gény and Modern Jurisprudence*, Baton Rouge and London, 1978, y las excelentes aportaciones recogidas en el número monográfico de *Quaderni Fiorentini*, núm. 20 (1991), sobre *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*. En este número monográfico se comprueba la influencia de Gény, no sólo en el Derecho continental, sino también la cultura anglosajona, a pesar de la emergente decadencia general de la doctrina jurídica europea en América, véase especialmente, el ensayo de Petit, C: “A contributor to the method of investigation”. Sobre la fortuna de Gény en América”, págs. 201 y sigs. Para la influencia de éste pensador clásico en la doctrina jurídica española, véanse las referencias recogidas en DE Los Mozos, J.L., “Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gény”, en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20 (1991), monográfico sobre *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, cit., págs. 119 y sigs.; y el excelente ensayo de recepción histórica en la cultura española, de Clavero, B., “El método entre infieles o el Código en España”, en la misma revista citada, págs. 271 y sigs., donde concluye que la partida antiformalista moderada de Gény, no pudo jugar en España pues se la encontró ganada (*Ibid.*, pág. 317); De la Cuesta Saenz, J.M., “Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española”, en la misma revista, págs. 319 y sigs., el cual hace referencia a su incidencia desigual a lo largo del tiempo (*Ibid.*, pág. 331). También la tesis inédita de Peset Reig, M., *La técnica jurídica fundamental en la obra de François Gény (Un estudio de metodología del derecho)*, Valencia, Universidad, 1967. Respecto a la influencia en Italia, en el cuadro de un completísimo análisis historiográfico sobre el método de interpretación, puede consultarse Costa, P., “L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e noventa”, en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20 (1991), monográfico sobre *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, cit., págs. 367 y sigs.; y, recuperando la obra clásica de François Gény y analizando su pensamiento jurídico e influencia en la teoría del Derecho, véase Monereo Pérez, J.L., “El pensamiento científico-jurídico de Gény” (2000), estudio preliminar a Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de Raimundo Saleilles, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XVII-LXXV.

36 Cfr. Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), cit., “Conclusiones generales”, págs. 151 y 34 a 46.

surgido ante la crisis del individualismo jurídico y político a principios del siglo XX, cuyo modo de regulación se asienta fundamentalmente en el Derecho social³⁷ y en el Derecho económico. Es necesario, pues, subrayar cómo, agudamente, Gény constata la emergencia de procesos de juridificación legislativa de un cada vez más amplio conjunto de materias y de problemas sociales en virtud de la instauración de la forma política del Estado social contemporáneo. En este sentido, la ley refuerza el carácter de la ley escrita como tipo eminente de modo de expresión técnica del Derecho³⁸.

Para Gény necesidades de seguridad jurídica y de tratamiento de ciertas materias exigía todavía en la organización jurídica contemporánea formular reglas de Derecho *que escapen del círculo de la "libre investigación" de juez o "de la esfera de interpretación libre"*³⁹.

La aplicación del Derecho no debe ser un procedimiento puramente mecánico⁴⁰, pero tampoco un mecanismo decisorio sometido a la máxima incertidumbre de las reglas legales. Esta visión

37 Nótese que su origen es complejo. Su paternidad corresponde a Gierke (Gierke, O.von., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, conferencia pronunciada en Viena, el día 5 de abril de 1889, y reeditada después, *Deutsches Rechtsdenken*, colección dirigida por E. Wolf, cuaderno 12, Frankfurt/M, 1949; y Menger, A., *El Derecho al producto integro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Menger, A., *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España", a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998. Monereo Pérez, J.L., "Anton Menger", en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494. Monereo Pérez, J.L., "El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11 (2017), págs. 33-120. Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Trotta, 1999, especialmente, págs. 21 y sigs., 191 y sigs.; Gierke, O. V., *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015. Gierke, O.V., *La raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982. Gierke, O. V., *Teorías políticas de la Edad Media*, edición de F. W. Maitland, estudio preliminar de B. Pendás y traducción del alemán y del inglés por P. García-Escudero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995. Gierke, O. V., *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de J. Irazusta, Buenos Aires, Huemul, 1963. Monereo Pérez, J.L., (2020). El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 10(2), 682-735. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080>.

38 Véase Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), epígrafe 278, págs. 34 a 46.

39 Llegó a establecer una serie de supuestos específicos, véase Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), epígrafe 278, págs. 40 y sigs. En esta obra de Gény se aprecia más claramente en *Método*, el intento de compatibilizar y conciliar la libre investigación de juez con las fuentes formales del Derecho positivo, y en una dirección que intenta poner límites al juego de aquélla. Así admite indudablemente la libre investigación, como absolutamente calificada para consagrar, en defecto de textos, de presunciones de Derecho (Gény, F., *Science et technique*, t.III, 1921, núm.235 y 237) y de ficciones jurídicas (Gény, F., *Science et technique*, t.III, 1921, núms.248 a 250 y 251-252). En este sentido, en una perspectiva de conjunto GÉNY, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), epígrafe 278, pág. 46.

40 Se hace visible la influencia que la "libre investigación" de Gény ha tenido en el realismo norteamericano, señaladamente en autores como Pound, para el cual las leyes no tienen un fin en sí mismas, sino que son un medio tendente a buscar la justicia, la cual exige en lugar de adaptar el caso a la regla, la adaptación de la regla al caso. Véase su ensayo *Courts and Legislation* (1911), en *Science of Legal Method*, Boston, 1917, Modern Legal Philosophy Series, vol. IX, págs. 202 y sigs. Véase Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento científico jurídico de Gény" (pp. XVII-LXXV), Estudio Preliminar a Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; Monereo Pérez, J.L., "El jusrealismo de Roscoe Pound: teoría del derecho como "ingeniería social" y "jurisprudencia sociológica", *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 2025.

de la aplicación del Derecho, amplía el margen de discrecionalidad y creatividad de los jueces en el momento de la interpretación y aplicación de las normas⁴¹. Esta doctrina de derecho natural, es confirmada por Gény en su gran obra posterior, *Science et technique en droit privé positif* (4 vols., 1914-1924)⁴². En ésta obra, siguiendo las huellas de su *Método*, advierte del equívoco del método tradicional, que pretendía descubrir por vía de exégesis y de construcción lógica todo el Derecho en la ley. La naturaleza positiva de la cosa viene representada por el desarrollo de las condiciones que forman cómo la atmosfera de la vida jurídica externa. De este modo, se trata de constituer a través de la libre investigación científica, un *derecho natural subsidiario, destinado a suplir las lagunas de las fuentes formales, y a dirigir, el movimiento de la vida jurídica*. Su mirada al derecho natural, se dirige a admitir un conjunto de principios de justicia absoluta, objetiva. Siendo así que el Juez debe hacer reclamo de la noción de justicia objetiva, absoluta, ante de descender a la naturaleza positiva de la cosa (*Método*)⁴³.

Pero como, en general, hizo notar Pound respecto al renacimiento del Derecho natural en el siglo presente "se trata de una Derecho natural derivado de la experiencia que resulta de la civilización concreta de cada tiempo y lugar, y que trata de averiguar la idea de lo justo (*right*) que en ella está implícita, en tanto que el Derecho natural del siglo XVIII era un producto deducido de la naturaleza del hombre abstracto. Trátese, pues, de un Derecho natural práctico y de un Derecho natural de contenido variable o en desarrollo"⁴⁴ (al estilo del pensar de Stammler y Saleilles). No es así el resurgimiento de un Derecho natural rígido al estilo de la escuela metafísica del siglo XIX. Gény, como Stammler, trata el Derecho natural como una ley con un contenido variable. Ambos, sobre todo Stammler, afirman la condicionabilidad histórica del Derecho correcto en la persecución de los fines comúnmente aceptados en una época determinada. Ambos se insertan en el renacimiento "laico" del Derecho natural como réplica al positivismo jurídico, y ello sirve para hacer frente al problema práctico de disponer de reglas de justicia compartidas que permitan valorar críticamente el Derecho positivo.

El proceso de elaboración jurídica el Derecho es para Gény una construcción racional establecida sobre elementos suministrados por la naturaleza. Dentro de la distinción aristotélica entre materia y forma, Geny considera que lo dado en el Derecho equivale a la "materia". La ciencia jurídica es contemplada como ciencia social en su especificidad de ciencia normativa, estando siempre en

41 Véase, en una perspectiva más general, Mengoni, L., *Interpretazione in nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, USPI, Milano, 1985; Aarnio, A., *Lo racional como razonable. Tratado sobre la justificación jurídica*, CEC, Madrid, 1991, págs. 112 y sigs.

42 Especialmente el segundo volumen de su obra *Science et Technique*, sobre el "irreductible derecho natural".

43 Sobre el tema, véase Di Carlo, E., "Il diritto naturale nel sistema di interpretazione di F.Gény", cit., págs. 234 y sigs.

44 Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. J. Puig Brutau, Barcelona, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, pág. 197. Para el autor "Es el renacimiento del Derecho natural creador de los siglos XVII y XVIII, pero concebido como algo relativo y no como algo que debiera perdurar para siempre. Resulta, pues, que la formulación metódica de los postulados jurídicos que corresponden a la civilización de cada tiempo y lugar es una de las realizaciones más importantes de la moderna ciencia del Derecho" (*Ibid.*, pág. 198).

conexión con la realidad social. No puede ser una ciencia aislada de las otras ciencias sociales. Derecho y vida social están indisociablemente unidos. Tampoco el juez está separado del medio social⁴⁵. Esta constatación le permite abrazar cierta forma de sociologismo jurídico, realizando en caso de lagunas o duda una libre investigación sobre las concepciones sobre la justicia imperantes en la comunidad jurídica en cada momento histórico. Con ello el juez para resolver casos problemáticos deberá ensanchar su horizonte cognoscitivo, abarcando no sólo las fuentes formales, sino también el más amplio mundo de la experiencia jurídica⁴⁶; donde también cabe situar las variaciones de la experiencia jurídica como parte de la elaboración dinámica de la ciencia del Derecho⁴⁷. El “libre juez”, en la concepción de Gény pensada para casos complejos (y de forma más limitada que en las concepciones más radicales del movimiento del Derecho Libre, como Kantorowicz (1877-1940) y Fuchs (1859-1929), e incluso en “primer” Radbruch)⁴⁸, es así capaz de realizar una actividad creadora, y no de simple mediación instrumental entre el texto legal y el caso planteado. Y es que la libre investigación científica sobre la norma aplicable conduce irremisiblemente a distinguir entre el texto legal y la norma aplicable que ha de hallarse por remisión a la realidad social, a la comunidad jurídica en el orden social. El carácter “científica” de la libre investigación del juez, que sería en gran medida “discrecional” y sólo relativamente configurable como “apreciación vinculada”⁴⁹, evitaría, sin embargo, la tacha de arbitrariedad, cuya admisión entraría en contradicción con el principio de seguridad jurídica. Es manifiesto que esta concepción de la labor del juez se aparta del modelo liberal de actividad judicial estrictamente vinculada a la Ley a aplicar, cuyo significado ha de ser simplemente

45 Sobre la función social del juez, véase Treves, R., *El juez y la sociedad*, Estudio preliminar de Elías Díaz, Madrid, Edicusa, 1974; Treves, R., *La sociología del Derecho*, Nota preliminar de M. Atienza, Barcelona, Ariel, 1988; Clemente de Diego, F., *La jurisprudencia como fuente del derecho*, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio” (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016; Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos recopilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004, especialmente, págs. 33 y sigs., 125 y sigs., y 2019 y sigs.; Viola, F. y Zaccaria, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermética del Derecho*, trad. A. Cebeira, A. de Prada y A. Richart, Prólogo de G. Robles Morchón, Madrid, Dykinson, 2007, especialmente, Capítulo II, págs. 115 y sigs., y Capítulo IV, págs. 233 y sigs.; Guastini, R., “Interpretación judicial y creación del derecho”, en Guastini, R., *Lecciones de teoría del Derecho y del Estado*, trad. J.J. Monroy Palacios y M. Monroy Palacios, Lima, Communitas, 2010, págs. 145 y sigs.; Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, Tercera parte (“Interpretación y aplicación”), págs. 201 y sigs.

46 Este extremo enlaza con uno de los postulados de la sociología jurídica, a saber: el Derecho es más amplio que el conjunto de las fuentes formales del Derecho. cfr. Carbonnier, J., *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1977, pág. 91. Véase, en una perspectiva general, Amselek, P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, París, 1964, págs. 150 y sigs.

47 Capograssi, G., *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, págs. 41 y sigs., 197 y sigs., y 235 y sigs.

48 Véase Monereo Pérez, J.L., “La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura política y jurídica”, Estudio Preliminar a Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999. El mismo François Gény se distancia prudentemente del movimiento de Derecho libre, véase el importante epílogo a la 2ª edición de 1954; Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de Raimundo Salelles, edición y estudio preliminar, *El pensamiento científico-jurídico de Gény* (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

49 Se dice “relativamente”, porque la “apreciación vinculada” presupone una cierta identificación entre texto y norma en la labor de juez. Sobre dicha noción, véanse las reflexiones de Betti, E., *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Edersa, 1975, espec., págs. 148 y sigs.

esclarecido o clarificado por vía de interpretación a través de un discurso interno. Ello supone una toma de consciencia en Gény de que, por decirlo en expresión de Tarello, el significado de un enunciado normativo, es decir, la norma, no es previo al, sino producto del, proceso de interpretación⁵⁰. La norma es resultado de la interpretación jurídica a propósito de la reflexión sobre el texto legal en cuestión. Así, el documento normativo es el *punto de partida* para el intérprete⁵¹, que se ve obligado a tener en cuenta los elementos internos y los aspectos externos al “documento normativo” (Tarello)⁵². En el razonamiento del juez no se opera solamente con deducciones lógicas, sino con otros modos discursivos que reenvían al ambiente (elementos empíricos y de la moralidad dominante) para individualizar el contenido de la decisión⁵³. La actividad del juez es así, sobre todo, praxis argumentativa, condicionada históricamente por las concepciones dominantes en la comunidad jurídica: su horizonte de comprensión es más amplio que en el positivismo o formalismo legalista, al aplicar el texto o documento normativo al contexto en que se haya el propio intérprete⁵⁴ se enlaza la normatividad con la realidad externa de la acción práctica juridizada⁵⁵. Por lo demás, la labor de comprensión propia de las “ciencias del espíritu”, se enmarca inevitablemente en una experiencia hermenéutica presidida por la misma historicidad de la comprensión, que, hasta el punto es así, constituye un principio hermenéutico⁵⁶.

La técnica de justificación no es exclusivamente formal y cerrada, sino que es abierta y esencialmente de carácter sustancial o material, en cuanto basada en criterios de justicia aceptados en la

50 Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, págs. 399-400.

51 En una perspectiva general, véase, por todo, Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, espec., págs. 101 y sigs.

52 Respecto al razonamiento jurídico y su ambiente epistemológico (aspecto externo), véase Palombella, G., *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*, versión y edición a cargo de José Calvo González, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 222 y sigs.

53 Con posterioridad otros autores contrapondrían a la racionalidad lógica la racionalidad discursiva o argumentativa, véase Aarnio, A., *Lo racional como razonable. Tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, CEC, 1991; Alexy, R., *El concepto y validez del derecho*, trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994; Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Mientras otros entienden que considerar el Derecho en su especificidad exige la superación de la contraposición o antítesis entre iusnaturalismo y positivismo, por lo que se intenta superar la polémica sobre si los jueces encuentran o inventan la ley. Véase Dworkin, R., *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012.

54 Véanse los desarrollos posteriores de este modo de pensar, de concebir la tarea del intérprete, desde la hermenéutica de Gadamer, H-G., *Verdad y método*, 2 volúmenes, 8ª edición, Salamanca, Sígueme, 1999 (Tomo I. 8ª ed.), 2000 (Tomo II, 4ª ed.).

55 Nótese que, para Ihering, la misión de juez es propiamente la *interpretatio* (*interpretes*, conciliador o negociador) romana, que trataba de conciliar el Derecho formal o escrito con las exigencias de la vida, participando directamente en progreso del Derecho. Véase Ihering, R.V., *El espíritu del Derecho Romano*, trad. Adolfo Posada, revisión y Estudio Preliminar sobre “Ihering, ensayo de explicación” de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998 (2ª ed., 2011); y, con cita de dicha obra, Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Bosch, 1951, pág. 31, y, en general, sobre la crítica realista del proceso judicial, págs. 56 y sigs.

56 Gadamer, H-G., *Verdad y método*, 2 volúmenes, 8ª edición, Salamanca, Sígueme, 1999 (Tomo I. 8ª ed.), 2000 (Tomo II, 4ª ed.), Tomo I, págs. 225 y sigs., y 331 y sigs. Como hace notar Gadamer “la estructura general de la comprensión alcanza su concreción en la comprensión histórica en cuanto que en la comprensión misma son operantes las vinculaciones concretas de costumbre y tradición y las correspondientes posibilidades del propio futuro” (*Ibid.*, Tomo I, pág. 330).

comunidad jurídica de referencia. Esto significa, en vía de interpretación, que el Derecho no es un sistema jurídico cerrado⁵⁷, como viene a afirmar la plural escuela del Derecho libre⁵⁸. Con todo, aunque en muchos aspectos, su visión del fenómeno jurídico se encuentra próxima a la denominada “sociología del Derecho” (Eugen Ehrlich⁵⁹; Max Weber⁶⁰; Teodoro Geiger⁶¹) o también a la “jurisprudencia sociológica” (Roscoe Pound)⁶², se aparta de la escuela sociológica (de francesa, en particular⁶³) por objetar que la misma minusvalora la importancia del Derecho como fenómeno normativo⁶⁴. Sin embargo, su misma defensa de la *creación* judicial del Derecho, muy señaladamente en caso de

- 57 No es difícil intuir aquí los planteamientos posteriores respecto reconducción de la racionalidad jurídica hacia una racionalización “material”, vinculada a la idea de una justicia “material” que penetra en el medio del Derecho diluyendo o neutralizando su “racionalidad formal” (Max Weber). Véase, ampliamente, Habermas, J., “Derecho y Moral”, en Sobrevilla, D.(Comp.): *El derecho, la política y la ética*, México, Siglo XXI, 1991, págs. 14 y sigs.; Habermas, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, espec., págs. 469 y sigs. Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001 (Esta edición incluye también la Sociología del Poder y del Estado); Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, “Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; Weber, M., *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944 (varias ediciones posteriores, en dos o en un solo volumen). Sobre su pensamiento, y en particular su sociología jurídica y política, véase Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013; Monereo Pérez, J.L., “La sociología del derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7 (2023), pp. 225-301; *Ibid.*, “Legitimación y racionalización del derecho y del poder en la sociología jurídica de Max Weber”, en *Revista Derecho del Trabajo (La Ley-Uruguay)*, núm. 40, 2023, pp. 199-260.
- 58 Kantorowicz, H., “La lucha por la ciencia del Derecho”, en VV.AA., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, págs. 325 y sigs.; *Ibid.*, *La definición del Derecho*, Madrid, Revista de Occidente, 1964. También Frank, J., *Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1930.
- 59 Ehrlich, E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, milano, Giuffrè, 1976; Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid, Marcial Pons, 2005. Sobre su pensamiento Villey, M., “Etudes récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique”, en *A.P.D.*, 1968, págs. 347 y sigs.; Robles Morchón, G., *Sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- 60 Weber, M., *Economía y sociedad*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1983, espec., págs. 498 y sigs., y la citada en las notas precedentes.
- 61 Geiger, T., *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.
- 62 Sobre esta cuestión, véase Treves, R., “Considerazioni in torno alla sociologia giuridica”, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960, págs. 169 y sigs.; Tarello, G., “Sociological Jurisprudence”, en Tarello, G., *Cultura jurídica y política del derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 337 a 340. Subraya Tarello que, en un sentido amplio o genérico, *sociological jurisprudence* designa un filón de la cultura jurídica, que se contrapone al sector cultural calificado de varios modos como *analytical jurisprudence* (donde *analytical* está emparentado con el *legal analysis* de John Austin y de la escuela formalista inglesa, y no tiene afinidad con el *philosophical analysis* de la reciente filosofía analítico-lingüística inglesa) o como *legal positivism*. En correspondencia, designa también, de manera genérica, un tipo de acercamiento no “analítico” a la interpretación del derecho positivo y a la solución de problemas jurídicos controvertidos” (*Ibid.*, pág. 337).
- 63 De hecho, en su vida mantuvo un “diálogo” permanente con autores insertos dentro de la Escuela sociológica francesa, como Maurice Hauriou (1856-1929) y Léon Duguit (1859-1928). Es significativa la importancia que se le concede a su pensamiento en su obra *Science et technique*, t. II, capítulos VIII y IX, págs. 52 y sigs., y 87 y sigs.
- 64 Véase Gény, F., *Science et Technique*, cit., págs. 92 y sigs.

lagunas (como ámbito de actuación judicial *sine lege*), es propia (pero no exclusiva⁶⁵) del movimiento de Derecho Libre, el cual necesita en la búsqueda creadora del Derecho Libre de una fundamentación sociológico-jurídica. Precisamente Herman Kantorowicz quiso hallar tal fundamento en los “juicios de valor dominantes en cada pueblo”, los cuales, en cuanto hechos de la vida social, deben ser conocidos por el juez por un método de base sociológica⁶⁶. Tanto en la sociología jurídica de Ehrlich⁶⁷ como en la también antiformalista “*sociological jurisprudence*” americana (Roscoe Pound)⁶⁸, se concedió —frente al positivismo legalista— una especial importancia a la función de juez y su poder creativo de Derecho a partir de los datos sociales y de las decisiones judiciales⁶⁹. Ellos mantuvieron también el criterio sustancial de la insuficiencia del modelo de razonamiento lógico-deductivo y de algún modo de la libre investigación del Derecho. Gény, al igual que los mejores cultivadores de la sociología del Derecho o de “*sociological jurisprudence*”, no se limitó a transponer a la sociología jurídica las construcciones realizadas antes por la sociología general, aunque inevitablemente tomó en préstamo las ideas y técnicas operativas establecidas por aquella.

Con todo Gény responde al problema planteado por las insuficiencias de la legislación estatal para atender a las nuevas realidades sociales. Y lo hace reclamando otras fuentes del Derecho y la posibilidad, llegado el caso, de reclamar, con carácter complementario —y no siempre con carácter necesariamente subsidiario—, la libre investigación científica orientada a la naturaleza de las cosas (que remite a fines conexos a hechos sociales)⁷⁰ para ir más allá de las fuentes de derecho esta-

65 Comparte este postulado, por ejemplo, con la jurisprudencia de intereses. Véase Heck, *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entez (Manuel Sacristán Luzón), edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.

66 Cfr. Kantorowicz, H., *Rechtswissenschaft und Soziologie*, ed. de Würtenberger, 1962, págs. 126 a 129. Hacer notar Manfred Rehbinder (*Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, Madrid, Pirámide, 1981, pág. 38) que todos los partidarios del Movimiento del Derecho Libre se remiten al famoso art.1, párrafo 2º, del Código Civil Suizo, conforme al cual en las lagunas del ordenamiento jurídico el juez ha de decidir no según su arbitrio, sino según aquellas normas jurídicas que él hubiera puesto como legislador.

67 Para quien junto al Derecho legal existe un “Derecho viviente” o “vivo” nacido en el seno de la sociedad. cfr. Ehrlich, E., *Il fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A.Febbrajo, Giuffrè, 1976, espec., págs. 53 y sigs. Precisamente para Ehrlich la sentencia judicial aparece como “testimonio del derecho viviente” (*Ibid.*, págs. 594 y sigs.).

68 Véase, en general, Pound, R., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Tipográfica Edit., 1972; Frank, J., *La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”*, trad. José Puig Brutau; Barcelona, Bosch, 1957. Sobre la función del jurista en la interpretación de la ley en el Derecho americano, véase la perspectiva de conjunto trazada por Neuborne, B., *Papel de los juristas en la interpretación de la ley en la sociedad americana*, Madrid, Civitas, 1995. Es clásica la aportación de Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1967; Tarello, G., “Realismo giuridico”, en *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, págs. 51 a 85.

69 Por lo demás, en el campo del derecho jurisprudencial americano los conceptos pueden ser creados a partir de casos particulares. Esto no se identifica, pero guarda especial proximidad, con la idea habitual de concebir el razonamiento del derecho jurisprudencial como inductivo, y la aplicación de las leyes como razonamiento deductivo. cfr. Levi, E.H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1971, pág. 41.

70 En general, véase Radbruch, G., *La naturaleza de la cosa como forma de pensamiento*, traducción, Introducción y Notas bibliográficas de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba (R.A), Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963; Bobbio, N., “La naturaleza de las cosas”, en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980. Para la concepción el pensamiento y re-

blecidas que se han mostrado como insuficientes o deficientes para resolver el problema práctico suscitado por el caso examinado. La libre investigación científica del operador jurídico intérprete permite una prudente creación de Derecho nuevo limitada por el respecto a los principios y valores generales consagrados en sistema jurídico (Gény siempre destaca las exigencias de la justicia y la utilidad social como límites intrínsecos de la libre investigación del intérprete que se haya abocado a crear una regla de derecho *ad hoc* para el caso concreto [norma individual de decisión judicial]).

Interesa subrayar que Gény toma en serio el lugar de la ciencia jurídica, su especificidad, y la necesidad de una colaboración interdisciplinaria con el más amplio campo de las ciencias sociales, tanto en el ámbito de la elaboración científica como en la de la aplicación e interpretación de las normas en la praxis judicial. Las categorías elaboradas por la ciencia del Derecho deben atender a las realidades sociales. Y, asimismo, en el proceso de decisión judicial, el juez debe atender a los hechos sociales y utilizar técnicas propias de otras ciencias. En este sentido la ciencia jurídica no es mera erudición dogmática y formalista, sino una disciplina que tiene una orientación hacia la práctica, elaborando categorías —conceptos— jurídicos capaces de actuar sobre la realidad social subyacente siempre al fenómeno jurídico. Pero, a diferencia, paradigmáticamente, de pensadores como Eugen Ehrlich, Gény nunca aceptaría que la Ciencia del Derecho, preocupada ciertamente por el fenómeno social, sea reducida a una “rama de la Sociología”. Ehrlich pudo afirmar que “si la Ciencia del Derecho es una rama de la Sociología, entonces acogerá de manera inmediata a la Psicología social, pues los hechos sociales no son sino hechos psíquicos en el contexto de un fenómeno de masas [...]. De este modo queda señalada la dirección que la Jurisprudencia [concebida por Ehrlich como Ciencia del Derecho y no como doctrina establecida por los órganos judiciales], entendida como disciplina puramente práctica, ha de seguir. A la vez que cede a la Sociología su contenido científico-social, reconquista para sí su ámbito más propio y originario”⁷¹.

cepción de Gustav Radbruch, véase Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020. Desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica, véase Gadamer, H.G., “La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas” (1960), en Gadamer, H.-G., *Verdad y método*, Tomo II, 4ª ed., Salamanca, Sígueme, 2000, págs. 71-80, que, entre otras cuestiones relevantes, señala que el concepto jurídico de “naturaleza de la cosa” no designa algo disputado entre las partes, sino los límites que pone al libre albedrío el legislador con su ley o que supone para el libre albedrío el legislado con su ley o que supone para el libre albedrío la ley establecida por el legislador o la interpretación jurídica de la misma. La apelación a la naturaleza de la cosa invoca un orden sustraído al arbitrio humano e intenta hacer prevalecer el espíritu vivo de la justicia incluso contra la letra de la ley. *La naturaleza de la cosa es, así, también aquí algo que se hace valer, algo que debe respetarse*. Por lo demás, el concepto de “naturaleza” de la cosa” recoge para la conciencia filosófica la resistencia que surge desde distintas vertientes contra el idealismo filosófico y especialmente contra la forma neokantiana en que éste se renovó durante la segunda mitad del siglo XIX. Husserl pudo entender la idea la cosa-en-sí desde la noción de progreso de nuestro conocimiento, que tiene su último fundamento en la investigación científica (*Ibid.*, págs. 72-73).

71 Ehrlich, E., “Sociología y jurisprudencia” (1906), en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 89-107, en particular los últimos entrecomillados en págs. 106-107. Para ser justos con su posición sobre el objeto de la sociología del Derecho en el modo de pensar de Ehrlich hay que tener en cuenta su reflexión en su breve escrito de respuesta a la crítica de Hans Kelsen. Efectivamente, en su “Respuesta a Kelsen” se afirma, entre otras cosas, que “el objeto de la Sociología del Derecho no es la terminología, sino la relación del Derecho con la sociedad. En mi libro —afirma— me ocupo de cómo el Derecho surge del seno de la sociedad, de cómo se condensa en proposiciones jurídicas en la Jurisprudencia y la legislación, y del modo en que repercute en la sociedad” (“Respuesta a Kelsen”, la obra recopilatoria de trabajos de Eugen Ehrlich citada en esta misma nota, *Ibid.*, pág. 121).

La “libre investigación científica” y la concepción del derecho jurisprudencial de Gény tenía relevantes puntos de coincidencia con la “libre investigación del Derecho y de la ciencia del Derecho libro” en Eugen Ehrlich⁷². En su ensayo Ehrlich observa que “lo que ha inducido a retomar este trabajo de juventud largamente postergado es el escrito de Gény, *Méthode d’interprétation et sources du droit* (1989), aparecido hace aproximadamente cuatro años, y que coincide con mi escrito *Über Lücken im Rechte*, no sólo en gran número de detalles, sino también en sus líneas fundamentales. Hago especial hincapié en que tampoco Gény considera el Derecho como un sistema cerrado y pleno de reglas jurídicas abstractas, sino que consiste en decisiones particulares; y que también, según él, *el juez, cuando las reglas establecidas se lo permiten, debe acomodar el Derecho a las necesidades de su tiempo mediante su libre descubrimiento*. Pero las diferencias se presentan en muchas otras direcciones. Por mi parte, me he ocupado principalmente de la cuestión sobre el modo en que tiene lugar la libre investigación judicial del Derecho, además del papel que juegan el principio de lealtad y buena fe, la naturaleza de la cosa, la construcción jurídica y la analogía. Gény, por su parte, trata sobre todo de la teoría de las fuentes del Derecho dominante en Francia y de los principios de aplicación del Derecho. Si él se remite a la ciencia (*libre recherche scientifique*) para la elaboración progresiva del Derecho, yo puse desde el principio especial énfasis en la actividad judicial consciente o inconscientemente creadora, sin por ello subestimar la importancia del Derecho encontrado por la ciencia”⁷³. Él no reprocha la existencia de un plagio, tan sólo indica que “me veo obligado a defender a Gény con respecto a la cuestión de la prioridad temporal de mi pensamiento [...]. Quiero poner especialmente de relieve que sólo pretendo alegar la primacía temporal. Para mi resulta evidente que Gény no conoce mi estudio, por lo demás, casi totalmente desconocido en Alemania; de modo que no pongo en duda el hecho de que no le haya inspirado en absoluto. Asimismo, el valor permanente de su obra, dejando aparte la corrección de sus ideas fundamentales, se encuentra en los materiales, de descomunal riqueza, recibidos de la Historia del Derecho y de la Jurisprudencia francesa, que me eran desconocidos en su mayor parte”⁷⁴. Al juez le corresponde el libro descubrimiento del Derecho. Entiende que “el Derecho no es un dogma rígido, sino una fuerza viva: del hecho de que una ley haya sido promulgada no se desprende que sea válida, y de la intención que el legislador tuvo al promulgarla tampoco deriva de qué manera concreta es válida”. Realza que “el jurista moderno considera como un deber fundamentar en la ley su propia decisión... La libre investigación jurídica toma la tradición como punto de partida y aspira al *Derecho correcto*, en el sentido de Stammler. Es característico del oficio de los jueces, y así lo han admitido siempre ellos mismos, el que por su boca no se pronuncia su propia opinión personal, sino el Derecho. *El Derecho*, empero, está contenido ante todo en testimonios del pasado: en las leyes, en la jurisprudencia y en la literatura

72 Ehrlich, E., “Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre” (1989-1903), en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 53-88.

73 Ehrlich, E., “Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre” (1989-1903), en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czer-nowitz, junio de 1903), cit., págs. 55-56.

74 Ehrlich, E., “Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre” (1989-1903), en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czer-nowitz, junio de 1903), cit., págs. 56-57.

jurídica... Al igual que cualquier tipo de libertad, el libre descubrimiento del Derecho es conservador, pues libertad quiere decir responsabilidad. El estar sometido a otra carga la responsabilidad sobre ellos". Considera Ehrlich que "no existe la justicia dada de una vez por todas y para siempre; como el Derecho positivo, la justicia es resultado de la evolución histórica". Hay que tener en cuenta que "el Derecho de juristas, la más genuina tarea de la libre investigación jurídica, consiste en normas de decisión que, derivadas de la naturaleza de las relaciones sociales, cambian su contenido al unísono con éstas: la gran masa de las normas de decisión conserva el contenido esencial de las correspondientes relaciones jurídicas a las que se refieren. Subraya que "toda investigación del Derecho es necesariamente creadora, incluso allí donde aparece como mera aplicación, es algo que von Bülow ha demostrado hace mucho tiempo de forma convincente: consciente o inconscientemente, *la Ciencia jurídica aspira a través del Derecho vigente a llegar más allá de él*. La contraposición entre la investigación libre y la investigación técnica del Derecho no radica, por consiguiente, en que la primera vaya más allá de la ley, sino más bien en el camino que se recorre. Pues ésta exige que la obra milagrosa no se realice de otra forma que, con los medios de una técnica jurídica dada de una vez para siempre, mientras *la libre espera también algo del pensamiento "creador" de una gran individualidad*. El descubrimiento técnico del Derecho se inspira, por tanto, en el mismo espíritu que el principio de colegialidad y el de instancia, en la necesidad de excluir la individualidad del juez en la medida de lo posible. Empresa inútil, ya que la aplicación de una regla general al caso concreto pasa necesariamente por las manos de una personalidad individual"⁷⁵. Hace notar que "al Estado no le está reservada toda la creación del Derecho, sino sólo la legislación"⁷⁶.

Por otra parte, Ehrlich había señalado que "no cabe duda de que la Jurisprudencia es, ante todo, una disciplina práctica: enseña la aplicación práctica del Derecho". Ciertamente, este cometido "sólo puede cumplirlo en toda su extensión cuando proporciona una morfología de la sociedad humana y de las fuerzas que en ella actúan, cuando investiga sobre su naturaleza y límites. De este modo —afirma—, la Jurisprudencia se transforma en Ciencia del Derecho, en doctrina del Derecho entendido como fenómeno social; como tal, *es una rama de la sociología* [...]. La evolución de la Jurisprudencia hasta constituirse en Ciencia jurídica y, por tanto, *en una rama de la sociología*, se corresponde totalmente con el camino recorrido por otras disciplinas [...]. Con esta ciencia sociológica del Derecho se relaciona la Jurisprudencia práctica [...]. Si la *Ciencia del Derecho es una rama de la Sociología* entonces acogerá de manera inmediata a la Psicología social, pues los hechos sociales

75 Ehrlich, E., "Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre" (1989-1903), en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, cit., págs. 82. Nuestro pensador no fue ingenuo: "Sería injusto desconocer la aversión al libre descubrimiento del Derecho tiene en parte causas muy profunda: principalmente las ideas, aún hoy dominantes, sobre los límites del poder estatal y la separación de poderes. Subyace en ellas una buena dosis de desconfianza del viejo liberalismo hacia el juez funcionario al servicio del Estado, al que se quiere obligar a fundamentar siempre su convicción jurídica en la letra de la ley; ciertamente llevará su tiempo acostumbrarse a la idea de que al Estado no le está reservada toda la creación del Derecho, sino solo la legislación. Ese orden de ideas corresponde a una teoría del Estado ya superada que, como sucede, con toda teoría del Estado, no fue otra cosa que la expresión científica de una determinada situación histórica" (*Ibid.*, págs. 79-82).

76 Ehrlich, E., "Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre" (1989-1903), en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czer-nowitz, junio de 1903), cit., págs. 78-80.

no son sino hechos psíquicos en el contexto de un fenómeno de masas. Aquí se trata empero, de una utilización de la Psicología en favor de la técnica jurídica". Y concluye que "de este modo queda señalada la dirección que la Jurisprudencia, entendida como disciplina puramente práctica, ha de seguir. A la vez que *cede a la Sociología su contenido científico-social, reconquista para sí su contenido más propio y originario*"⁷⁷. Es en esto donde el normativismo realista de Gény no puede estar de acuerdo, para él la Ciencia Jurídica no puede ser una rama de la sociología, ni de ningún modo absorbida por ello. Tampoco autores como Roscoe Pound (creador de la llamada "jurisprudencia sociológica") aceptaría esta premisa metodológica. Y en el ámbito del positivismo esa reconducción de la Ciencia del Derecho de la sociología jurídica será rechazada no sólo por el Hans Kelsen, sino también por también el positivismo analítico más avanzado de Hart o de Dworkin, o el iurealista escandinavo Alf Ross⁷⁸, discípulo originario de Kelsen y devenido, al tiempo, en uno de los juristas más importantes del siglo veinte⁷⁹. Ciertamente, en polémica abierta con Kelsen, a Ehrlich lo que le preocupa es dejar constancia de que la ciencia jurídica como rama de la Sociología del Derecho persigue, ante todo, "la relación del Derecho con la sociedad. En mi libro me ocupo de cómo el Derecho surge del seno de la sociedad, de cómo se condensa en proposiciones jurídicas en la Jurisprudencia y la legislación, y del modo en que repercute en la sociedad"⁸⁰. Por otra parte, en el marco de dicha polémica, Ehrlich observa que el sentido de su concepción de su "doctrina del Derecho vivo", al precisar que designa "como Derecho vivo a las *reglas del deber ser* jurídicas, las cuales no se limitan a ser normas de decisión, sino que dominan de hecho la conducta humana. Dichas reglas se constatan mediante la observación del acontecer fáctico, lo que también es admitido por la Jurisprudencia

77 Ehrling, E., "Sociología y Jurisprudencia" (1906), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 89-107, en particular págs. 104-107.

78 Como ha sido advertido "el realismo de Ross es normativista: no pretende sustituir la dogmática jurídica por la sociología jurídica, ambos ámbitos del saber jurídico tienen su campo de acción propio y específico, sin poder ser reductibles el uno al otro". Ahora bien, "el hecho de que Ross aspirase a la "pureza de la ciencia jurídica" no implica que no otorgara en su concepción de la filosofía del Derecho un papel central al campo de los valores y a la política jurídica". Cfr. Monereo Pérez, J.L., "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho", estudio preliminar a ROSS, A., *Lógica de las normas*, trad. J.S.P. Hierro, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI, en particular pág. XLIII.

79 Monereo Pérez, J. L. (2022). "La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(2), 1-74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>; Monereo Pérez, J. L. (2023). Sociología crítica del derecho y teoría jurídica en Hans Kelsen. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (6), 327-349. <https://doi.org/10.24310/rejss.vi6.15353>. De interés para el deslinde entre Ciencia jurídica y sociología del Derecho, Monereo Pérez, J. L. (2023). "La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado". *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (7), 225-301. <https://doi.org/10.24310/rejss7202317160>. De propio Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001 (Esta edición incluye también la Sociología del Poder y del Estado). En un sistema democrático de Estado de Derecho ningún poder jurídico puede ejercerse de manera irrazonable, toda vez que lo irrazonable no puede considerarse propiamente como "Derecho". Ello es especialmente significativo en la actividad judicial, la cual se ha de orientar a resolver las controversias jurídicas bajo el prisma de la racionalidad del Derecho atendiendo a los hechos que conforman la realidad jurídica.

80 Ehrling, E., "Respuesta a Kelsen" y "Réplica a Kelsen", en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 115-123, en particular pág. 121.

dominante con respecto a las reglas del deber ser, del llamado Derecho consuetudinario, el cual coincide, al menos parcialmente, con lo que yo califico de ‘Derecho vivo’⁸¹. Ehrlich subraya los hechos sociales en la producción normativa dentro de su concepción de la ciencia jurídica como rama de la sociología, por contraposición a Kelsen, para el cual la ciencia jurídica es típicamente una ciencia normativa distingua por su objeto a la sociología del Derecho.

En el cualquier caso, juristas como Gény, Pound (incluso la ciencia jurídica de Holmes) y Ross, percibieron la especificidad del Derecho dentro del más amplio campo de las ciencias sociales y jurídicas. Y partieron del presupuesto de que no se puede reducir la ciencia del Derecho a la sociología empirista del Derecho. Ciencia jurídica y sociología (incluida el subsistema de sociología del Derecho) pueden mantener una colaboración fructífera como disciplinas diferenciadas, con un diálogo permanente entre ambas. Esta frontera fue superada por el realismo jurídico radical y por el posterior Movimiento de *Critical Legal Studies Movement*⁸². Por su parte, la técnica jurídica se identifica con la “forma” aristotélica. Consiste en la obra artificial, en virtud de la cual el jurista ha de esforzarse en modelar lo que le ofrece el mundo, lo cual supone la dimensión artificial del Derecho, en cuanto es obra de construcción. Ese mecanismo de elaboración y de tratamiento del material jurídico para el adecuado gobierno de las relaciones sociales, es decir, para una idónea regulación de los problemas del Derecho. Es un proceso de racionalización mediante la construcción de categorías jurídicas. Tiene por objeto la actividad intelectual consistente en la construcción jurídica (que es representación a través de conceptos jurídicos) y remite en gran medida —con finalidades de ordenación social— a las fuentes *formales* de las reglas de Derecho, y designan a la expresión formal de la ordenación jurídica, esto es, a los conductos por los cuales estas reglas se manifiestan e imponen (la ley y la costumbre). Ello lleva a firmar a Geny que el Derecho no se identifica, no se agota en la ley positiva. Para la ciencia también vale que la *disposición jurídica tiene que ser manejada no como dogma rígido, sino como fuera viva*⁸³. Lo cual implica un cambio de “modelo de jurista”. Atributos constitutivos de

81 Ehrlich, E., “Respuesta a Kelsen” y “Réplica a Kelsen”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 115-123, en particular págs. 122-123.

82 Sobre esta corriente de pensamiento jurídico crítico, puede consultarse, Unger, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, E. U., Harvard University Press, 1986; Pérez Lledó, J.A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996; Robles Vázquez, J., y Tovar Silva, Y.G., *Teoría jurídica crítica norteamericana. Una introducción los Critical Legal Studies*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

83 En *Método*, descubre dos fuentes primarias del Derecho, la Ley escrita y la costumbre, y dos fuentes subsidiarias, la autoridad y la tradición. Agrégese que para Gény (*Méthode y Science et technique, passim*) todas las fuentes *formales* del Derecho positivo pertenecen al dominio de “lo construido” (*le construit*). En relación a ello, Georges Gurvitch entiende que las fuentes “formales o secundarias” no son más que procedimientos técnicos más bien artificiales, llamados a constatar una realidad jurídica preexistente e inmediatamente dada. Cfr. Gurvitch, G., *L’expérience juridique et la philosophie pluraliste, du droit*, París, EAP, 1935, págs. 52-53, *passim*. Para la concepción pluralista de las fuentes del Derecho en Gurvitch, véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, especialmente, Capítulo I (“La concepción pluralista del derecho: perspectivas filosófica y sociológica”), págs. 11 y sigs., y Capítulo IV (“Derecho social y sociedad democrática: el Derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa”), págs. 157 y sigs.; y Monereo Pérez, J.L., “Pluralismo jurídico y Derecho social. La sociología del Derecho de Gurvitch”, Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-XXLVI.

la técnica jurídica son la plenitud de determinación, perfecta adaptación, necesidad de realización, simplicidad, lógica o coherencia racional de los procedimientos y seguridad de los resultados. Es de significar la crítica a la concepción tradicional de las fuentes formales y, en relación a ello, la defensa de la “libre investigación científica del Derecho”. Para Gény, como para el programa de la Escuela científica en términos generales, pertenece a la técnica jurídica toda manifestación de una regla de Derecho, cualquiera que sea su fisonomía. La técnica jurídica designa, pues, “el conjunto de medios de cualquiera naturaleza, con los cuales se elaboran, aparecen, transforman, aplican y extinguen las reglas de Derecho”. Comprende igualmente “el lenguaje del Derecho, los caracteres formales de la ley y de la costumbre, las decisiones judiciales y los métodos de exposición de la doctrina”. En consecuencia, el elemento principal de la técnica jurídica viene constituido por las reglas de Derecho y las instituciones jurídicas consideradas en su expresión lógica y material⁸⁴. Pero al estar la técnica inescindiblemente ligada (vínculo destacado por Geny, a pesar de afirmar su teórica separación en el plano conceptual y metodológico) a la ciencia jurídica, no puede ser separada del análisis de los contenidos y del objeto de regulación.

Por último, el método, que realiza su función tanto respecto de la ciencia como en relación a la técnica, integra las directrices que guían al espíritu para percibir y conocer un objeto cualquiera del conocimiento humano, y llegar a poseerlo intelectivamente. En su proyección específica en la ciencia el método “concierte a la actividad del espíritu dirigida a descubrir, por los medios apropiados, los “datos” en que se contiene el elemento experimental y el racional del derecho”. En el dominio de la técnica refiere “a la elección de los procedimientos más adecuados para poner de relieve, en su expresión más perfecta, la regla virtual del derecho”⁸⁵. Con todo, para el autor los elementos formales y lógicos que se presentan a los juristas en el aparato exterior clásico del Derecho positivo son insuficientes por sí mismos para satisfacer los *desiderata* de la vida jurídica. Es por ello por lo que la jurisprudencia ha de buscar, fuera y por encima de estos elementos, los medios para cumplir enteramente su misión⁸⁶.

Nuestro autor buscar la aplicación del texto de la Ley en el sentido querido por el legislador (y otorga, al respecto, relevancia a los trabajos preparatorios y a los debates parlamentarios) y según las necesidades del tiempo histórico en el cual se enmarca el proceso de interpretación. Este método deja a la libre apreciación del intérprete un campo de acción mucho más amplio que el permite por el método tradicional de interpretación lógica. El orden jurídico es incompleto, presenta lagunas inevitables y el devenir del tiempo histórico exige una interpretación adecuada a las nuevas realidades emergentes en todo momento. E incluso cuando (y es éste sentido condicional sobre el que debe llamarse la atención en la concepción limitadamente creativa del juez en Gény) las fuentes formales del Derecho positivo (ley y costumbre) presenta lagunas o se revelan insuficientes para atender a la

84 Bonnecase, H., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, cit., pág. 209.

85 Hernández Gil, A., *Metodología del Derecho*, cit., pág. 166.

86 Véase Gény, F., *Metodo*, vol. II, cit., pág. 234.

solución los problemas jurídicos prácticos, el jurista ha de tener un amplio margen de “libre investigación científica”, la cual permite hallar los elementos objetivos para resolver los problemas de interpretación y “ajuste” del Derecho positivo. La libre investigación científica constituye un importante instrumento de para la extensión progresiva del Derecho. La libre investigación se presenta al mismo tiempo en una doble dirección: interroga a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases de la justicia; y se dirige a los fenómenos sociales extrayendo de ellos los principios de orden y armonía que demandan, y sirviéndose a este fin de los métodos aportadas por las otras ciencias sociales (sociología, economía, psicología, geografía, etcétera)⁸⁷ (*Método*). Lo cual supone una apertura hacia la cooperación entre juristas y cultivadores de la sociología, y asimismo un intento de utilizar el pluralismo metodológico en sentido fuerte.

Para Gény el Derecho es una función de la vida social y en parte la refleja y en parte la ordena y dirige. Por ello distingue en el Derecho lo que aparece como “lo dado” (manifestación de la vida social y objeto específico de la ciencia) y “lo construido” (obra del actuar humano y objeto específico de la técnica jurídica). Para Gény el Estado no es la única fuente de producción del Derecho positivo (monismo jurídico), sino que también existen otras fuentes de creación del Derecho por las fuerzas sociales y por la acción de ciertas comunidades con poder autónomo para crear Derecho (pluralismo jurídico)⁸⁸. Como él mismo observa que su obra *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (segunda edición de 1919) no sólo buscó ampliar la interpretación propiamente dicha de la ley escrita —fuente primordial del derecho positivo— según su sentido profundo y su finalidad, sino también justificar y legitimar las otras fuentes formales: la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, entre otras, así como proponer como fuente subsidiaria y complementaria una “libre investigación científica” que permitiera encajar las reglas jurídicas en los marcos de toda investigación que merezca ser considerada como una verdadera ciencia, asegurando así a esas reglas un valor superior a las contingencias que las provocan⁸⁹. Con la finalidad principio de precisar los medios de esta “libre investigación científica”, publicaría su obra “*Ciencia y técnica en derecho privado positivo*” (publicada en cuatro volúmenes, sucesivamente en 1914, 1915, 1921 y 1924). La esencia de ese trabajo está en distinguir, de entre los elementos de las reglas jurídicas, los que son ‘dados’,

87 De hecho, Gény mostró cierto interés por la sociología empírica, concibiendo la ciencia del Derecho como “metodología empírica”. En este sentido, Tanzi, A., “Gény e l’ análisis empírico del Diritto”, en *Sociología del Derecho*, núm. 2 (1988), págs. 7 y sigs.

88 Véase Ripert, G., *Les forces créatrices du Droit*, París, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1950, págs. 71 y sigs., con amplia referencia al pensamiento jurídico de Gény. El propio Gény, F., *Métodos de interpretación...*, op.cit., parágrafos 93 y 122 *in fine*. Véase Gurvitch, G., “Théorie pluraliste des sources et du droit positif”, en *Ann. Inst.Philos. du Droit et de Soc.Jurid.* (1934), págs. 114 y sigs. véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, especialmente, Capítulo I (“La concepción pluralista del derecho: perspectivas filosófica y sociológica”), págs. 11 y sigs., y Capítulo IV (“Derecho social y sociedad democrática: el Derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa”), págs. 157 y sigs.; y Monereo Pérez, J.L., “*Pluralismo jurídico y Derecho social. La sociología del Derecho de Gurvitch*” (2001), Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-XXLVI.

89 Gény, F., “Ultima Verba” (1951), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, traducción y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, págs. 87-107, en particular págs. 88-89.

sea natural, sea histórica, sea racional, sea idealmente y que, como tales, son el objeto de una ciencia verdadera; y, por otro lado, los que son 'construidos' por la voluntad humana y, en consecuencia, no son para el intérprete más que una técnica que deja espacio para un amplio poder de creación, de transformación, de desarrollo para llegar a preceptos infinitamente flexibles y variados⁹⁰.

En este sentido, contesta al *monismo* positivista subyacente al proceso de racionalización del Estado moderno, que se asentaba en la supresión de todos los ordenamientos jurídicos distintos al Estado (eliminación formal de la pluralidad de fuentes del Derecho); es decir, se basaba en la reducción de toda forma posible de Derecho perfecto al Derecho estatal legislado (el "derecho natural" era entendido como un "Derecho imperfecto")⁹¹. En realidad, junto al *Derecho creado* o *estatuído* (cuyo paradigma es la ley) existe un *Derecho implícito* (cuyo modelo es el llamado Derecho consuetudinario), la admisión de este último se vincula a la controversia que opone dos escuelas iusfilosóficas: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo⁹². Pero conjugar el Derecho creado y el Derecho

90 Gény, F., "Ultima Verba" (1951), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, traducción y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, pág. 89.

Es de interés la posición de Gurvitch, G., *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo XIX*, traducción, edición y Estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Colección Crítica del Derecho), 2005, págs. 143 y sigs. Señala Gurvitch que toda tentativa para erigir las "fuentes formales" en realidades absolutas (como el caso paradigmático del "fetichismo de la ley" estatal) sufre un fracaso definitivo, retrocede hasta los "hechos normativos" en la búsqueda del fundamento de la fuerza obligatoria del derecho positivo. Así en los debates sobre las fuentes del derecho positivo, toda una serie de juristas se aproximaron a esta idea y ante todo F. Gény (junto al cual hay que nombrar en este contexto a L. Duguit), sin hablar de la teoría de la institución de Hauriou. La distinción tan sugestiva establecida por Gény entre lo "dado" y lo "construido" (o más exactamente lo "técnico") en el Derecho, designa ante todo la oposición entre "fuente primaria" y "fuente secundaria o formal"; y el sabio Decano de Nancy extrae precisamente de esta oposición la conclusión de que todas las "fuentes formales", como "procedimientos técnicos" de constatación de los "datos previos", sólo tienen una significación muy relativa, y que la exclusividad de la ley estatal, como fuente del Derecho positivo, no puede en absoluto ser justificada. Aunque adopta una posición crítica respecto de la interpretación del Derecho social en cuanto especie del "derecho natural" y el postulado de considerarlo como principio moral de crítica del Derecho positivo, y no un verdadero Derecho, una realidad jurídica, y no simplemente un ideal hacia el cual esforzarse en dirigir el Derecho positivo. Según Gurvitch, el Derecho social tiene una estructura jurídica precisa. Se trata, en definitiva, de un sector importante del Derecho positivo (ya sea "formal" o "intuitivo") en cuanto realidad jurídica existente y diferenciada. Es un "derecho de integración social. Hace notar que la idea del Derecho social de integración se fundamenta, no en la separación de la "función social" del Derecho y de su estructura jurídica, diferenciadas una de la otra, sino precisamente en la introducción de esta "función social" en el interior de la estructura jurídica misma; la oposición entre los derechos de integración, de coordinación, de subordinación, no es precisamente más que una construcción jurídica de las diferentes funciones del Derecho. Para la concepción del Derecho social en Georges Gurvitch, véase ampliamente, véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, especialmente, Capítulo I ("La concepción pluralista del derecho: perspectivas filosófica y sociológica"), págs. 11 y sigs., y Capítulo IV ("Derecho social y sociedad democrática: el Derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa", págs. 157 y sigs.; y Monereo Pérez, J.L., "Pluralismo jurídico y Derecho social. La sociología del Derecho de Gurvitch", Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-XXLVI.

91 Pretendidamente esa eliminación de la pluralidad de fuentes del Derecho pretendía asegurar la certeza del Derecho contra la arbitrariedad, la igualdad formal, contra el privilegio, el Estado de Derecho, y en suma, contra toda forma de despotismo. En este sentido, Bobbio, N., "El modelo iusnaturalista", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Estudio Preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991, págs. 73 y sigs., en particular pág. 143.

92 Véase, al respecto, Fuller, L.L., *Anatomía del Derecho*, Monte Avila Editores, Caracas (Venezuela), 1969, págs. 78 y sigs. Para quien la historia del Derecho es, en gran parte, la historia de una evolución que va de una concepción del Derecho como inherente a las necesidades sociales, a la concepción que sostiene que el Derecho es el resultado de su promulgación deliberada (*Ibid.*, pág. 88).

implícito invita a conocer el Derecho como es realmente. Existen, en puridad, elementos implícitos del Derecho creado y elementos creados del Derecho implícito⁹³. Reconoce la importancia de la fuerza social en la lucha por la creación del Derecho, apreciando en el Derecho el fenómeno de integración de la fuerza en el orden jurídico que evite la violencia injusta y la degradación del derecho a la mera “política del poder” en el sentido afirmado críticamente por Ihering⁹⁴. Todo lo cual pone de relieve su antiformalismo y su apertura a los problemas típicos de la sociología jurídica.

Su doctrina de la “libre investigación científica” (que supone una participación del intérprete en el proceso descubrimiento y recreación del Derecho en acción) marca la línea de mayor distanciamiento con los métodos tradicionales de la Escuela de la Exégesis, y sigue —pero sin confundirse entre ellas— una línea de pensamiento jurídico que desde Ihering⁹⁵, pasando por Gény, alcanza a la jurisprudencia de intereses (Heck) y al movimiento del derecho libre (Kantorowicz)⁹⁶. Todas ellas vinculan íntimamente el Derecho con su base de realidad sociológica. Por lo demás, esa teoría, junto con la mayor proximidad del Derecho al resto de las ciencias sociales, actúa como elemento detonante e inspirador de muchos de las corrientes de pensamiento jurídico posterior. Geny insistió en la “función creativa” del juez y propuso la libre investigación en el cuadro de los límites científicos y no el poder ilimitado del juez. Ello supone que el juez al aplicar el Derecho se ha de poner en contacto con el conjunto de la realidad social. Ello ocurre unas veces porque es la propia la que invita al juez a entrar en el trasfondo de realidad de los institutos regulados; otras porque existen lagunas que obligan a una actividad creadora del juez y a realizar una libre investigación del Derecho aplicable al caso controvertido. Para Gény la función del intérprete es de naturaleza creadora y no meramente declarativa, aunque ciertamente no llegó a postular decididamente la competencia de la ciencia jurídica respecto a la utilización de todos los métodos propios de las demás ciencias sociales. Este modo de pensar no dejó de influir en diversas escuelas jurídicas realistas (movimiento del derecho libre; jurisprudencia de intereses...) e incluso, más de lejos, en el estilo del pensar sociológico⁹⁷.

93 *Ibidem*, págs. 103 y sigs., y 124 y sigs., respectivamente.

94 Véase Gény, F., “Justice et force. Pour l'intégration de la force dans le droit”, en *Études Capitant*, 1938; Gény, F., “L'evolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française”, en *Études Ripert*, t.I, 1950.

95 Significativamente, Gény reconoce la deuda intelectual que tiene contraída con el autor de *El Espíritu del Derecho Romano*. cfr. Gény, F., *Science et Technique*, vol. III, “nota del autor”, cit.,pág.VII.

96 Gény, como recuerda G. Fassó, en la 2ª ed.(1919) del *Méthode* añadió un *Epílogo* donde examina el movimiento del Derecho libre alemán, contemplándolo con cierta simpatía. Véase Fassó, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, t.III, Madrid, Pirámide, 1981, pág. 172.

97 Pueden verse las numerosas aportaciones, y la reconocida influencia del pensamiento de Geny que ellas reflejan, en AA.VV., *Recueil D'Estudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, 2 vols., París, Librairie du Recueil Sirey, 1934.

2. LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN GENY

“Nuestro saber forma un enorme sistema. Y sólo dentro de este sistema tiene lo particular el valor que le otorgamos”.

LUDWIG WITTGENSTEIN⁹⁸

Geny quiere afrontar el problema del *razonamiento jurídico* con extremada prudencia. Él pretende al mismo tiempo otorgar al juez un amplio margen en el enjuiciamiento individualizador de la ley, pero advierte inmediatamente (*Método*) de que no debe incurrirse en una *apreciación subjetiva* (se trata de reconocer la “libre investigación jurídica”, no propiamente de la elaboración de un Derecho libre al estilo del pensar del llamado movimiento del Derecho libre), debe de objetivarse esa decisión judicial, sin nunca sustituir un criterio firmemente establecido en la norma positiva. Debe colaborar, pero no desplazar al legislador; la flexibilidad judicial no debe entrañar arbitrariedad (como límite intrínseco del poder discrecional, el cual se ha de ejercer de forma razonable) o negación del principio de seguridad jurídica. Pero no deben seguir un procedimiento mecánico de interpretación de las disposiciones legales⁹⁹. En el fondo, esta constatación enlaza también con la idea de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general¹⁰⁰, y que éste moviliza el proceso judicial. Para Geny es un error creer que las teorías, con su mecanismo de conceptos, descartan las apreciaciones subjetivas y las soluciones arbitrarias. Un examen atento de las principales cuestiones de la jurisprudencia moderna así lo prueba. No las construcciones imaginarias, sino las convicciones y los intereses son las fuentes de inspiración de los preceptos jurídicos. En suma, la experiencia muestra que los problemas jurídicos deben resolverse teniendo en cuenta las realidades éticas o económicas que los condicionan. Esa vinculación entre la ley positiva (deber ser) y el caso controvertido perteneciente al “mundo” del ser, hace penetrar la realidad (los aspectos del ser) en el proceso de interpretación (que es comprensión) de la aquella ley aplicable. Ciertamente, Gény deseaba fundar una práctica científica del Derecho, es decir, una investigación científica y objetiva por el intérprete, por el Juez, de la significación que reviste la norma sometida a su interpretación. Pero aunque nuestro autor ha mostrado el carácter incompleto de la Ley y sus “silencios”, se ha objetado, con razón, que esta ambición es quimérica, si es aceptada en sus propios términos, ya que el sentido conferido a un texto no será nunca más que el resultado de opciones

98 Wittgenstein, L., *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 1988, párrafo 410.

99 Más adelante dirá Roscoe Pound que la administración de justicia, como proceso método de resolución de las controversias por parte de los tribunales que tiene poder para ello, no se trata “del proceso mecánico que el último siglo quiso que fuera y en el que vanamente se trató de convertir”. cfr. Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad., y estudio preliminar por J. Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

100 En este sentido Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1989, págs. 34 y sigs.

tomadas por su lector sobre el sentido de las inscripciones que contiene¹⁰¹. De cualquier modo, debe valorarse positivamente, el intento de Gény de salvar en el momento de la interpretación la objetividad de los resultados significantes, tratando de encontrarla en el reenvío a los “dato” y a su interna normatividad. Modo de pensar que conduce a reivindicar el papel activo del intérprete en la dinámica del proceso de interpretación, y en definitiva, el carácter siempre dialéctico en la relación del sujeto-intérprete y del objeto, lejos de falsas certezas apriorísticas.

Para el caso de existencia de lagunas, Gény apostó por otorgar fuerza de convicción a los datos reales o sociológicos sobre los que incidía la labor de investigación de la norma jurídica aplicable. El orden jurídico siempre presenta lagunas que deben ser llenadas por el juez del caso. Ante la insuficiencia de las fuentes formales del Derecho, el campo de la acción judicial debe ampliarse acudiendo a fuentes ajenas al Derecho positivo y concediendo un margen de libre discrecionalidad en cuyo marco puede desplegar una actividad creadora, el cual no puede ser ignorado tras la máscara de un razonamiento lógico-formal¹⁰². Sin embargo, ese margen de discrecionalidad razonable no debe suponer arbitrariedad y subjetivismo en la búsqueda de equilibrio entre intereses singulares y fines sociales implicados: él postula una libre decisión judicial basada en la “libre investigación científica” (concepto cuya paternidad sin duda le corresponde)¹⁰³. El reenvío o la remisión al “dato natural” o “real” permitió conceder relevancia jurídica significativa a muchos fenómenos sociales que las normas civiles no preveían o que previstos su esquema de regulación había derivado en inapropiado para atender a las cambiadas exigencias de la vida jurídica. No obstante, la crítica al logicismo jurídico, y la propuesta de abarcar la totalidad de la realidad de la vida jurídica no supone en Gény un desplazamiento de la ciencia del Derecho por la sociología jurídica, sino un intento de colaboración o incluso integración entre las distintas disciplinas encuadradas en las ciencias sociales. Esta *adaptación y puesta al día de la metodología* imperante, permitió no sólo cimentar una crítica severa al método de la abstracción aislacionista, sino también pudo servir precisamente para mantener intacto el orden legal establecido sin realizar una reforma legislativa del sistema de la codificación que se habría traducido necesariamente en una reforma política¹⁰⁴ de sus presupuestos ordenancistas, del tipo de orden implantado tras la revoluciones burguesas de inspiración en el liberalismo individualista (es dato incontrovertido que la Escuela Exegética construyó una doctrina jurídica propia del individualismo jurídico inherente al sistema del código de Napoleón).

Nuestro autor, por otra parte, no pudo permanecer ajeno a la idea de que el fundamento de la interpretación (término descriptivo de la actividad esencial del juez) de un texto o documento legal

101 En este sentido, Timsit, G., “Gény, le Juez et le silence”, en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20 (1991), monográfico sobre *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, cit., pág. 158; y más ampliamente del mismo autor, *Les noms de la loi*, París, PUF, 1991.

102 Véase Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, págs. 275 y sigs.

103 Esta idea-fuerza sería desarrollada amplísimamente por el “movimiento Derecho libre” y por “jurisprudencia de intereses”, que otorgan más peso en la decisión judicial a la actividad creadora del juez según las exigencias de la época o a la investigación o ponderación de los intereses implicados en el caso y subyacentes a la regla de Derecho.

104 Véase, en análogo sentido, Tarello, G., “La Escuela de la Exégesis”, cit., pág. 80.

es la *comprensión*, como es propio de las ciencias del espíritu o ciencias de la cultura, lo que implica que el intérprete no es un sujeto aislado, se inserta en el contexto vital y de la tradición de una determinada sociedad histórica¹⁰⁵. La comprensión determina que el juez no es un intérprete reproductivo, sino un agente que colabora activamente en la creación del Derecho, completando con la praxis el recorrido vital del Derecho positivo, aplicándolo correctamente al caso particular conforme al sentido a él incorporado y sin que ello suponga necesariamente una aprobación subjetiva de su contenido por parte del intérprete¹⁰⁶. La labor de comprensión se efectúa no abstractamente sino respecto de la situación *actual* específica del caso planteado. Gény era consciente de las aporías que presenta la discontinuidad entre el tiempo de creación del texto legal y el momento de su interpretación aplicativa, reflejo de una fungibilidad *real* de los órdenes legales (más allá de su vigencia formal). Toda actividad interpretativa de un texto normativo supone una apropiación actualizadora del sentido de ese texto por parte del intérprete para su proyección a posibles situaciones controvertidas que acontecen en su experiencia jurídica. El juez trata de adaptar y desarrollar los textos legales a fin de acomodarlos a las circunstancias del presente. La praxis jurídica pone de manifiesto la creación judicial del Derecho¹⁰⁷ y con ella la evidencia de la función crítica asumida por el juez en el Derecho moderno. En el caso de que las fuentes formales estatales no proporcionen una base suficiente o idónea para la solución del caso, el juez puede hacer reclamo de las fuentes extraestatales (sea mediante el reclamo de los principios jurídicos, sea mediante la figura de la naturaleza de la cosa). En tales casos la interpretación, como actividad comprensiva, puede ir más allá del significado histórico-originario de la norma estatal, buscando la justicia adecuada al caso controvertido: el sentido de lo justo incorporado abstractamente a la norma aplicable tiene que ser objeto de una interpretación adecuadora a las exigencias actuales de ordenación de la vida jurídica. Es una integración normativa del caso (u orientada al caso). De ahí la necesidad de un examen complejo de “lo dado” en conexión dinámica con “lo construido”. El juez con ayuda de la norma aplicable al caso ha de establecer, para la decisión del caso concreto sometido a su consideración, los criterios de enjuiciamiento que muchas veces extrae de la práctica jurisprudencial precedente más allá de la lógica jurídica estricta. Ello supone configurar el orden jurídico no como un sistema normativo cerrado sino como un sistema abierto y flexible (ampliando el ámbito o espacio de la racionalidad jurídica

105 Tal como había sido puesto de relieve en Alemania por Dilthey, al incluir el Derecho entre las ciencias acerca de los sistemas culturales. Dilthey, W., *Introducción a las ciencias del espíritu* (1883), México, FCE, 1978, espec., págs. 57 y sigs.

106 Para la crítica entre identificación de comprensión y acuerdo o aceptación del intérprete, véase, aunque a propósito de la crítica a la hermenéutica de Gadamer, Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, tomo 1, Madrid, Taurus, 1987, págs. 188 a 196.

107 Véase, desde un matizado realismo jurídico (especialmente influenciado por el realismo norteamericano de Roscoe Pound y Jerome Frank), Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Bosch, 1951, también referencias a la concepción de Gény sobre la actividad judicial. Se ha señalado igualmente, con apoyo en K. Engisch y W. Hassemer, que “El conjunto prescriptivo así configurado, no está pues contenido “desde siempre” en el ordenamiento. No hay deducción de algo implícito, sino interpretación constituyente, para el caso, del sentido de los textos. Así, interpretar no significa explicitar algo ya dado con el sistema, sino elaborar el sistema en la dimensión que concierne al caso real”. cfr. Saavedra, M., *Interpretación del Derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Granada, Publicaciones de la Universidad, 1978, pág. 62. Asimismo, Saavedra, M., *Jurisdicción y Derecho*, México, D.F., 2007, págs. 25 y sigs., y 41 y sigs.

posible, y permitida; donde el razonamiento teleológico o finalista tiene un uso mayor, orientada al servicio de los fines que se consideran dignos de ser promovidos), por contraposición a la pretensión codicística originaria de instaurar un sistema cerrado y estático (el mito de la complitud y de la invariabilidad del Derecho, que mal se compadece con la existencia de lagunas y la mutabilidad del Derecho); no así con un sistema abierto y flexible que establece una regulación adaptable a la variabilidad de los problemas prácticos. Frente a la noción dogmática de sistema se propone una forma de pensamiento más orientada al problema práctico que se pretende resolver, por ello las soluciones pueden ser moduladas según las características del caso controvertido¹⁰⁸. La labor del juez se vincula así con la dinámica social. En algunas reflexiones de Gény se entrevé el intento de atender a los condicionantes sociales y económicos de la actividad judicial, énfasis en la interpretación que se perfilaría de forma más decidida por el movimiento del Derecho Libre¹⁰⁹, frente a la pretensión de otorgar al juez una función racionalista instrumental típicamente reproductiva de las prescripciones de la ley, moviéndose siempre en el marco estrictamente establecido por dicha ley. No es necesario ver en esto una anticipación desde lejos de los postulados posteriormente desarrollados por las direcciones hermenéuticas del pensamiento contemporáneo, pero en un sentido metodológico diferente al utilizado por las ciencias del espíritu¹¹⁰.

Por lo demás, en otro orden de ideas, la búsqueda de los hechos (*fact-finding*) está preconditionada por el lado valorativo¹¹¹. En efecto, lo que el jurista llama un caso "es, desde luego, todo salvo una descripción neutral de problemas acaecidos en la realidad"¹¹². Tanto la norma positiva como él propio jurista existen en una sociedad históricamente dada y determinada. El caso y su construcción puede ser descrito como coherente desde el punto de vista de su *determinabilidad conforme a las*

108 Estas ideas serían llevadas hasta sus últimas consecuencias por la tónica jurídica como modo de pensamiento refractaria a la noción del Derecho como sistema rígido y estático. Véase los desarrollos en dos obras fundamentales del pensamiento jurídico contemporáneo, Wiehweg, *Tópica y jurisprudencia*, cit., y Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.

109 Véase Kantorowicz, H., "La lucha por la ciencia del Derecho" (1906), en AA.VV., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1949. Pero entendiendo, que la "ciencia jurídica es voluntarista" (*Ibid.*, págs. 342 y sigs., y pág. 325 de su "Índice material"), algo que nunca podría admitir Gény.

110 Sobre el tema puede verse Saavedra, M., *Interpretación del Derecho e ideología*, Granada, publicaciones de la Universidad de Granada, 1978; Schroth, U., "Hermenéutica filosófica y jurídica", en Kaufmann, A. y Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, págs. 287-309; Zaccaria, G., "La jurisprudencia como Fuente del Derecho: una perspectiva hermenéutica", en *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 93-117; Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004. La base filosófica fundamental está en la obra magistral de Gadamer, H.G., *Verdad y método*, Tomo I y Tomo II, 4ª ed., trad. A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1990-2000. Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, Monereo Pérez, J.L., "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social", estudio preliminar a Pound, R., *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII; Monereo Pérez, J. L. (2023). "El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 14(1), 1-60. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8865>.

111 Téngase en cuenta, por otra parte, que los mismos hechos no son algo fijo o de variación perfectamente conocida, sino cambiante. En este sentido Capella, J.R., *El Derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, pág. 250.

112 Véase Roermund, B. V., *Derecho, relato y realidad*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 36 y *passim* (capítulo II, sobre la coherencia narrativa y los hechos del caso).

categorías jurídicas preestablecidas, formalizadas específicamente a través de la dogmática jurídica y mediatizadas por una inevitable identidad sociopolítica del común sentir y del grupo socio-profesional en que se desenvuelve el proceso decisorio del caso en cuestión. Pero a ese conocimiento jurídico-crítico de la praxis judicial, sobre el conocimiento previo estándar y precondiciones relevantes en las decisiones judiciales, no llegó Gény. Pero sí apuntó algunas líneas que pudieron permitir la desvinculación relativa del juez respecto de la norma positiva y su afirmación de un margen de discrecionalidad en la aplicación del Derecho positivo en los casos particulares enjuiciados. Tampoco incidió sobre la función político-social del juez como sujeto integrado en el mundo histórico¹¹³. Sí consiguió, en cambio, romper el círculo vicioso representado por la vinculatoriedad racionalistas del juez a la ley a través del reclamo de la libre investigación científica que permite establecer un nexo dinámico entre el juez-intérprete y la realidad social “dada” como base reflexiva de “lo construido” que la tiene como objeto. Con la particularidad dialéctica que lo construido (la norma positiva) puede ser modulado y adaptado por el juez en el proceso de decisión judicial. Ello le hace “vulnerable” al cúmulo de contradicciones presentes en la sociedad histórica¹¹⁴.

Con todo a pesar del respecto —y cierta adhesión, aunque con severos correctivos (“antídotos”) antiformalistas— que todavía hacía Gény al “legalismo jurídico” Gény pudo llegar a dos conclusiones fundamentales que deben ser entrelazadas: por un lado, demostró la falacia de la doctrina del monopolio de las fuentes del Derecho por parte del poder estatal, porque existen fuentes extraestatales de creación de Derecho. Por otro lado, hay una actividad creativa del juez en la interpretación del Derecho. Gény entiende que “Los elementos puramente formales y lógicos... (o sea, de la ley escrita) son insuficientes para satisfacer la *desiderata* de la vida jurídica. De donde resulta como

113 Como ha sido advertido, no se puede poner en duda el carácter intrínsecamente político de la función de los tribunales de justicia. En el fondo, “lo que está en juego aquí es una prolongación no lineal del ejercicio del poder del Estado, algo que, por lo demás, se hace evidente en la expresión “poder judicial”. cfr. Saavedra, M., *Interpretación del Derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Granada, Publicaciones de la Universidad de Granada, 1978, pág. 185. Afirma también la función política del intérprete tras la ruptura del “modelo sistemático” de interpretación jurídica, Tarello, G., “Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete”, en Barcellona, P. (Dir.): *L’uso alternativo del diritto*, t. I, Roma-Bari, Laterza, 1973, págs. 59 y sigs.

Con todo, teniendo en cuenta, no obstante, que esa prolongación e interconexión funcional de poder públicos (legislativo y judicial) ha de operar sobre la base de los límites de operatividad que impone deducir del Estado democrático-constitucional.

114 Es manifiestamente injusta la infravaloración de la aportación metodológica de Gény realiza por el célebre filósofo del Derecho Michel Villey, cuando este afirma, sin aportación una mínima demostración de la veracidad de sus objeciones, que Gény se limitó a “tomar” prestada las contribuciones hechas por la doctrina alemana, formando con todo ello un “conjunto” que “constituye una *mezzcla* aceptable para los juristas... Pero es de una extrema incoherencia”. Para él Gény se limitó a ofrecer “una excelente *compilación*” de las superabundantes producciones de esta metodología alemana (básicamente eclécticas). cfr. Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. I, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1979, págs. 35-36. Quizás esta crítica esté mediatizada por una previa inclusión de Gény en las teorías eclécticas sin más. Y es cierto que, como él afirma, el eclecticismo no resuelve nada. Cuando se toma una guía se le pide que indique el camino que se ha de seguir, no varios caminos divergentes ante los cuales deja la dificultad de la elección (*Ibid.*, pág. 36). Quizás esta crítica esté mediatizada por una previa inclusión de Gény en las teorías eclécticas sin más. Y es cierto que, como él afirma, el eclecticismo no resuelve nada. Cuando se toma una guía se le pide que indique el camino que se ha de seguir, no varios caminos divergentes ante los cuales dejan la dificultad de la elección (*Ibid.*, pág. 36).

consecuencia inevitable que la jurisprudencia ha de buscar, fuera y por encima de estos elementos, los medios que necesita para llevar a cabo toda su misión. He aquí el principio esencial de mi tesis” (*Método*). Él establece una conexión manifiesta entre los elementos presente en el título de su obra más determinante: la “interpretación” y “fuentes” del Derecho; ambas conducen o llevan, de distinto modo, al resultado de una complejización del problema de la creación del Derecho y, en suma, a un enriquecimiento de la problemática de las fuentes jurídicas en el Derecho contemporáneo.

A los grandes juristas —como Gény— hay valorarlos no sólo por lo que efectivamente contribuyeron al avance la ciencia jurídica, sino también por los caminos que abrieron y la influencia que ejercieron. Geny tuvo un impacto extraordinario el progreso de la ciencia del Derecho, por más que algunos juristas pretendan ignorarlo, la realidad es que trabajan sobre sus hombros.

El desarrollo de la ciencia jurídica ha sido inmenso, como lo ha sido en la teoría jurídica y las diversas concepciones del razonamiento jurídico. Es suficiente recordar las aportaciones extraordinarias de la hermenéutica jurídica y las corrientes del realismo jurídico europeo y estadounidense¹¹⁵.

De estas direcciones renovadoras del pensamiento jurídico interesa singularmente a los efectos de esta investigación las aportaciones de la “teoría estructuradora o estructurante del Derecho”. Corresponde a Friedrich Müller el mérito de haber creado la teoría estructuradora del Derecho, con el fin de ofrecer herramientas de innovación al mundo jurídico de corte de orientación “postpositivista”. Esta concepción toma como base el trabajado de los operadores jurídicos como acción concreta de seres humanos. Está fundamentada en el ámbito de la teoría de la acción y adopta un abordaje pragmático del lenguaje. La norma jurídica es la construcción que realiza todo operador jurídico con los elementos que le aporta la realidad y los textos normativos. En ese proceso los derechos fundamentales funcionan como garantía material de esta labor¹¹⁶. Los profesionales del Derecho deben decidir casos complejos, controversias jurídicas que se plantean en cada momento. La teoría estructuradora del Derecho asume el reto de elaborar una teoría de esa práctica jurídica. Según Müller “la positividad del Derecho está regularmente ligada a hechos concretos de la realidad social, a partir de los cuales ella bosqueja intelectualmente determinados casos típicos y grupos de casos, y los provee con determinadas consecuencias jurídicas. La legislación, así como la existencia de la

115 Zaccaria, G., “La jurisprudencia como Fuente del Derecho: una perspectiva hermenéutica”, en *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 93-117; Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004. La base filosófica fundamental está en la obra magistral de Gadamer, H.G., *Verdad y método*, Tomo I y Tomo II, 4ª ed., trad. A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1990-2000. Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, Monereo Pérez, J.L., “La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social”, estudio preliminar a Pound, R., *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII; Monereo Pérez, J. L. (2023). “El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 14(1), 1-60. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8865>.

116 Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020, en síntesis, págs. 267 y sigs.

normatividad general anticipa una parte del futuro”¹¹⁷. Entiende que “la realidad de la convivencia histórica entre seres humanos, la que precisa siempre ser nuevamente regulada y mantenida en orden, no es objeto, pero sí fundamento y parte integrante de la estructura normativa”¹¹⁸. La norma ha de ser entendida como un elemento ordenador del modelo obligatorio amplio y ser racionalmente tipificada.

Hay que tener en cuenta que lo que se pretende es que la teoría estructurante del Derecho no sea solamente una nueva concepción teórica del Derecho, sino una concepción innovadora del Derecho. Es así, que resultaría de una “concepto postpositivista de norma jurídica, en el sentido de que la norma jurídica será producida en cada proceso particular de solución jurídica de un caso, en cada decisión judicial. Como hace notar Müller, por lo demás, es parte constitutiva de la norma el *ámbito normativo*, es decir, el conjunto parcial de todos los hechos relevantes (ámbito fáctico) como elemento que sostiene la decisión jurídica como *Derecho*. Así, la antiquísima dicotomía entre “ser” y “deber ser” finalmente es superada desde la perspectiva pragmática y operacional. La “norma jurídica” se hace, de esa manera, para un complejo concepto, compuesto del ámbito y del programa normativos (es decir, del resultado de la interpretación de todos los elementos lingüísticos). De ello resulta, que “concretización” de la norma no significativa configurar de manera “más concreta” una norma jurídica general y abstracta, que ya estará en el texto legal. La concretización —según Müller— es, realísticamente considerada, la construcción de la norma jurídica en el caso concreto. La norma no existe —al menos en el sentido de completa, íntegra— *ante casum*, sino que solamente se construye *in casu*. La norma jurídica es la formulación general de la decisión jurídica; la formulación individual (es decir, el contenido de la decisión) se llama “norma de decisión” (que es también un texto). Esta concepción tomaría en serio el trabajo jurídico como *acción concreta* de los seres humanos que actúan como operadores jurídicos. Sería Derecho en acción. Está fundamentada en el ámbito de la teoría de la acción y adopta un abordaje pragmático del lenguaje: todo trabajo jurídico ocurre dentro del lenguaje; es una forma especial de lenguaje, un conjunto específico de juegos de lenguaje. De este modo, para la *elaboración de la norma jurídica*, para su construcción con base en el caso jurídico y en los textos normativos, el jurista necesita tanto de elementos lingüísticos como también de elementos reales) esa es la realidad de la actividad cotidiana de toma de decisiones jurídicas). El resultado de la interpretación de todos los datos lingüísticos es un resul-

117 Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020, pág. 255, con referencia a Husserl. Señala que “el boceto previo de la realidad que determina el programa normativo altera las estructuras que sobresalen de la realidad social, convirtiéndolas en estructuras autónomas posibles en lo real, o sea, estructuras metódicamente posibles de ser calificadas y comprendidas intelectualmente. A partir de la normatividad eso ya resulta del hecho de que las estructuras del ámbito normativo, en caso de su alteración o del tratamiento indiferenciado por parte del programa normativo, se vuelven elementos estructurales normativos de normas jurídicas y, en el caso de su reconocimiento y garantía, como en los derechos a la libertad, se vuelven además un fundamento material de derechos. Las estructuras materiales que emergen como componentes de un ámbito normativo no son “naturales”, en el sentido de la idea de una libertad extrajurídica y preestatal” (*Ibid.*, pág. 256).

118 Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020, pág. 257.

tado intermediario y provisional, denominado *programa normativo*. El jurista constituye el “ámbito normativo” al someter los hechos a un doble examen basado en el programa normativo. Primero, cabe interrogarse sobre si esos hechos continúan siendo relevantes para el programa normativo elaborado. En segundo lugar, sobre si son compatibles con el contenido del programa normativo. En caso afirmativo, el interrogante adicional es si pueden, en seguida, ser justificadamente incorporados en la decisión. Esto debe ser pasible de control en el Estado democrático de derecho, en virtud de la nítida presentación del argumento. Los operadores del derecho que deciden casos complejos ya trabajan de esa manera en la práctica. No obstante, eso no es lo que afirman las teorías tradicionales. La teoría estructuradora del derecho —que es una teoría de la práctica— tiene como reto elaborar esa reflexión¹¹⁹.

Con ello, Müller construye una teoría estructurante del derecho que se sitúa en una dimensión que irá más allá del positivismo legalista —que recuérdese es una de las formas primarias de la más amplia corriente del positivismo, el cual comprende, por ejemplo, al llamado positivismo incluyente—, para abrazar una nueva forma de realismo jurídico normativista. El cual implica una superación de la separación y oposición tradicionales entre las esferas del “ser” y del “deber ser”, la más que secular reducción del Derecho a leyes, conceptos, categorías jurídicas y signos abstractos, la hermenéutica heredada (y también ese cortocircuito del “círculo hermenéutico”), sobrepasa el “sistema” y el “orden jurídico” separado de la realidad en cuanto ni uno ni otro se han mensurado con ella y permanecen por tanto estáticos e ilusorios, por ser propios de una “filosofía perezosa”. Este proyecto de la Teoría Estructurante del Derecho y de la Concepción de los Métodos, que pertenece a una teoría de la acción y está orientado a la práctica, sería la guía para seguir por los operadores jurídicos en sociedades complejas como las existentes en la coyuntura histórica actual¹²⁰. Entre norma y proceso de aplicación/interpretación existe una conexión intrínseca. Importa no sólo la norma en su textualidad de origen, sino ante todo la norma como resultado de un proceso dinámico y concreto de aplicación.

No es baladí hacer notar los puntos de conexión —más allá de algunas diferencias específicas— de Müller con Lombardi Vallauri. Para éste la actividad judicial no es un mero episodio cognoscitivo externo a la realidad de norma: es una intervención sobre la norma, una fase de la misma vida de la norma, un ulterior momento jurisprudencial a través del cual la norma se dispone a pasar para poder gobernar la acción. La jurisprudencia, con su concreto modo de obrar, nos enseña que la norma,

119 Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020, págs. 301-302.

120 Müller, F., *Métodos de trabajo del derecho constitucional: fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico*, trad. S. Gómez de Arteche y Catalina, Marcial Pons, 2006; Müller, F., “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, Trad. L. Villacorta Mancebo, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 27 (1989), págs. 111-126. Su enfoque, no ha cambiado en lo principal, mantiene, entre otras aseveraciones, que la teoría estructurante de la norma es postpositivista, esto es, considera que supera el positivismo jurídico tradicional, señaladamente, el que identifica la norma con su mera expresión lingüística. Su teoría sería opuesta a la positivista legalista pues se autocalifica como una teoría de la norma abierta y vinculada a la realidad social. Lo cual dota de una dimensión empírica y iusrealista.

también aquella que se considera desde su inicio coherente y completa, debe atravesar sucesivas elaboraciones para alcanzar el estado de producción finito¹²¹.

Ni la teoría estructurante del Derecho, ni el iusrealismo de Lombardi, puede equipararse al realismo jurídico más radical (de Llewellyn o de Jerome Frank). Pero si encuentra puntos de conexión con Roscoe Pound, porque todos ellos asumen la normatividad del Derecho, aunque la "jurisprudencia sociológica" de éste sobrepasa al normativismo abierto de Gény o de Lombardi¹²². Esta proximidad se comprende ante la posición de Lombardi hacia el movimiento de Derecho libre (lo que él denominada "iusliberismo"). Para él el jurista positivo se ve obligado al recurrir al derecho libre, es decir, al conjunto de criterios de integración de los cuales el jurista, al aplicar el Derecho positivo, y en particular la ley, se ve forzado a recurrir dada la insuficiencia o el carácter incompleto del mismo Derecho positivo. El movimiento de derecho libre nace como reacción a la padectística y los excesos del positivismo legalista. Este movimiento de pensamiento jurídico realiza un esfuerzo de justificación de valores metapositivos en el proceso de toma de decisiones judiciales. El "iusliberismo" (movimiento de derecho libre muestra la caída del positivismo legal absoluto y su superación teórica desde el interior del Derecho, no en nombre del derecho natural o ideal, o de los derechos particulares o social —de la pluralidad del ordenamiento jurídico—, sino en nombre del mismo derecho positivo aplicado por los tribunales del Estado, respetando los principios de la normal subordinación del juez a la ley, de la certeza del Derecho, del deber para el juez de no asumir una posición revolucionaria o partidista. El jurista tiene —y ha de ser así— un insuprimible margen de libertad en el desarrollo de su actividad¹²³. Precisamente Gény fue uno de los máximos precursores del movimiento de derecho libre y de la "libre investigación científica"¹²⁴. Pero teniendo en cuenta que el iusliberismo que postula Gény es típicamente normativista y centra su atención en el proceso de concretización libre de la norma, pero respetando la secuencia lógica entre la norma y la libre interpretación, en consideración la complejidad de realidad y el desarrollo evolutivo del orden social¹²⁵, el cual no puede

121 Lombardi Vallauri, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pág. 513.

122 Véase Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, Capítulo I ("Orígenes y caracteres del realismo jurídico americano"), 1-67, distinguiendo, entre otras cuestiones fundamentales, entre la locución "realismo jurídico" en general y el "realismo jurídico americano en cuanto denominación de una corriente de pensamiento. También sobre los caracteres del realismo jurídico realizada desde una lectura "naturalista" por Leiter, B. «Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence», 76 Tex. L. Rev. 270, 1997; Leiter, B., *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2012. [Versión original: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007].

123 Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, Capítulo III ("Il Giusliberismo" [Movimiento de Derecho Libre]), págs. 201-370.

124 Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de Raimundo Saleilles, edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico-jurídico de Gény" (2000) (pp. pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, especialmente, Capítulo II ("La libre investigación científica"), págs. 409 y sigs.

125 Aunque desde una perspectiva más general la complejidad creciente de los sistemas sociales y jurídicos incide en todas las dimensiones del fenómeno jurídico. Puede consultarse, Arnaud, A.-J., *Entre modernidad y globalización*, trad. N. González Lajoie, Bogotá, Univesidad Externado de Colombia, 2000, págs. 23 y sigs., 55 y sigs. 161 y sigs., y 239 y sigs. Santos, B. DE S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, trad. Martín Ramírez, C., y otros, Nota introductoria y revisión de la traducción de C. Lema Añón, Madrid, Trotta, 2009, págs. 29 y sigs., y 131 y sigs., 454 y sigs.

ser cosificado para siempre en un código entendido como un orden estático e inflexible. En etapas disruptivas de la historia viene exigido repensar el Derecho y su rol en la sociedad. Ya resulta harto significativo que se hable propiamente —pero a menudo con cierta ligereza— de la orientación hacia un “postmodernismo en Derecho”¹²⁶.

No sólo el intérprete tiene que hacer frente a distintas soluciones alternativas, sino que también ha de tomar en consideración los cambios sociales —los hechos sociales— frente a los que ha de aplicarse una normativa abstracta nacida antes de que se hayan producido. Este enfoque más propio de un normativo realista, e lo que le diferencia del realismo norteamericano más radical en sus postulados respecto al lugar de la decisión del jurista y su vinculación a la normatividad preexistente (Benjamín N. Cardoso, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn)¹²⁷. El Derecho moderno siempre se ha movido en una permanente tensión entre estabilidad y contingencia, tanto más en sociedades complejas. Esta realidad histórica plantea la crisis de los modelos dominantes de la cultura jurídica y la consiguiente exigencia de renovación de los modelos de regulación a cuyos dilemas ha de responder la ciencia jurídica, en su doble dimensión de política del Derecho y de instrumentación técnico-jurídica. Y para ello se ha de reclamar la función social del jurista. En este contexto discursivo interesa recordar que para Gény —y en esto su teoría del Derecho adquiere una dimensión fundacional, por decirlo expresivamente— el Derecho positivo no es algo que se nos ofrezca “dado”, sino “construido” desde la teoría jurídica y la política del Derecho.

3. BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

AA.VV., *Recueil D'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, 2 vols., Librairie du Recueil Sirey, 1934.

Alexy, R., *El concepto y validez del derecho*, trad. J.M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.

Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Amselek, P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, París, 1964.

Arnaud, A-J., *Entre modernidad y globalización*, trad. N. González Lajoie, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

¹²⁶ Arnaud, A-J., *Entre modernidad y globalización*, trad. N. González Lajoie, Bogotá, Univesidad Externado de Colombia, 2000, págs. 239 y sigs.

¹²⁷ Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, Capítulo I (“Orígenes y caracteres del realismo jurídico americano”), págs. 1-67; Malminen, T., *Los orígenes intelectuales del realismo jurídico*, trad., e Introducción de F.J. Campos Zamora, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. Con amplia cita bibliográfica a la que desde aquí se hace remisión. Asimismo, Leiter, B., *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2012. [Versión original: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007].

- Betti, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (1971), trad., y Prólogo de J.L. De los Mozos, Madrid, Edersa, 1975.
- Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de A. Ruíz Miguel, 1980.
- Bobbio, N., "El modelo iusnaturalista", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Estudio Preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991.
- Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, trad. R. De Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993.
- Bobbio, N., "La naturaleza de las cosas", en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, traducción y edición de A. Ruíz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980.
- Bonnetcase, H., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*.
- Capella, J.R., *El Derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968.
- Capograssi, G., *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- Carbonnier, J., *Sociología jurídica*, Tecnos, Madrid, 1977.
- Carcattera, G., *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, 1969.
- Clavero, B., "El método entre infieles o el Código en España".
- Clemente De Diego, F., *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (1925), edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio" (págs. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2016.
- Coing, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961.
- Costa, P., "L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e noventa", en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20, 1991.
- Dabin, J., *Teoría general del Derecho*, Edersa, Madrid, 1955.
- De la Cuesta Saenz, J.M., "Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española", en la misma revista.
- De los Mozos, J.L., "Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gény", en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20, 1991.
- Di Carlo, E., "Il diritto naturale nel sistema di interpretazione di F. Gény".
- Di Carlo, E., "Le droit naturel dans le système d'interprétation de Gény", y Sedlacék, J., "L'oeuvre de François Gény et la science du droit pure", en AA.VV., *Recueil D'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, vol. 1, Librairie du Recueil Sirey, París, 1934.
- Dworkin, R., *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012.
- Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Ehrlich, E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976.

Ehrling, E., "Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre" (1989-1903), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Ehrling, E., "Respuesta a Kelsen" y "Réplica a Kelsen", en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903).

Ehrling, E., "Sociología y jurisprudencia" (1906), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Esser, J., *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, en *Nuova Riv.di Dir. Comm.*, V, 1952.

Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1956), trad. E. Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961.

Fassó, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, t.III, Madrid, Pirámide, 1981.

Frank, J., *La influencia del Derecho Europeo Continental en el "Common Law"*, trad. José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1957.

Frank, J., *Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1930.

Franklin, M., "M.Gény and juristic Ideals and Method in the Unites States".

Friedrich, C.J., *La filosofía del Derecho*, FCE, México D.F., 1964.

Fuller, L.L., *Anatomía del Derecho*, Monte Avila Editores, Caracas (Venezuela).

Gadamer, H.G., "La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas" (1960), en Gadamer, H-G., *Verdad y método*, Tomo II, 4ª ed., Sígueme, Salamanca, 2000.

Gadamer, H.G., *Verdad y método*, vol. 2, 8ª edición, Sígueme, Salamanca, 1999 (Tomo I. 8ª ed.), 2000 (Tomo II, 4ª ed.).

Geiger, T., *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

Gény, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. I, Paris, Sirey, 1914.

Gény, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. II, Paris, Sirey, 1915.

Gény, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. III, Paris, Sirey, 1921.

Gény, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. IV, Paris, Sirey, 1924.

Gény, F., "Justice et force: pour l'intégration de la force dans le droit", *Études à la mémoire d'Henri Capitant*, París, 1939.

Gény, F., «L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française», *Études offertes à G. Ripert*, París, 1950.

Gény, F., "La notion de droit en France", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, núms.1-2, 1931.

Gény, F., "Los métodos de elaboración del derecho civil", en AA.VV., *Les méthodes juridiques*, París, 1911.

- Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de R. Saleilles, edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico-jurídico de Gény", 2000, (págs. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- Gény, F., "El conflicto del Derecho Natural y de la Ley Positiva" (1929), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, trad. y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.
- Gény, F., "La laicidad del Derecho Natural" (1933), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, trad. y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.
- Gény, F., "Justicia y fuerza (para la integración de la fuerza en el Derecho)" (1939), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, trad. y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.
- Gény, F., "Ultima Verba" (1951), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, trad. y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.
- Gierke, O.von., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, conferencia pronunciada en Viena, el día 5 de abril de 1889, y reeditada después, *Deutsches Rechtsdenken*, colección dirigida por E. Wolf, cuaderno 12, Frankfurt/M, 1949.
- Gierke, O.V., *La función social del Derecho privado y otros estudios*, trad. J.M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de O.V. Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas" (págs. IX-LXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015.
- Gierke, O.V., *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Civitas, Madrid, 1982.
- Gierke, O. V., *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de J. Irazusta, Huemul, Buenos Aires, 1963.
- Gierke, O. V., *Teorías políticas de la Edad Media*, edición de F. W. Maitland, estudio preliminar de B. Pendás y traducción del alemán y del inglés por P. García-Escudero, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.
- Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Guastini, R., "Interpretación judicial y creación del derecho", en Guastini, R., *Lecciones de teoría del Derecho y del Estado*, trad. J.J. Monroy Palacios y M. Monroy Palacios, Lima, Communitas, 2010.
- Gurvitch, G., *Elementos de Sociología Jurídica*, Edición crítica española y Estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch" (pp.XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2001.
- Gurvitch, G., *Eléments de sociologie juridique*, París, 1940.
- Gurvitch, G., *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo XIX*, traducción, edición y Estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", de J.L.Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Colección Crítica del Derecho), 2005.
- Gurvitch, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, París, 1935.

- Gurvitch, G., *L'idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*, Préface de Louis le Fur, Librairie du Recueil Sirey, París, 1932 (reimpresión alemana, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972).
- Gurvitch, G., "Théorie pluraliste des sources et du droit positif", en *Ann. Inst. Philos. du Droit et de Soc. Jurid.*, 1934.
- Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del Derecho. Obras completas*. Tomos I y V, Madrid, Espasa-Calpe, 1987-1988.
- Habermas, J., "Derecho y Moral", en Sobrevilla, D. (Comp.): *El derecho, la política y la ética*, Siglo XXI, México, 1991.
- Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. e introducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.
- Heck, *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Enteza (Manuel Sacristán Luzón), edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 1999.
- Husserl, E., *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, trad. J. Muñoz y S. Mas, Editorial Crítica, Barcelona, 1991.
- Ihering, R., *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por E. Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, "Ihering, ensayo de explicación" (págs. XVII-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, 1ª edición, 1998, 2ª edición, 2011, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011.
- Jellinek, G., *Fragmentos de Estado*, trad. J. Herrero de Miñón y otros, Civitas, Madrid, 1981.
- Kantorowicz, H., *La definición del Derecho*, trad. J.M. de la Vega, Madrid, Revista de Occidente, 1964.
- Kantorowicz, H., *La lucha por la ciencia del derecho*, en AA.VV., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- Kantorowicz, H., *Rechtswissenschaft und Soziologie*, ed. de Würtenberger, 1962.
- Kocourek, A., "Libre recherche in America", en AA.VV., *Recueil...*
- Leiter, B., *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012. [Versión original: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007].
- Leiter, B., "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", 76 Tex. L. Rev. 270, 1997.
- Levi, E.H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1971.
- Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975.
- Malminen, T., *Los orígenes intelectuales del realismo jurídico*, trad., e Introducción de F.J. Campos Zamora, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Manfred Rehbinder, *Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, Pirámide, Madrid, 1981.
- Mayda, J., *François Gény and Modern Jurisprudence*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1978.

- Menger, A., *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998.
- Menger, A., *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.
- Mengoni, L., *Interpretazione in nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, USPI, Milano, 1985.
- Monereo Pérez, J.L., "Anton Menger", en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2021.
- Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020.
- Monereo Pérez, J.L., "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke", *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2020.
- Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento científico-jurídico de Gény" (2000), estudio preliminar a Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de R. Saleilles, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- Monereo Pérez, J.L., "El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 14, núm. 1, 2023.
- Monereo Pérez, J.L., "El jusrealismo de Roscoe Pound: teoría del derecho como "ingeniería social" y "jurisprudencia sociológica", *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 2025.
- Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento científico jurídico de Gény" (págs. XVII-LXXV), Estudio Preliminar a Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- Monereo Pérez, J.L., "El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11, 2017.
- Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1999.
- Monereo Pérez, J.L., "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social", estudio preliminar a Pound, R., *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.
- Monereo Pérez, J.L., "La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022.
- Monereo Pérez, J.L., "La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, <https://doi.org/10.24310/rejls7202317160>.

- Monereo Pérez, J.L., "Legitimación y racionalización del derecho y del poder en la sociología jurídica de Max Weber", en *Revista Derecho del Trabajo (La Ley-Uruguay)*, núm. 40, 2023.
- Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.
- Monereo Pérez, J.L., "Pluralismo jurídico y Derecho social. La sociología del Derecho de Gurvitch", Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2001.
- Monereo Pérez, J.L., "Sociología crítica del derecho y teoría jurídica en Hans Kelsen", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023, <https://doi.org/10.24310/rejls.vi6.15353>.
- Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- Müller, F., *Métodos de trabajo del derecho constitucional: fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico*, trad. S. Gómez de Arteché y Catalina, Marcial Pons, 2006.
- Müller, F., "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", trad. L. Villacorta Mancebo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.
- Neuborne, B., *Papel de los juristas en la interpretación de la ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1995.
- Palombella, G., *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*, versión y edición a cargo de José Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999.
- Pérez Lledó, J.A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.
- Pound, R., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Tipográfica Edit., 1972.
- Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar por J. Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2004.
- Peset Reig, M., *La técnica jurídica fundamental en la obra de François Gény (Un estudio de metodología del derecho)*, Universidad, Valencia, 1967.
- Petit, C., "'A Contributor to the Method of Investigation'. Sobre la fortuna de Gény en América", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 20, 1991.
- Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, 1951.
- Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, 4ª edición, estudio preliminar, "La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política" (1999), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.
- Radbruch, G., *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1963.
- Ricoeur, P., *Del texto a la acción. Ensayos de Hermenéutica II*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002.
- Ripert, G., *Les forces créatrices du Droit*, París, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1950.

Robles Morchón, G., *Sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Robles Vázquez, J., y Tovar Silva, Y.G., *Teoría jurídica crítica norteamericana. Una introducción los Critical Legal Studies*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2016.

Roermund, B. V., *Derecho, relato y realidad*, Tecnos, Madrid, 1997.

Ross, A., *Lógica de las normas*, trad. J.S.P. Hierro, revisión, edición y estudio preliminar, "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1963.

Saavedra, M., *Interpretación del Derecho e ideología*, Universidad de Granada, Granada, 1978.

Saavedra, M., *Jurisdicción y Derecho*, México, D.F., 2007.

Santos, B.S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, trad. Martín Ramírez, C., y otros, Nota introductoria y revisión de la traducción de C. Lema Añón, Madrid, Trotta, 2009.

Schroth, U., "Hermenéutica filosófica y jurídica", en Kaufmann, A. y Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992.

Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.

Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1967.

Tarello, G., "La Escuela de la Exégesis".

Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.

Tarello, G., "Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete", en Barcellona, P. (Dir.): *L'uso alternativo del diritto*, t. I, Laterza, Roma-Bari, 1973.

Tarello, G., "Realismo giuridico", en *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974.

Tarello, G., "Sociological Jurisprudence", en Tarello, G., *Cultura jurídica y política del derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2002.

Rodríguez Molinero, M., *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, 1973.

Stein, P., y Sand, J., *Legal values in Western Society*, Edinburgh, University Press, 1975.

Tanzi, A., *François Gény, tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1990.

Tanzi, A., "Gény e l' análisis empírico del Diritto", en *Sociología del Derecho*, núm. 2, 1988.

Treves, R., "Considerazioni in torno alla sociología giuridica", en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960.

Treves, R., *El juez y la sociedad*, Estudio preliminar de Elías Díaz, Edicusa, Madrid, 1974.

Treves, R., *La sociología del Derecho*, Nota preliminar de M. Atienza, Ariel, Barcelona, 1988.

- Timsit, G., "Gény, le juge et le silence", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 20, 1991.
- Timsit, G., *Les noms de la loi*, PUF, París, 1991.
- Unger, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, E. U., Harvard University Press, 1986.
- Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. 1, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1979.
- Villey, M., "Etudes récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique", en *A.P.D.*, 1968.
- Villey, M., "François Gény et la renaissance du droit naturel", en Villey, M., *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, París, Dalloz, 1969.
- Villey, M., "Historique de la nature des choses", en *A.Ph.D.*, X, 1965.
- Villey, M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, París, Dalloz, 1962.
- Viola, F. y Zaccaria, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermética del Derecho*, trad. A. Cebeira, A. de Prada y A. Richard, Prólogo de G. Robles Morchón, Madrid, Dykinson, 2007.
- Weber, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1944.
- Weber, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1983.
- Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, "Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2013.
- Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.
- Wiehweg., *Tópica y jurisprudencia*.
- Wittgenstein, L., *Sobre la certeza*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- Wolf, E., *El problema del Derecho natural*, Ariel, Barcelona, 1960.
- Wortley, B.A., "La théorie de sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise".
- Zaccaria, G., "La jurisprudencia como Fuente del Derecho: una perspectiva hermenéutica", *Isonomía*, núm. 32, 2010.
- Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004.