

NUEVAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO A LA LUZ DE LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

NEW CAUSES OF DISCRIMINATION AT WORK IN THE LIGHT OF LAW 15/2022, OF 12 JULY, ON EQUAL TREATMENT AND NON-DISCRIMINATION

DOI: 10.19135/revista.consinter.00016.19

Recibido/Received 28/10/2022– Aprobado/Approved 14/12/2022

*Macarena Ángel Quiroga*¹ –<https://orcid.org/0000-0001-7228-1970>

Resumen:

El objeto de este artículo se centra en exponer y analizar la actual problemática existente en el Derecho del Trabajo derivada de la introducción de una serie de nuevas causas de discriminación recogidas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. La presente investigación trata de estudiar las implicaciones que dicha norma va a suponer para la relación laboral entre trabajador y empresario. Para ello, el método que se ha utilizado ha consistido en la realización, en primer lugar, de un recorrido histórico relativo a la protección de los derechos a la igualdad y a la no discriminación en las normas nacionales e internacionales con el fin de analizar los cambios producidos en relación con el objeto de protección por parte de las mismas y las nuevas causas merecedoras de aquella relacionadas con los profundos cambios producidos en la sociedad. Conforme a este estudio, se ha alcanzado la conclusión de que, conforme la sociedad va avanzando, distintos problemas o situaciones que afectan a las personas, novedosos o que han existido siempre pero no han sido protegidos, deben ser abordadas por el Derecho. La solución básica reside en la protección de la dignidad de las personas como tales y en la apertura de las normas a la hora de abarcar las nuevas situaciones que se producen en la sociedad y que requieren de su defensa.

Palabras clave: igualdad, no discriminación, causas, sociedad, cambio, dignidad, Derecho del Trabajo, ley, jurisprudencia.

Abstract:

The aim of this article focuses on exposing and analysing the current problems in labour law arising from the introduction of a series of new causes of discrimination included in Law 15/2022, of 12 July, on equal treatment and non-discrimination. This research aims to study the implications that this law will have for the employment relationship between worker and employer. To this end, the method used consisted, firstly, of a historical review of the protection of the rights to equality and non-discrimination in national and international norms in order to analyse the changes that have taken place in relation to the object of protection by these norms and the new grounds for protection related to the profound changes that have occurred in society. On the basis of this study, the conclusion has been reached that, as society progresses, different problems or situations affecting

¹ Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. E-mail: macangel@ucm.es Contratada Posdoctoral Universidad Complutense de Madrid – UCM, Madrid, España, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid, 28040, Madrid, España. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7228-1970>

people, which are new or which have always existed but have not been protected, must be addressed by the law. The basic solution lies in the protection of the dignity of persons as such and in the opening up of the rules to cover new situations that arise in society and which require their defence.

Keywords: equality, non-discrimination, causes, society, change, dignity, Labour Law, law, jurisprudence.

Sumario: 1. Introducción; 2. Planteamiento inicial; 3. Causas tradicionales de discriminación recogidas en las normas y en la jurisprudencia; 4. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; 5. Reflexión final.

1 INTRODUCCIÓN

El presente artículo, titulado “Nuevas causas de discriminación en el trabajo a la luz de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, tiene como fin esencial el análisis de la problemática surgida a raíz de la elaboración de un nuevo listado de causas de discriminación, incluidas de manera reciente en esta nueva ley como consecuencia de los cambios producidos en la sociedad y el reclamo por parte de sus ciudadanos de una mayor protección respecto del aumento de la diversidad y de los posibles casos de acoso y violencia producidas en relación con nuevas situaciones, o con situaciones clásicas que no habían sido objeto de estudio en la legislación. Como resulta lógico, estos cambios sociales repercuten de manera directa en las relaciones de trabajo entre los empresarios y sus trabajadores por cuenta ajena, pero también en cuestiones paralelas, como Seguridad Social, etc. La hipótesis de esta investigación, por tanto, consiste en analizar dichas causas nuevas de discriminación y su aplicación al mundo de las relaciones laborales. Para ello, el método seguido en este trabajo ha consistido en la realización de un recorrido histórico relativo al reconocimiento de la igualdad y de la prohibición de la discriminación en los diferentes textos internacionales, analizando las causas que los motivaron. Asimismo, se estudian las causas que fueron contempladas en un primer momento por dichos instrumentos y que hemos calificado como “causas tradicionales”, con el fin de distinguirlas de las nuevas causas de discriminación previstas por la nueva norma española. A continuación, se analizan estas nuevas causas, que son divididas en tres bloques: un primer grupo relativo a la condición sexual de la persona; un segundo referente a su estado de salud; y un tercero más genérico relativo a distintas causas y a la posibilidad de una cláusula abierta que recoja aquellas nuevas que se vayan produciendo. Por último, se ha llevado a cabo una reflexión final con intención de analizar cuál es la motivación de la introducción de estas nuevas causas y qué se espera en un futuro.

2 PLANTEAMIENTO INICIAL

La igualdad y la no discriminación son dos de los derechos más arraigados en el contexto internacional y comparado, recogidos con el carácter de esenciales en las primigenias declaraciones de derechos. En este orden de cosas, no podemos iniciar el estudio de esta materia sin examinar el contexto histórico en el que se produce la reivindicación de estos derechos. Como es lógico, el germen de esta exigencia, especialmente del reconocimiento de la igualdad, se produce a raíz de las revoluciones liberales y se plasmaron en sus correspondientes declaraciones de

derechos. De esta forma, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en la Asamblea Nacional formada por los Representantes del Pueblo Francés en 1789, recoge en su artículo primero que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, y que las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común. La redacción de este precepto, su exclusiva mención de los hombres y la posibilidad de discriminación sobre la base de la denominada “utilidad común”, resulta de sumo interés, pero no es objeto de este trabajo analizar tales cuestiones que, sin duda, merecerían una investigación y estudio propios.

En cualquier caso, puede afirmarse que el momento clave en la toma de conciencia de una necesaria regulación legislativa de la prohibición de la discriminación se produce con el fin de la Primera Guerra Mundial. La caída de los grandes imperios, derivada de este conflicto bélico, supuso el afloramiento de numerosas minorías, tanto religiosas, étnicas, raciales, así como poseedoras de sentimientos nacionales propios, que pusieron de manifiesto una nueva necesidad de proteger sus intereses e integridad. Es en este momento cuando comienza a delimitarse el concepto de minoría, en términos de colectivo susceptible de sufrir discriminación por parte de otros, así como de los Estados propiamente dichos, que merece protección frente a estas situaciones, sin perder en ningún caso su singularidad e identidad².

Por otro lado, los sentimientos de odio hacia determinados colectivos y el exterminio de los mismos que condujo a la Segunda Guerra Mundial, reafirmó tras el fin de esta la necesidad de elaborar instrumentos de carácter internacional que impidieran que tales situaciones volvieran a producirse. En este orden de cosas, la Organización de las Naciones Unidas elaboró la Declaración Universal de Derechos Humanos³, y el Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos⁴, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁵ y sus protocolos facultativos⁶.

Respecto del ámbito europeo, el Consejo de Europa elaboró en 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que entró en vigor en 1953 y que ha sido modificado en numerosas ocasiones, y en cuya versión actual, el art. 14 se prohíbe la discriminación en los siguientes términos: “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Dentro ya del terreno de la Unión Europea, cabe destacar que la preocupación por la existencia de discriminación no se produjo por cuestiones de defensa de

² Sobre esta materia, resulta imprescindible el estudio de la obra de MCKEAN, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 15 y ss.

³ Adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General.

⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, a raíz de los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁵ Adoptado el 16 de diciembre de 1966 mediante la resolución 2200 A (XXI). Entró en vigor el 3 de enero de 1976.

⁶ El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte; y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

derechos humanos, sino por razones principalmente económicas⁷. En este sentido, la primera introducción del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres se produjo en materia retributiva⁸, al establecer el art. 119 del Tratado de Roma que “*cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*”⁹. La causa subyacente de este precepto no era otra que el posible perjuicio económico que la contratación de mujeres por un salario inferior al de los hombres pudiese acarrear para Francia, cuya legislación social sí preveía dicha equiparación de salarios¹⁰.

3 CAUSAS TRADICIONALES DE DISCRIMINACIÓN RECOGIDAS EN LAS NORMAS Y EN LA JURISPRUDENCIA

Tanto en las normas internacionales, principalmente los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y las directivas de la Unión Europea (UE), la defensa de la igualdad y la prohibición de la discriminación se ha enfocado hacia una serie de causas comunes y bien definidas.

En relación con el trabajo de la OIT, fue en el año 1958 cuando publicó Convenio 111¹¹ – junto con su Recomendación 111¹² – sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. El estudio de este convenio resulta de vital importancia en la materia de la defensa de la igualdad y la prohibición de la discriminación, ya que es en el mismo en el que se delimita por primera vez el concepto de discriminación tal y como lo conocemos actualmente y que ha sido imitado o empleado en el resto de normas elaboradas con posterioridad al mismo. En este sentido, la discriminación es definida como “(a) *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados*”.

⁷ GARCÍA MURCIA, J., “Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española”, *Revista Justicia Laboral*, vol. 26, 2006.

⁸ DE NIEVES NIETO, N., *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea: del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp-21-22.

⁹ Algunos autores matizan que se trata, de un precepto fundamentalmente económico “*que guarda poca relación con las nociones de discriminación como derecho del ser humano con independencia de su papel en el mercado que empezaban a manejarse en el mercado internacional*”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 211.

¹⁰ Tampoco puede olvidarse que la prohibición de la discriminación por razón de raza también respondía a motivos económicos, al ofrecer salarios inferiores a trabajadores de otra raza, nacionalidad o etnia, tal y como explica ver BRENNAN, F., “The European Race Directive: A Bridge so Far?”, *Walden, R. (ed.) Racism and Human Rights, Springer Science+Business Media, Dordrecht*, 2004.

¹¹ Entró en vigor el 15 de junio de 1960. Puede consultarse en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111

¹² Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312449

Es en esta definición en la que se delimitan los elementos esenciales de la discriminación, esto es, en primer lugar, la existencia de una distinción o exclusión, en segundo, que dicha distinción o exclusión se base en alguno de los motivos de la lista y, por último, que la consecuencia directa de dicha situación sea un trato diferenciado que suponga una alteración del principio de igualdad. De estos elementos pueden extraerse una serie de conclusiones. La primera de ellas, es la relativa al carácter tasado de la lista de causas que motivan la discriminación. Dichas causas, que podemos considerar “tradicionales” son: *raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social*. No obstante, a continuación, el precepto ofrece una posibilidad de ampliar la protección a otras distinciones, siempre que así sea especificado por el Estado en consulta con las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores y de otros organismos apropiados.

Como decíamos, esta definición proporcionada por el Convenio 111 de la OIT ha servido de referencia para los siguientes instrumentos que se han promulgado en esta materia tanto en el nivel nacional como en el internacional, y ejemplo de ello son las diferentes directivas de la Unión Europea aprobadas al respecto. Así, en el año 2000 se adoptaron las dos primeras directivas en materia de discriminación, amparadas en el art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)¹³. La primera de ellas, la Directiva 2000/43/CE¹⁴, de 29 de junio de 2000, es la relativa a la igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico. Como es lógico, los conceptos de discriminación que recoge, se refieren exclusivamente a esta causa, y se definen de la siguiente manera: por una parte, la discriminación directa se produce cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona es tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. Por su parte, la discriminación indirecta se refiere a la situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

Las definiciones de estos conceptos se reproducen con exactitud en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁵, con la salvedad de que, en esta directiva, los motivos de discriminación a los que se refiere son mucho más amplios, relacionados con la religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Años más tarde, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de

¹³ Art. 13.1 TCE: “ *Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”.

¹⁴ Consultar en <https://www.boe.es/doue/2000/180/L00022-00026.pdf>

¹⁵ Directiva 2000/78/ CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Consultar en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32000L0078>

5 de julio de 2006¹⁶, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación también reproduce las definiciones en esta materia aplicándolos en exclusiva a la discriminación por razón de sexo.

Por su parte, respecto de nuestro derecho nacional, en primer lugar, el art. 9.2 de la Constitución Española recoge el deber de los poderes públicos de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Por su parte, el art. 14 de la norma suprema, establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Sobre este precepto, cabe comenzar comentando que la Constitución proclama la igualdad y prohíbe la discriminación respecto de los españoles, no menciona en ningún caso otra nacionalidad ni la posibilidad de equiparación. Además, la igualdad es ante la ley, no igualdad en cualquier caso y en cualquier situación. En cuanto a la discriminación, las causas, que podemos denominar como “tradicionales”, son muy semejantes a las previstas en los tratados internacionales y en las directivas europeas, así, el nacimiento (o la nacionalidad), la raza (entenderíamos que debe incluirse la etnia), el sexo (o el género), la religión, la opinión y, deja una cláusula abierta (como en su día hizo el Convenio 111 de la OIT) para incluir cualquier otra circunstancia personal o social, lo que permite que se promulguen nuevas leyes, como ha sucedido con la ley 15/2022, de 12 de julio, que vayan introduciendo nuevas causas de discriminación conforme vaya avanzando la sociedad.

4 LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Frente a la creciente diversidad que se aprecia en el conjunto de la sociedad, y el consecuente aumento de causas de exclusión, acoso y discriminación, la reciente ley publicada el 12 de julio, 15/2022, titulada integral para la igualdad de trato y no discriminación, tiene por objeto, según las propias palabras del texto legislativo, convertirse en “el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español”. Esta ley tiene como propósito una transposición más adecuada de los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, ya que esta tarea fue asumida solo de forma parcial por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Por ello, esta norma trata de albergar garantías para la defensa de la igualdad y la prohibición de la discriminación, especialmente en relación con la protección real y efectiva de las víctimas, y no tanto con el reconocimiento de estos derechos que ya ha sido efectuado por anteriores normas. Además, esta protección se extiende a múltiples ámbitos de la vida, no solo al trabajo. Así, el ámbito educativo, inmobiliario, cultural o sanitario, son ejemplos de las múltiples situaciones que quiere amparar la norma contra la discriminación.

¹⁶ DO L 204 de 26.7.2006. Consultar en <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF>

Resulta interesante destacar, en primer término, que, a pesar de tratarse de una norma que regula el derecho a la igualdad y a la no discriminación, recogidos en el art. 14 de la Constitución Española, ha sido tramitada como ley ordinaria y no como ley orgánica, como se tramitó, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Dentro de las principales novedades que introduce la ley 15/2022, de 12 de julio, respecto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo podemos destacar dos cuestiones: de un lado, se amplían el número de causas de discriminación y, de otro, se regulan nuevos tipos de discriminación. Sin perjuicio de que el presente estudio se centra en la primera de las cuestiones, no parece imprudente comentar de manera breve la segunda de ella, esto es, las nuevas modalidades de discriminación contempladas por la norma. En este sentido, la ley 15/2022, de 12 de julio, prevé, además de los conceptos clásicos de discriminación directa (como aquella situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas por la norma), y discriminación indirecta (que se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en la norma), nuevas formas de discriminación.

Así, en el art. 6.2, se recoge la discriminación por asociación, conocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como discriminación refleja, y que se refiere a la situación en la que una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en la ley, es objeto de un trato discriminatorio¹⁷. Asimismo, se regula también la discriminación por error como aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas. Sin duda, ambos tipos de discriminación (y podría decirse que más la discriminación por error que la discriminación por asociación) son situaciones que resultan muy difíciles de probar para la víctima, incluso de aportar indicios en el caso de que se produzca una inversión de la carga de la prueba.

Por último, el art. 6.3 recoge la discriminación múltiple y la interseccional que, si bien resultan muy parecidas, puede observarse una clara distinción entre ellas. Por un lado, la discriminación múltiple se produce cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley, mientras que, la discriminación interseccional, se produce cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación. Por tanto, en la discriminación múltiple las causas de discriminación concurren de manera independiente, pero en la discriminación interseccional es necesario que se produzca una relación indisoluble

¹⁷ Sobre este tipo de discriminación es especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2020, de 29 de junio, relativo a una enfermera que interpone recurso de amparo contra las resoluciones del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Bilbao. A esta trabajadora se le denegó la concesión de dos días de licencia por hospitalización de su hermana por razón de parto, por lo que solicitó que se declarase la vulneración de su derecho a no padecer discriminación por razón de sexo derivada de la interpretación del art. 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, que concede dos días de licencia por hospitalización de un familiar, salvo que la misma se produzca como consecuencia de un parto.

entre ambas causas de discriminación para considerar que se produce esta modalidad. No resulta sencillo encontrar ejemplos de discriminación interseccional, pero, quizás, podría resultar ilustrativo el ejemplo de las mujeres actrices que, al alcanzar una determinada edad dicen no recibir más papeles para interpretar. En este sentido, se trataría de una discriminación interseccional y no múltiple, ya que no se discrimina por el hecho de ser mujer o por el hecho de haber alcanzado una determinada edad de manera independiente, sino por el resultado de la suma de ambos factores.

Centrándonos ya en el objeto esencial de este estudio, esto es, el reconocimiento de nuevas causas de discriminación por parte de la ley 15/2022, de 12 de julio, cabe destacar que, esta norma recoge las causas de discriminación tradicionalmente contempladas tanto en las normas internacionales como en las españolas, pero añade una serie de nuevas causas relacionadas con los cambios sociales antes mencionados. En este sentido, el artículo central de este trabajo es el 2.1 de la ley 15/2022 de 12 de julio, conforme al cual: “se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción su opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que la protección otorgada por esta norma se produce con independencia de la nacionalidad que tenga la persona en cuestión, de su mayoría o minoría de edad y de su condición respecto de la legalidad de su residencia en España. Respecto de estas cuestiones, cabe destacar, sin duda, la intencionada amplitud subjetiva de la norma, que trata de amparar a todos los sujetos posibles sea cual sea su situación en nuestro país. De las causas que hemos considerado tradicionales en este trabajo, podemos mencionar, el nacimiento, el origen racial o étnico, el sexo, la religión, la convicción su opinión, la edad y la discapacidad, que ya han sido comentadas en apartados anteriores.

Respecto de las nuevas causas de discriminación, las mismas pueden dividirse en tres grupos principales. El primero de ellos, relativo a la condición sexual de la persona; el segundo, relacionado con el estado de salud de la persona y, el último de los grupos, relativo a otras circunstancias personales. Comenzando por el primer conjunto de causas de discriminación, dentro del mismo se integrarían la orientación o identidad sexual y la expresión de género. Respecto de la orientación sexual, no puede obviarse que la misma ya había sido contemplada en determinadas directivas europeas, y normas españolas; no obstante, la cuestión, quizás, más novedosa en relación con la orientación sexual, es la relativa a la ampliación de supuestos que ha sufrido dicho término. Si bien hace años tan solo se contemplaba la posibilidad de la heterosexualidad y la homosexualidad (y, con suerte, la bisexualidad), actualmente caben muchas más categorías. En este sentido, y, a modo de ejemplo, quedarían bajo la protección de este precepto de la norma aquellas personas que sean pansexuales, asexuales, polisexuales, omnisexuales, demisexuales, o grisexuales, sin perjuicio de alguna otra categoría que pueda haber

sido olvidada. Sin ánimo de exhaustividad, puede entenderse que la pansexualidad se refiere a la orientación sexual (o emocional, a pesar de que este concepto no es contemplado por la norma) hacia cualquier persona, independientemente de su sexo o género. Dentro de esta tipología, cabría la omnisexualidad, como personas que se sienten atraídas por todos los géneros, tanto por los binarios (aceptan dos géneros: hombre y mujer) como por los no binarios (aceptan la posibilidad de más de un género: hombre, mujer, un tercer género, dos, tres o más géneros simultáneamente, o un género fluido que transiciona entre dos o más géneros), y la polisexualidad, como personas que se sienten atraídas por más de dos géneros. Por su parte, dentro de la asexualidad (como falta parcial o total de algún tipo de orientación sexual), se incluyen la demisexualidad (persona que no experimenta atracción sexual primaria) y la grisexualidad (como aquella área gris en el que la persona solo experimenta atracción sexual en ocasiones). Como puede observarse, el espectro relativo a la orientación sexual se ha expandido ampliamente en los últimos años, y han surgido nuevas figuras que, a veces, resultan de difícil delimitación si se toman en consideración las tipologías tradicionales.

Respecto de la identidad sexual, es necesario recordar que la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, hace referencia a la “*identidad de género*”¹⁸ término que considera más apropiado el Tribunal Constitucional en su sentencia 67/2022, de 2 de junio¹⁹. En este sentido, en su fundamento jurídico segundo, establece que “la evolución de la teoría sobre la igualdad entre hombres y mujeres y sobre las discriminaciones interseccionales, y el reconocimiento de los derechos al desarrollo de la propia orientación sexual y de la identidad de género como dimensión del pleno desarrollo de la personalidad, han puesto de manifiesto la necesidad de precisar la definición de los conceptos de sexo y de género, para distinguirlos. Cierta conciencia de la distinción aparecía en el apartado c) del fundamento jurídico 9 de la STC 59/2008, de 14 de mayo, al precisar que el término género, que titulaba la Ley Orgánica 1/2004, no se refería a una discriminación por razón de sexo”. Por último, a diferencia de lo que sucede en la discriminación por razón de sexo y el acoso sexual, respecto de los cuales las mujeres son víctimas en un porcentaje mucho mayor que los hombres²⁰, en este tipo de discriminaciones va a resultar necesario analizar en qué medida influye el sexo de la persona.

El segundo grupo de nuevas causas de discriminación se encuentra relacionado con el estado de salud de la persona. En este orden de cosas, nadie puede ser discriminado por enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Como puede comprobarse, esta prohibición de la discriminación por motivos de salud no encuentra referencia en ninguna de las normas internacionales anteriormente comentadas, por lo que se trata de una cuestión bastante novedosa en el ámbito legislativo. Conforme al art. 2.3 de la ley, “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que

¹⁸ En este mismo sentido se pronuncian algunos autores respecto del “acoso por razón de sexo” y el “acoso por razón de género”. Así: FABREGAT MONFORT, G., *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa.*, Bomarzo, Albacete, 2011., p. 34.

¹⁹ STC (Pleno) núm. 67/2022 de 2 junio. RTC 2022/67.

²⁰ INSTITUTO DE LA MUJER, *El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral. Presentación de resultados.*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”. Los términos de la norma, por tanto, se refieren a la discriminación por la enfermedad de una persona que se produzca al margen del necesario trato diferenciado que pueda requerir el tratamiento de dicha enfermedad o las causas de salud pública que lo justifiquen.

Sobre esta causa de discriminación, no puede perderse de vista su intensa relación con dos cuestiones esenciales; de un lado, su posible equiparación a una situación de discapacidad y, de otro, su repercusión en materia de despido. Ambas cuestiones, además, no pueden estudiarse por separado. En este sentido, tal y como recoge la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, 492/2022, de 31 de mayo²¹, haciendo referencia a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “la enfermedad – sea curable o incurable – puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad “comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”.” Mas, en la sentencia mencionada del Tribunal Supremo, el alto tribunal matiza que “las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social.” Por tanto, por mucho que un trabajador se haya encontrado temporalmente en una situación de discapacidad, su despido no siempre va a ser vulnerador de derechos fundamentales por resultar discriminatorio y, por tanto, nulo, sino que debe contemplarse en todo caso si la situación del trabajador puede ser considerada de discapacidad en los términos recogidos por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este orden de cosas, resulta difícil vislumbrar si la nueva norma sigue la estela marcada por el Tribunal Supremo, esto es, que el despido tan solo se considere discriminatorio y nulo en el caso de que la enfermedad pueda equipararse al concepto de discapacidad utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o si, por el contrario, cualquier despido relacionado producido durante la enfermedad de una persona resulta discriminatorio, ya que la norma no hace referencia en ningún caso a la duración o gravedad de la enfermedad. Cabe, por último, poner esta cuestión en relación con lo previsto en el art. 52.a) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, la posibilidad de extinción del trabajo por causas objetivas por razón de la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. En este sentido, el art. 6 del Convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, del año 1982, establece que

²¹ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 492/2022 de 31 mayo. RJ 2022\3417.

“la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”²².

Respecto del estado serológico, debe delimitarse en primer término en qué consiste una serología. Se trata de una prueba o estudio que mide la presencia o el nivel de anticuerpos específicos en la sangre. Dichos anticuerpos son proteínas que el sistema inmunitario produce para combatir sustancias extrañas, que suelen ser patógenos (gérmenes que causan enfermedades) como virus y bacterias. La situación serológica de cualquier persona, por tanto, puede estar relacionadas con múltiples enfermedades, como el Covid-19, o el VIH. En este orden de cosas, si tenemos en cuenta la situación actual y, especialmente el contexto vivido durante los dos últimos años como consecuencia de la pandemia del coronavirus, parece necesario plantearse si un empresario se encuentra legitimado para solicitar a sus trabajadores información acerca de su estado de vacunación contra esta enfermedad, como de hecho ha sucedido, y si el despido por la negativa a proporcionar tales datos podría ser considerado como procedente. En este sentido, no cabe duda de que el estado de salud de los trabajadores se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a la protección de datos personales. De esta manera, cabe recordar que los datos relativos a la salud son considerados como datos especialmente protegidos conforme a la Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Así, el art. 9.1 de esta norma establece (dentro del tratamiento de categorías especiales de datos personales) que “quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física”. Todo ello sin perjuicio de que concurran determinadas circunstancias, como es lógico, previstas en el apartado siguiente del mencionado precepto.

En cuanto a la predisposición genética a sufrir patologías o trastornos, se trata de una información que puede utilizarse de manera más que evidente para evitar la contratación de determinadas personas en la empresa. En este sentido, parece que esta causa puede encontrarse más íntimamente relacionada con la prohibición de discriminación en el acceso al empleo que con la discriminación una vez empleado, sin perjuicio de la posibilidad de que una persona sea despedida o no promocionada por dicha posibilidad de terminar padeciendo alguna enfermedad o trastorno. Sobre esta cuestión, no obstante, cabe remitirse a lo previsto en el art. 9.5 de la norma, conforme al cual el empresario no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

En cuanto al tercer grupo, podríamos incluir en ellos la lengua, la condición socioeconómica, y “cualquier otra condición”. Respecto de la lengua, es evidente que la discriminación lingüística es una cuestión de rabiosa actualidad que ha dado lugar a varias sentencias relevantes dictadas por los tribunales. Por otra parte, la

²² Puede consultarse en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158

condición socioeconómica es una causa de discriminación nueva que se asemeja de cierta manera a la causa de discriminación relativa a la pobreza y a la condición social, que se encuentra prevista en diferentes ordenamientos de países de nuestro entorno, como en la legislación belga y en la legislación francesa. Por último, la norma deja una cláusula abierta al establecer que nadie podrá ser discriminado por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, siguiendo la misma línea que la Constitución y las normas precedentes, y al contrario de lo que sucede en la normativa comunitaria.

5 REFLEXIÓN FINAL

Resulta evidente que los cambios culturales y sociales obligan al Derecho a adaptarse a las nuevas situaciones y, en esta materia en concreto, a contemplar las nuevas motivaciones que puedan llevar a las personas a discriminar a otras. En este sentido, parece imposible contemplar un Derecho estático que no se adapte a las transformaciones de la sociedad y a las reivindicaciones de sus ciudadanos, así como a determinados eventos que poco tienen que ver con su voluntad pero que han conllevado profundas repercusiones en el conjunto de la población, como la pandemia del coronavirus, que ha generado la necesidad de plantearse nuevas situaciones en la regulación jurídica.

En este orden de cosas, se ha promulgado la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que contempla, como se ha visto, nuevas causas relativas a las exigencias sociales, ya sea por reivindicación ciudadana o por situación impuesta por el contexto sanitario. Esta norma es extremadamente amplia y, sin entrar a estudiar las medidas que prevé para los Estados y los empresarios, tan solo las causas que introduce pueden generar diferentes problemas de interpretación y de adecuación al resto de normas vigentes. En este sentido, parece que resultaría apropiado una lista de definiciones, tal y como suelen recoger las directivas europeas, sobre los conceptos que maneja la norma, tales como enfermedad, condición de salud, orientación sexual, identidad de género o identidad sexual, etc. Ello no implicaría que se tratase de una norma cerrada y que hubiera que obviar la cláusula final de carácter abierto que permite continuar contemplando nuevas causas de discriminación, pero sí proporcionaría una mayor seguridad jurídica, precisamente, y como se ha apuntado, en su aplicación en relación con otras normas.

Por último, no puede dejar de comentarse que, el bien jurídico último que subyace a toda prohibición de la discriminación es la defensa de la dignidad de la persona, por lo que, aun en el caso de no contar con suficiente detalle en las definiciones de los conceptos, deberá estarse a la valoración por parte de los tribunales de la efectiva vulneración de este principio inspirador del resto de derechos fundamentales con el fin de determinar si, efectivamente, se trate o no de una causa prevista por la norma, se ha producido una situación discriminatoria o no.

BREVE RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA:

BRENNAN, F., “The European Race Directive: A Bridge so Far?”, *Walden, R. (ed.) Racism and Human Rights, Springer Science+Business Media, Dordrecht, 2004.*

DE NIEVES NIETO, N., *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea: del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*, Aranzadi, Navarra, 2019.

FABREGAT MONFORT, G., *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2011.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

GARCÍA MURCIA, J., “Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española”, *Revista Justicia Laboral*, vol. 26, 2006.

INSTITUTO DE LA MUJER, *El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral. Presentación de resultados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

MCKEAN, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

Revista Internacional Consinter de Direito, Portugal, ano IX, n. XVI, 1º semestre 2023.