

REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Núm. especial
“Progresividad en torno al derecho
humano de igualdad: discriminación,
discapacidad y género”



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

María Marván Laborde

Secretario técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinador de editores de revistas

Efrén Chávez Hernández

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica de manera alguna que esta *Revista* se solidarice con su contenido.

Cuidado de la edición y formación en computadora: Rosa María González Olivares y Ricardo Hernández Montes de Oca

Diseño de interiores: Wendy Vanesa Rocha Cacho



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL

Directora

Patricia Kurczyn Villalobos

Subdirector

Alfredo Sánchez-Castañeda

COORDINACIÓN EDITORIAL

Raúl Márquez Romero

Secretario técnico

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

CONSEJO EDITORIAL

Rafael Albuquerque (República Dominicana); Alfonso Bouzas (México); Carlos de Buen Unna (México); José Dávalos Morales (México); Alexander Godínez (Costa Rica); Óscar Hernández Álvarez (Venezuela); Ursula Kulke (OIT); María Aurora Lacavex Berumen (México); José Manuel Lastra y Lastra (México); Germán López (México); Guillermo López Guizar (México); María Carmen Macías Vázquez (México); Cristina Mangarelli (Uruguay); Gabriela Mendizábal Bermúdez (México); Martha Monsalve Cuéllar (Colombia); María Ascensión Morales (México); Hugo Ítalo Morales Saldaña (México); Emilio Morgado (Chile); Carlos Reynoso Castillo (México); Ángel Guillermo Ruiz Moreno (México); Humberto Villasmil Prieto (OIT).

CONSEJO ASESOR

Néstor de Buen Lozano †; Héctor Fix-Fierro †; José Fernando Franco González-Salas; Sergio García Ramírez; Porfirio Marquet; Diego Valadés; Jorge Witker.

MIEMBROS FUNDADORES

Santiago Barajas Montes de Oca †; Jorge Carpizo Mac Gregor †; José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes †; Mario Pasco Cosmópolis †; Mozart Víctor Russomano †.

VOCAL

Miguel Ángel Pastrana González.

La *Revista Latinoamericana de Derecho Social* se encuentra indexada en los siguientes índices:

- Índice de Revistas Científicas y Arbitradas del Conacyt
- Biblioteca Jurídica Virtual
- Clase
- Dialnet UNIRIOJA
- Latindex
- Elsevier
- Science Direct
- Portal de Revistas Científicas y Arbitradas UNAM (Open Journal System)
- Redib (Red iberoamericana de innovación y conocimiento científico)

Número de certificado de licitud de título: en trámite

Número de certificado de licitud de contenido: en trámite

Número de reserva al título en derechos de autor: 04-2005-090610592300-102

Número de reserva al título en versión electrónica: 04-2015-092910043200-203

ASISTENTE DE REVISTA

Kate Aurora Gómez Díaz de León

Teléfono: 56227250 / ext. 85231

Email: rlds.ij@unam.mx

Revista Latinoamericana de Derecho Social por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Sin Derivados 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 7 de abril de 2022

2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN 1870-4670

CONTENIDO

ARTÍCULOS

Algoritmo y discriminación.	3
Francisco Javier CALVO GALLEGOS	
Concepto de apariencia externa: su configuración como causa de discriminación	35
Emilia CASTELLANO BURGUILLO	
Ideología y neutralidad en las relaciones laborales.	61
José Luis LÁZARO SÁNCHEZ	
La discriminación por razones sanitarias: el impacto del COVID-19 en las relaciones laborales.	85
María Luisa PÉREZ GUERRERO	
La noción de discapacidad a efectos de discriminación: valoraciones en clave constitucional de un debate abierto.	111
Fernando PÉREZ DOMÍNGUEZ	
Los pasaportes de salud en la era de la información y sus posibles legitimaciones en el mundo real.	151
Iluminada R. FERIA BASILIO	
Los símbolos y la vestimenta de carácter religioso en la relación laboral.	187
María del Carmen AGUILAR DEL CASTILLO	



Medidas empresariales de diversidad e inclusión para el colectivo LGTBI: un análisis jurídico laboral	219
José M. MORALES ORTEGA	
Diversidad sexual y de género y discriminación. Tratamiento interna- cional	257
Alicia RIVAS VAÑÓ	

ARTÍCULOS



ALGORITMO Y DISCRIMINACIÓN*

ALGORITHM AND DISCRIMINATION

ALGORITHMHE ET DISCRIMINATION

Francisco Javier CALVO GALLEGOS**

RESUMEN: El imparable uso de la Inteligencia Artificial supone ciertamente enormes ventajas y oportunidades, pero también muy importantes riesgos. El principal de ellos, y ya constatado, es el de ocultar o incluso intensificar discriminaciones. Este trabajo pretende analizar, a la espera de una posible regulación europea —anunciada una vez cerrado este trabajo—, sus causas, así como los problemas que plantea la posible aplicación normativa antidiscriminatoria y el importante papel al que está llamada la regulación europea de protección de datos. El estudio se cierra destacando la necesidad de una intervención multidimensional, que evite no sólo las posibles desigualdades y exclusiones sociales motivadas por su aplicación, sino que también garantice una IA segura, ética y robusta, con el apoyo de la responsabilidad social de las empresas.

Palabras clave: algoritmo, discriminación, inteligencia artificial.

ABSTRACT: The growing use of Artificial Intelligence around the world certainly produces enormous advantages and opportunities, but it also generates significant challenges. The main one, and already verified, is the

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de septiembre de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479)

** Catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Sevilla. Becario FPI, de la Fundación Oriol Urquijo y del Real Colegio de España en Bolonia.



risk of hiding or even intensifying discrimination. In anticipation of a possible European regulation —announced when this work was written—, this essay aims to analyse, on one hand, the factors that causes these biases, the anti-discrimination regulations response, and the important role that European data protection regulation must play in this field. The paper ends highlighting the need for a multidimensional intervention, which, not only avoids the possible inequalities and social exclusions motivated by the IA, but also guarantees a safe, ethical and robust AI, with the support of the social responsibility of enterprises.

Key words: algorithm, discrimination, artificial intelligence.

RÉSUMÉ: L'imparable utilisation de l'intelligence artificielle comporte d'énormes avantages et opportunités, mais présente également des risques très importants. Le principal, et qui est déjà vérifié, est le risque de dissimulation ou d'intensification de la discrimination. Dans l'attente d'une éventuelle réglementation européenne - annoncée après l'avoïr élaboré-, le présent travail s'intéresse aux causes de cette discrimination, ainsi que les problèmes qu'elle pose aux normatif anti-discrimination et l'important rôle de la réglementation européenne en matière de protection des données. L'étude se termine en soulignant la nécessité d'une intervention multidimensionnelle, que non seulement évite les éventuelles inégalités et exclusions sociales motivées par l'application de l'IA, mais garantit également une IA sûre, éthique et robuste, avec le soutien de la responsabilité sociale des entreprises.

Mots-clés: algorithme, discrimination, intelligence artificielle.

SUMARIO: I. *Introducción: elogio y peligros del Big Data.* II. *Algoritmo y prohibición de discriminación.* III. *Algoritmo y Protección de datos.* IV. *La necesidad de una visión más amplia.* VI. *Y de una IA éticamente responsable: el papel de la Responsabilidad Social.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN: ELOGIO Y PELIGROS DEL BIG DATA

El imparable desarrollo de las TIC y su rápida y masiva incorporación a todos y cada uno de los ámbitos de la actividad humana no sólo están provocando una nueva y profunda revolución “industrial”, sino también una

no menos intensa transformación de las formas de comportamiento personal y profesional que impactan en casi todos los ámbitos de nuestra realidad. El desarrollo de nuevas técnicas de computación, la generalización del Internet de las personas y de las cosas, junto con las nuevas posibilidades de tratamiento masivo de datos, están produciendo cambios económicos, políticos y sociales que afectan, de forma progresivamente acelerada, desde la propia concepción de la empresa y del trabajo, a las relaciones sociales e interpersonales, sin olvidar su notable impacto en los ámbitos culturales y políticos, en una aldea seguramente mucho más global de lo que en los años sesenta pudiera haber llegado a imaginar McLuhan.

Pues bien, uno de los vectores más importantes en todo este proceso de transformación económica y social ha sido, y sin duda es, la progresiva importancia atribuida, de forma explícita o implícita, a las propuestas o predicciones que realizan las propias aplicaciones y programas en nuestra toma de decisiones diarias. Es un hecho constatable que buena parte de nosotros ya nos hemos acostumbrado, e incluso agradecemos, a que estas aplicaciones —que, además, nos siguen constantemente a través de dispositivos permanentemente portados (“*wareables*”)— nos “sugieran” u “orienten” en todas y cada una de nuestras elecciones y decisiones: desde el tiempo y el camino a seguir para llegar a nuestro destino, a los restaurantes o tiendas a las que ir, la ropa o los zapatos que comprar, los libros que adquirir o leer (*electronic butler*), pasando por las propuestas de qué películas ver o qué tipo de música, según nuestras elecciones previas, oír. Y todo ello sin olvidar, lo que a mi juicio resulta aún más preocupante, con qué personas contactar y, sobre todo, qué noticias leer o visualizar en nuestras cada vez más segmentadas —pero, al parecer, importantes— redes sociales. Y si esto es así en el ámbito de las decisiones personales, aún resulta más claro e intenso, por razones obvias, en el caso de las decisiones de trascendencia colectiva que tanto las administraciones, como sobre todo las empresas, deben adoptar en su actividad diaria.

La novedosa capacidad de almacenar, clasificar y tratar de forma automática en busca de patrones (*data mining*), cantidades ingentes de datos (economía de los datos¹), proporcionados de forma aparentemente voluntaria —en un sin-

¹ Sobre este “ecosistema” que permite a diversos agentes del mercado extraer valor de una amplia gama de datos que deben ser accesible y utilizables, véase, por todos, la Comunicación de la Comisión Europea, *La Construcción de una economía de los datos europea*, Bruselas, 10.1.2017, COM(2017) 9 final, así como el Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

gular proceso de publicitación, propio también de nuestro tiempo— por cada vez más personas; unida, en segundo lugar, a las posibilidades de tratamiento aparentemente científico de los mismos por parte de unos programas que, además, pueden aprender por sí mismos (*learning machine*) en un constante proceso de prueba y error, han llevado a algunos a postular toda una nueva filosofía que podía calificarse como “dataísmo”, y que auguraba, al menos aparentemente, una segunda Ilustración (Byung-Chul Han);² una nueva era de la razón, libre de prejuicios y meras intuiciones y en el que el dato, y las ciencias y procesos de la Inteligencia Artificial (IA)³ permitirían hallar nuevas correlaciones —obsérvese, no necesariamente causalidades—⁴ que permitiría significativas ganancias en eficiencia y objetividad, evitando discriminaciones y sesgos propios de los humanos, mejorando no sólo nuestras decisiones privadas, sino también la equidad, la justicia y, sobre todo, la eficiencia de los agentes económicos y sociales, tanto públicos como privados.

En palabras del Parlamento Europeo, en su Resolución del 14 de marzo de 2017,⁵ esta “analítica” presentaría un indudable potencial para ciudadanos, académicos, la comunidad científica y los sectores público y privados, al generar, no sólo importantes oportunidades para los ciudadanos, sino también al contribuir a la mejora de “la optimización y eficiencia de las empresas”. Estos instrumentos podrían así “ofrecer una ventaja competitiva para los procesos de toma de decisiones de las empresas europeas, al mismo tiempo que “el sector público” podría igualmente “beneficiarse de una mayor eficacia gracias a un mejor conocimiento de los distintos niveles de desarrollo socioeconómico”.

En este contexto, no debe extrañarnos que una buena parte de los países industrializados, y con ellos, obviamente, la Unión Europea,⁶ hayan lanzado du-

² Para una perspectiva crítica, que aquí se comparte plenamente, Han, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, trad. de Alfredo Bergés, Barcelona, Herder, 2014, pp. 87 y ss.

³ Ante la multiplicidad de definiciones utilizadas, en este trabajo vamos a seguir las establecidas por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas*, Bruselas, Comisión Europea, abril de 2019.

⁴ Y ello ya que, como con extraordinario acierto sintetizaba Han, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo...*, cit., p. 102, “las correlaciones sustituyen a las causalidades. El así sustituye al por qué”.

⁵ Procedimiento 2016/2225(INI).

⁶ Para un repaso de las actuaciones en este campo de la UE —cuyo inicio puede situarse seguramente en la Comunicación de la Comisión Europea, *Inteligencia artificial para Europa*, Bruselas 25.4.2018, COM(2018)237 final— nos remitimos, por brevedad, a lo que señala la Comu-

rante estos últimos años una amplia batería de estrategias y actuaciones en este campo, entre las que debe situarse, por ejemplo, la reciente Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial.⁷ La IA se ha convertido así en uno de los ejes de actuación de la política mundial y de la atención tanto de empresas como de organizaciones internacionales. Y ello ya que, como se ha señalado recientemente, la IA podría añadir alrededor de 14 billones (millones de millones) de euros a la economía global en el año 2030 y duplicar las tasas de crecimiento económico para 2035, al mismo tiempo que proporcionaría una amplia gama de oportunidades para las empresas al permitirles “una mejor comprensión de sus procesos, las necesidades de sus clientes y socios, y el entorno empresarial en general”.⁸ De ahí que tampoco deba sorprendernos cómo la financiación global de capital de riesgo para nuevas empresas que se especializan en aplicaciones de inteligencia artificial haya tenido una tasa de crecimiento anual del 85% entre 2012 y 2017, o que la financiación se triplicase con creces entre 2016 y 2017, para alcanzar más de 11 000 millones de euros.⁹

El resultado de todo ello es, como recordaba hace ya algunos años Cofone, que estas decisiones, basadas o incluso automáticamente generadas por instrumentos de inteligencia artificial, nos afectan prácticamente a todos, de forma frecuente, y en ocasiones incluso sin nuestro conocimiento: ya sea como consumidor de productos financieros o de seguros de salud, como público objetivo de específicas campañas publicitarias, como simple aspirante a un puesto de trabajo o como empleado sometido a procesos de promoción o de evaluación del desempeño.¹⁰

nicación de la Comisión Europea, *Fostering a European approach to Artificial Intelligence* Bruselas, 21.4.2021 COM(2021) 205 final.

⁷ Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019, https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf. Una recapitulación de las estrategias de los distintos países, a la que por brevedad nos remitimos, pp. 12 y 13 de este mismo documento.

⁸ En este sentido, y por mencionar sólo un ejemplo, recientemente se ha señalado —Fernández, Ana, “Inteligencia artificial en los servicios financieros”, *Boletín Económico Banco de España*, núm. 2, 2019, p. 2— cómo “la aplicación de técnicas de inteligencia artificial en la prestación de servicios financieros puede dar lugar a mejoras de eficiencia, reducción de costes, incrementos de calidad, aumento del nivel de satisfacción de los clientes o mayor inclusión financiera”.

⁹ En un sentido similar, European Political Strategy Centre, *The Age of Artificial Intelligence*, EPSC Strategic Notes, núm. 29, 2018.

¹⁰ Cofone, Ignacio, “Algorithmic Discrimination Is an Information Problem”, *Hastings Law Journal*, vol. 70, 2019, pp. 1391 y ss.

El problema, como siempre, es que esta, como cualquier otra innovación técnica que se aplica rápidamente al sistema productivo y al entorno social, puede tener una doble vertiente; un carácter bifronte,¹¹ especialmente preocupante ante la nueva generación de algoritmos basados en su propio aprendizaje.¹²

Sin entrar aquí en cuestiones de una extraordinaria importancia como el uso de estas herramientas de forma autónoma en combate,¹³ o sus posibles efectos de segmentación social y radicalización política —al hacernos leer y, por tanto creer, solo en opiniones cercanas a la nuestra, desconociendo e invisibilizando a “los otros”—, lo que sí parece evidente es que estas mismas ciencias y técnicas de IA pueden convertirse también en un elemento extraordinariamente peligroso en relación, especialmente, con el disfrute y ejercicio de los derechos humanos y, singularmente, con la prohibición de discriminación;¹⁴ ya sea esta entendida como un derecho al igual disfrute de los derechos en relación con ciertos rasgos, o como elemento de igualdad, no sólo formal sino también material, de grupos minoritarios tradicionalmente segregados o alejados del proceso de poder y sometidos a los consiguientes prejuicios injustificados.¹⁵

¹¹ Véase, ampliamente, Comunicación de la Comisión Europea, *Fostering a European...*, cit., pp. 1 y ss. Al otro lado del Atlántico, esta posibilidad ya fue puesta de manifiesto en 2014 por el conocido Informe Podesta —Executive Office of the President, *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*, mayo de 2014, pp. 64 y ss.— y desarrollada en relación con diversos campos (acceso al crédito, empleo, educación superior, justicia penal) por el Informe de 2016 —Executive Office of the President, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, mayo de 2016—. En la doctrina, por todos, Sancho Villa, Diana, “Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”, en Troncoso, Antonio (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Pamplona-Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2021, t. I, p. 1729.

¹² Tutt, Andrew, “An FDA for Algorithms”, *Administrative Law Review*, vol. 69, núm.1, invierno de 2017. Esta dualidad seguramente fue descrita elocuentemente por Stephen Hawking cuando, en una de sus últimas intervenciones, en la Web Summit de 2017, señalaba cómo “el éxito en la creación de una IA eficaz podría ser el evento más importante en la historia de nuestra civilización. O el peor. Simplemente no lo sabemos. Y ello ya que no podemos saber si la IA nos ayudará infinitamente, si nos ignorará y nos dejará de lado, o posiblemente nos destruirá”.

¹³ Ampliamente, sobre este tema, véase Asaro, Peter, “What is an ‘AI Arms Race’ Anyway?”, *I/S: A Journal of Law for the Information Society*, vol. 15, núm. 1-2, primavera de 2019, pp. 45-64.

¹⁴ Expresivamente señala Todolí, Adrián, “En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour & Law Issues*, vol. 5, núm. 2, 2019, p. 17 cómo “el procesamiento automatizado de datos incrementa exponencialmente las posibilidades de vulneración de los derechos de los trabajadores y sufrir discriminación”.

¹⁵ Sobre las distintas percepciones del concepto de discriminación, véase, por todos, Barbera, Marzia, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milán, Giuffrè, 1991, pp. 85 y ss.

Seguramente el ejemplo más destacado y conocido —aunque no el único—¹⁶ de estos temores se centra en la conocida aplicación COMPAS —*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*—, un software de evaluación del riesgo de posible reincidencia y peligrosidad, propiedad inicialmente de la empresa Northpointe, y aplicado fundamentalmente en los procesos penales en Estados Unidos. Más allá el éxito o no de sus predicciones y del progresivo impacto que las mismas han tenido en los procesos penales estadounidenses, lo llamativo es que según ciertos estudios¹⁷ —eso sí, criticados metodológicamente por la propia empresa propietaria—¹⁸ el programa mostraría un claro sesgo frente a los afroamericanos. Y así —siempre según aquel estudio—, mientras sólo un 28 % de los afroamericanos que fue etiquetado de menor riesgo reincidió, esta misma cifra se elevaba al 47.7 % en el caso de los caucásicos. Y este mismo sesgo se reflejaría —siempre según el estudio de *ProPublica*— en el hecho de que mientras sólo el 23.5 % de los blancos etiquetados como de mayor riesgo no reincidió, esta misma cifra se incrementaba hasta el 44.9 % en el caso de la población de color.¹⁹ Y este caso no ha sido desgraciadamente el único. En marzo de 2018, la *National Fair Housing Alliance* (NFHA), junto con otras organizaciones, planteó una demanda frente a *Facebook* por permitir a los anunciantes discriminar —al no mostrarles sus anuncios— a grupos tradicionalmente postergados, en razón, entre otros, de su raza u origen nacional. Aunque en este caso no se llegó a juicio, lo cierto es que en el acuerdo que puso fin al procedimiento se establecieron diversas vías para eliminar esta situación.²⁰ Y un sesgo similar, en razón del sexo, ha sido detectado, igualmente, y por señalar

¹⁶ Otros ejemplos de efectos negativos, especialmente en relación con segmentos deprimidos (enfermos, personas sin hogar y menores en riesgo), en la conocida obra de Eubanks, Virginia, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, Nueva York, St. Martin's Press, 2017.

¹⁷ Angwin, Julia *et al.*, “Machine Bias. There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks”, *ProPublica*, 23 de mayo de 2016, disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

¹⁸ Dieterich, William *et al.*, “COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity”, 8 de julio de 2016, disponible en: http://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf.

¹⁹ Debemos señalar, no obstante, que el 13 de julio de 2016 el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin dictó sentencia en el conocido caso *State v. Loomis*, admitiendo el posible uso de esta herramienta en la valoración de peligrosidad. Una mayor información sobre este tema en Martínez Garay, Lucía, “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State vs. Loomis*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 485 y ss.

²⁰ Puede consultarse el mismo en <https://nationalfairhousing.org/wp-content/uploads/2019/03/FINAL-SIGNED-NFHA-FB-Settlement-Agreement-00368652x9CCC2.pdf>. Para un encuadr-

sólo algunos ejemplos más, en relación con los anuncios de empleo recibidos,²¹ o en la programación utilizada por Amazon durante años para su contratación.²²

De ahí que, a la espera de un posible marco general en la regulación de la Inteligencia Artificial, como el que muy recientemente ha planteado la Comisión Europea con su propuesta de Reglamento por el que se establecerían normas armonizadas sobre inteligencia artificial,²³ vayamos a abordar aquí algunas cuestiones que, desde la perspectiva exclusivamente antidiscriminatoria y de protección de datos, plantea la posible utilización de estos algoritmos y los sistemas de Inteligencia Artificial.

II. ALGORITMO Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Las razones por las que estas herramientas, que en un principio parecían llamadas a eliminar los sesgos, incluso inconscientes, de las decisiones humanas,²⁴ han podido acabar convirtiéndose, al menos en ocasiones, en una fuente de posibles discriminaciones, son, seguramente, varias.

En primer lugar, cabría pensar, al menos como hipotética posibilidad, en que la propia configuración del algoritmo esté articulada, por acción u omisión, consciente o incluso inconscientemente, como un instrumento que genere la discriminación. Y ello ya que el aura de objetividad y certeza “científica” que

amiento de esta cuestión véase Parker Black, Jacob, “Facebook and the Future of Fair Housing Online”, *Oklahoma Law Review*, Vol. 72, núm. 3, 2020, pp. 711 y ss.

²¹ Véase, en relación con los anuncios de trabajo de Google, el ya clásico trabajo de Datta, Amit *et al.*, “Automated experiments on ad privacy settings: A tale of opacity, choice, and discrimination”, *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, vol. 2015, núm. 1, pp. 92 y ss. Varios ejemplos de ello en Kim, Pauline T, “Data-Driven discrimination at work”, *William & Mary Law Review*, Vol. 58: 857, I. 3, 2017, pp. 863-864.

²² Reuters, “Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”. 11 octubre 2018, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>.

²³ La denominada Ley de Inteligencia artificial 2021/0106 (COD) aprobada por la Comisión una vez cerradas la versión inicial de estas líneas, el 21 de abril de 2021. El texto de la propuesta disponible en COM(2021) 206 final.

²⁴ Esta perspectiva, que parcialmente compartimos, sigue estando presente en autores como Kleinberg, Jon *et al.* “Discrimination in the Age of Algorithms”, *Journal of Legal Analysis*, Volume 10, 2018, pp. 113 y ss., para los que: “*With the appropriate requirements in place, algorithms create the potential for new forms of transparency and hence opportunities to detect discrimination that are otherwise unavailable... algorithms are not only a threat to be regulated; with the right safeguards, they can be a potential positive force for equity*”.

tradicionalmente se ha otorgado a estos instrumentos, unido a la frecuente opacidad del propio proceso interno de toma de decisiones —ya sea por la pretendida o real complejidad del algoritmo o por la imposibilidad de acceder al mismo, dada su protección como secreto o propiedad industrial— lo podrían convertir en un mecanismo especialmente opaco (la conocida *black box society* de la que hablaba hace ya años Pasquale²⁵), destinado, como decimos, a “justificar” o, al menos a argumentar, decisiones objetivamente discriminatorias.²⁶

A nuestro juicio, un ejemplo reciente de esta posibilidad podría encontrarse en el conocido algoritmo “Frank” de la empresa Deliveroo, al menos en su versión tradicional. Y ello porque, como señaló hace escasos meses la Sección Laboral del Tribunal de Bolonia (Italia) en su Resolución del 31 de diciembre de 2020,²⁷ este sistema —sustituido, eso sí, a finales de 2020— permitía, como tantos otros, reservar las fases horarias más interesantes para ciertos *riders* en función de parámetros de fiabilidad y participación en los picos de actividad. El problema en este caso era que el mismo no tenía en cuenta, por ejemplo, las ausencias motivadas por la adopción de medidas de conflicto colectivo. De ahí que al secundar la huelga y no aceptar encargos en fases previamente reservadas, el *riider* pudiera sufrir una drástica reducción de su puntuación y, por tanto, de sus futuras opciones de trabajo. Y de ahí, también, que para el Tribunal este algoritmo, al considerar irrelevante los motivos de la falta de participación, condujera a una situación —para la magistrada, voluntariamente asumida por la empresa— incardinable dentro del concepto de discriminación indirecta.²⁸

En cualquier caso, y más allá de las dudas que esta última calificación pudiera provocar, y de que muchos de estos sesgos involuntarios puedan combatirse mediante procesos de supervisión que permitan analizar los requisitos, restricciones y decisiones del sistema de un modo claro y transparente,²⁹ lo que sí parece evidente es que este tipo de situaciones no parecen ser, no obstante, ni las más frecuentes, ni al menos a nuestro juicio, las más complejas o peligrosas. En

²⁵ Pasquale, Frank, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Londres, Harvard University Press, 2015.

²⁶ Véase Barocas, Solon y Selbst, Andrew D., “Big Data’s Disparate Impact”, *California Law Review*, vol. 104, 2016, pp. 692 y ss.

²⁷ Disponible en: <https://files.ibr.cloud/public/2021-01/Italy%20Deliveroo%20algorithm%20decision.pdf?jeHeFXxcuAMv.Eg6Nirvo92di.phSBul>.

²⁸ Sobre esta resolución pueden consultarse, por ejemplo, el análisis de Perulli, Adalberto, “La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell’Ordinanza del Tribunale di Bologna”, *LavoroDirittiEuropa Rivista nuova di Diritto del lavoro*, núm. 1, 2021.

²⁹ Como señalaba, nuevamente, el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Directrices éticas...*, cit., p. 23.

realidad, los problemas o dificultades en este campo parecen provenir de causas mucho más complejas y, desde luego, bastante más sibilinas.

En este sentido, no cabe desconocer, en primer lugar, que este posible tratamiento discriminatorio a través de las decisiones informatizadas puede ser resultado, no tanto de una decisión voluntariamente tomada por el o por los programadores, sino la consecuencia, incluso inconsciente,³⁰ de trasladar al código y al propio algoritmo los sesgos internos e incluso las opciones y valores propios de unos programadores que no presenten la deseable diversidad étnica, de género o cultural. De la misma manera que unos negociadores colectivos casi exclusivamente varones pueden sobrevalorar, incluso inconscientemente, ciertos rasgos tradicionalmente masculinos en la evaluación y, por tanto, retribución de puestos de trabajo, unos programadores mayoritariamente hombres caucásicos pueden trasladar a la construcción del flujo o al etiquetado de datos, valores y creencias básicamente de sus grupos, infravalorando los de los demás.³¹ De ahí la importancia de que también entre los programadores y en los equipos de trabajo se incluya una necesaria diversidad étnica, racial, de género o religiosa que, unida a una previa reflexión del peso y uso de los posibles indicadores y del etiquetado correcto de los datos de entrenamiento prevea y anticipe el posible tratamiento peyorativo o el impacto desigual que el propio código podría tener entre los colectivos tradicionalmente discriminados.³²

Pero, en tercer lugar, y este es sin duda el caso más peligroso, también es posible encontrarnos casos en los que, siendo el algoritmo en principio neutro respecto a estos factores discriminatorios, el resultado o incluso su propia evolución puede llegar a serlo como consecuencia, básicamente, de los datos que lo alimentan o de los que se nutre para alcanzar su propuesta o resolución.

Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas aplicaciones, nuevamente muy usuales en las plataformas tecnológicas de transporte, cuyas elecciones o recomendaciones —básicas para la visualización del agente en la misma— se basan en las propias valoraciones que realizan los clientes. En estos casos, es dable

³⁰ En esta línea de *unintentional discrimination* véase, por ejemplo, el conocido trabajo de Barocas, Solon, Selbst, Andrew D., “Big Data’s...”, *cit.*, pp. 672 y ss.

³¹ Sobre los posibles efectos discriminatorios de la delimitación de las variables utilizadas *-target variable-* y las clases asociadas *-associated class-* por los programadores véase Barocas, Solon, Selbst, Andrew D., “Big Data’s...”, *cit.*, pp. 677 y ss.

³² Sobre esta necesidad, véase, por ejemplo, las propuestas en este sentido del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Directrices éticas...*, *cit.*, pp. 23 y 29: “Lo ideal es que la diversidad no solo se materialice en los equipos en términos de género, cultura y edad, sino también de antecedentes profesionales y conjuntos de competencias”.

pensar que en un porcentaje, quizá no mayoritario, pero sí significativo en cuanto a sus posibles efectos, tales valoraciones podrían estar sesgadas, o incluso ser claramente discriminatorias por razón de raza, etnia o género —por señalar los rasgos más frecuentes—.³³ De la misma manera que cabría incluso pensar si estas plataformas pueden permanecer incólumes, aisladas como terceros, frente a posibles actos discriminatorios que en los “mercados” teóricamente creados por las mismas pudieran generar clientes y oferentes que concurren en los mismos.

Es este un campo extraordinariamente complejo tanto por la fragmentación que se produce en las posiciones discriminatorias, como por la diversidad de estas mismas empresas —plataformas horizontales y/o verticales— o, en su caso, prestadores de servicios de la sociedad de la información. Por tanto y sin entrar aquí en la discutida cuestión de si nos encontramos ante intermediarios de servicios —que podrían reclamar en su caso la inexistencia de una obligación general de supervisión ex artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000— o, como sucede claramente en las plataformas verticales, auténticas empresas,³⁴ de lo que no cabe duda, es que, especialmente en este segundo caso, el efecto discriminatorio nunca podría justificarse por la empresa como la simple consecuencia de valoraciones o preferencias de los clientes cuando estas se encuentren claramente sesgadas por una causa discriminatoria.

Como hace tiempo señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el conocido caso *Feryn*³⁵ una decisión discriminatoria, por ejemplo, en la contratación, no puede ni podría justificarse bajo ningún concepto por la actitud discriminatoria de sus clientes frente a sus empleados. Por tanto, y trasladando la cuestión a estos supuestos, la empresa no podría justificar la decisión señalando que el algoritmo de evaluación del desempeño, se basa en valoraciones de sus clientes cuando resulte estadísticamente demostrado que las mismas reflejan un claro sesgo frente a determinados colectivos por razón de raza o sexo, entre otros. En estos casos, creemos que la empresa, a través de su algoritmo,

³³ En relación con la discriminación por origen racial en las valoraciones en Uber o Lift, véase el ya clásico trabajo de Ge, Yanbo *et al.*, “Racial and gender discrimination in transportation network companies”, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 22776, National Bureau of Economic Research, octubre de 2016, quienes ya entonces proponían la eliminación de nombres en la información o reserva de viaje.

³⁴ Como ya declaró el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en su conocida Sentencia del 10 de abril de 2018, C-320/16 ECLI:EU:C:2018:221 en relación con Uber France SAS.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 10 de julio de 2008, Asunto C-54/07, Recopilación de la Jurisprudencia 2008 I-05187; ECLI:EU:C:2008:397.

no puede simplemente aplicar y perpetuar situaciones discriminatorias: su obligación de no discriminar le debería llevar a establecer mecanismos que eviten esos sesgos —a través del uso de la misma IA, mediante la exclusión de aquellas valoraciones claramente discriminatorias, disonantes con la media, sin una justificación objetiva y que se centran, precisamente en tales colectivos— permitiendo una valoración libre de tales discriminaciones, aunque estas se encuentren en la propia sociedad. Y todo ello sin dejar de recordar la necesidad de que tales valoraciones, como datos personales del trabajador, se sometan a la normativa de protección de datos sobre la que más tarde volveremos, lo que supone la exigencia al responsable de que el tratamiento se desarrolle sobre datos exactos (artículo 5.1.d RGPS), debiendo informarse de ello al interesado (artículo 14 RGPD) que podría así reaccionar frente a este tipo de comportamientos.³⁶

Sea como fuere, seguramente la hipótesis más problemática se centra en aquellos casos en los que es el propio proceso de *machine learning* o aprendizaje automático el que acaba provocando la toma de decisiones o recomendaciones sesgadas. Como ya señalamos al principio de estas reflexiones, esta rama de la inteligencia artificial se caracteriza porque son las propias “máquinas” las que “aprenden” mediante la búsqueda de patrones que detectarían, no ya tanto la tradicional causalidad humana, sino la simple correlación entre datos aparentemente alejados o absolutamente desconectados del resultado que se pretende predecir. En este sentido, este tipo de procesos no pretenden señalar una causalidad tradicional entre un rango de datos y el resultado pretendido, sino la simple conexión o estrecha correlación entre unos y otros.

El problema en estos casos puede proceder, a su vez, de al menos tres situaciones, en ocasiones, además, estrechamente interrelacionadas. En primer lugar, cabe la posibilidad de que sea la propia muestra que se ofrece al sistema la se encuentre sesgada,³⁷ básicamente por la falta de pluralidad y diversidad en sus datos.³⁸ Esto puede llevar, simplemente, al desconocimiento de las minorías y, por

³⁶ Más ampliamente Calvo Gallego, Fco. Javier “Reputación digital y efectos sobre los trabajadores: redes sociales para contratación, uso y límites”, en Rodríguez-Piñero, Miguel y Todolí, Adrián (dir.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 468 y sig.

³⁷ Y ello, ya que como con claridad señalaban Barocas, Solon, Selbst, Andrew D., “Big Data’s...”, *cit.*, pp. 680, “*biased training data leads to discriminatory models*”.

³⁸ Véase Buolamwini, Joy y Gebru, Timnit, “Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification”, *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, vol. 81, 2018, disponible en: <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>. Igualmente, véase el tantas veces citado trabajo de Barocas, Solon y Selbst, Andrew D., “Big Data’s...”, *cit.*, pp. 684 y ss.; Hacker, Philipp, “Teaching Fairness to

tanto, a su exclusión, como ocurrió en el caso de las técnicas de reconocimiento facial cuyas bases mostraban sólo rostros caucásicos, con los consiguientes errores en mujeres subsaharianas o asiáticas.³⁹ La solución en este caso a un problema, por lo demás conocido, es, al menos en apariencia, simple: al igual que en los equipos, también las muestras deben ser analizadas buscando reflejar la diversidad social, con todo lo que ello supone, obsérvese, no sólo de eliminación de discriminaciones, sino también de mejora de la eficacia del sistema.⁴⁰

En esta misma línea de muestras sesgadas, un segundo problema en relación con los datos que se introducen en el proceso, y del que se nutre la máquina, es el hecho de que en ocasiones la elaboración de patrones por el sistema de IA se hace con base en conjuntos de datos etiquetados —*Labeling examples*— que en muchas ocasiones reflejan las elecciones anteriores en la empresa, por ejemplo, de selección o promoción, o que incluyen datos desfasados y, por tanto, no adecuados a la realidad.⁴¹ Y ello puede provocar que el algoritmo tienda a repetir o incluso a intensificar, ocultándolo además dentro de lógicas a veces no evidentes, este mismo sesgo tradicional,⁴² por ejemplo, primando a hombres sobre mujeres, no con base en este rasgo, obviamente, sino con elementos que con mayor frecuencia cabe encontrar en uno u otro colectivo. En este caso, nuevamente, la solución pasa por un previo examen y “limpieza” de estas mismas bases de datos, que deben reflejar realidades actuales, y con decisiones y “etiquetados” que muestren la tendencia a la paridad y a la diversidad que, en definitiva, se busca en los resultados extraídos del sistema de IA.

Finalmente, esta última referencia a la valoración de posibles elementos más cercanos o estadísticamente más recurrentes en los colectivos tradicionalmente

Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination under EU Law”, *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 4, también disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3164973, de donde tomamos la numeración en adelante, p. 6; Todolí, Adrián, “En cumplimiento...”, *cit.*, p. 16.

³⁹ Otro ejemplo bien conocido fue la utilización en Boston de los teléfonos móviles para detectar la existencia de baches. El problema es que los resultados estaban sesgados por la desigual distribución y presencia de teléfonos móviles entre las distintas clases sociales. Véase, nuevamente, Barocas, Solon y Selbst, Andrew D., “Big Data’s...”, *cit.*, p. 685.

⁴⁰ Véase, también en este sentido, Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Directrices éticas...*, *cit.*, p. 23.

⁴¹ Con referencia a un conocido ejemplo, Hacker, Philipp “Teaching fairness...”, *cit.*, p. 6.

⁴² Véase, nuevamente, Barocas, Solon y Selbst, Andrew D., “Big Data’s...”, *cit.*, pp. 681 y ss., quienes, además de señalar algunos ejemplos, sintetizaban la cuestión al indicar que “*as prior decisions affected by some form of prejudice serve as examples of correctly rendered determinations, data mining will necessarily infer rules that exhibit the same prejudice*”.

discriminados nos lleva, sin duda, al conocido y complejo problema de los proxies.⁴³ Y ello ya que el uso de bases cada vez más amplias y ligadas a aspectos sociales puede permitir la incorporación de datos que, sin ser los determinantes directos de la inclusión del sujeto en un grupo discriminado —color, sexo, etnia...— sí pueden permitir categorizarlos indirectamente —“*redundant encoding*” — en grupos que tiendan a coincidir con aquellos.⁴⁴

En estos casos es importante diferenciar, al menos a nuestro juicio, el concepto de *proxy*, como elemento neutral, pero estadísticamente más frecuente en los colectivos tradicionalmente discriminados, de aquellos otros aspectos que, sin referirse directa y expresamente a uno de los grupos discriminados, sí guardan una relación tal de pertenencia o conexión con el grupo tradicionalmente discriminado que, al menos a nuestro juicio, debieran simplemente considerarse datos identificatorios de colectivos discriminados y, por tanto, eliminarse de la información suministrada a la IA.

Pero más allá de estos casos, es obvia la existencia de estos proxies. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la tradicional segregación por razas o etnias en determinadas zonas geográficas y en la posible utilización de factores tan aparentemente neutrales como el código postal —por ejemplo, en relación con la proximidad al centro del trabajo—, o, en el caso estadounidense, la prevalencia o minusvaloración de ciertas universidades cuyos alumnos mayoritariamente pertenecen a determinadas razas o sexos. Es posible que, dada la tradicional postergación de estos colectivos discriminados, la máquina, en su aprendizaje autónomo, detecte una notable correlación de tal dato —aparentemente, y solo aparentemente neutro—, con un menor nivel de estudios, un mayor grado de delincuencia o un mayor índice de posibles impagos. La consecuencia, por tanto, de aplicar sin más tal correlación sería finalmente el encasillamiento del sujeto dentro de la caracterización general del grupo y, por tanto, la aplicación al mismo de una correlación general, sustancialmente conectada con factores prohibidos, con independencia de las circunstancias concretas del sujeto afectado, de la propia evolución social —con todo lo que ello supone de perpetuación de la situación discriminatoria que tradicionalmente ha padecido ese colectivo—, o incluso, obsérvese, de que el propio sujeto forme parte o no de tales colecti-

⁴³ Sobre el mismo, nuevamente, Barocas, Solon y Selbst, Andrew D., “Big Data’s...”, *cit.*, pp. 691 y ss.; Todolí, Adrián, “En cumplimiento...”, *cit.*, p. 16.

⁴⁴ Cuando la utilización de estos proxies se hiciera voluntariamente estaríamos seguramente ante lo que Barocas, Solon, “Data mining and the discourse on discrimination”, *Proceedings of the Data Ethics Workshop*, Nueva York, 2015, denominaba “Inferring Membership in Protected Class”,

vos, lo que, evidentemente, no impediría la posible existencia de un fenómeno de discriminación.

En definitiva, frente a todas estas situaciones resulta evidente la posibilidad de utilizar el aparato represivo antidiscriminatorio no sólo nacional, sino también internacional y comunitario. En estos casos, la utilización de una IA —incluso aunque ésta o su software no sean propiedad de la propia organización que la utiliza— no priva de responsabilidad a la misma organización que adopta la decisión objetivamente discriminatoria. Y, de hecho, la obligación de garantizar un comportamiento no discriminatorio obliga incluso, *in eligendo* a sus proveedores o *in vigilando* su comportamiento, a que el resultado sea objetivamente no discriminatorio. Y ello con independencia de las evidentes mayores exigencias que, en especial en las IA cuyo uso implique un mayor riesgo, debieran imponerse al creador/proveedor de la misma.

El problema, por consiguiente, no es ya tanto la aplicabilidad de todo este cuerpo normativo —aunque ciertamente puedan subsistir algunas zonas de incertidumbre sobre todo en el ámbito de la más específica normativa europea o comunitaria—⁴⁵ sino la posible efectividad de tales normas en estos casos. Y ello, seguramente, por dos factores fundamentales.

En primer lugar, por la dificultad de detectar, sobre todo, las discriminaciones indirectas, es bien sabido cómo en muchos de estos casos la decisión afecta a individuos aislados que no tienen capacidad para conocer la existencia de posibles sesgos o impactos desiguales desde un punto de vista estadístico. Por ello, es extraordinariamente importante que, como veremos más adelante, la propia organización que utilice la IA o sus encargados realicen auditorías internas en las que se evalúen estos posibles efectos discriminatorios. Y, en segundo lugar, resulta absolutamente necesario —al menos a nuestro juicio— que en este ámbito los organismos de promoción de la igualdad de trato desarrollen, con el lógico apoyo y respaldo público, y los consiguientes medios, análisis de estas cuestiones sobre todo cuando se refieran a bienes o servicios de uso generalizado y/o necesidad social.⁴⁶ Y ello, lógicamente, estableciendo el correlativo deber de información de las empresas u organizaciones titulares de la IA.

La segunda dificultad se centra, lógicamente, en la oscuridad de este proceso. En primer lugar, por la propia oscuridad del proceso de toma de decisiones por la IA, especialmente cuando este es autónomo, lo que hace muy difícil o en

⁴⁵ Sobre el tema, resulta de interés Hacker, Philipp, “Teaching fairness...”, pp. 12 y ss.

⁴⁶ En esta línea, por ejemplo, ya se movía el conocido Informe Podesta - Executive Office of the President, *Big data: seizing..., cit.*, p. 65.

algunas ocasiones prácticamente imposible acceder al mismo por parte incluso de sus propios creadores. Y, en segundo lugar, por las mismas dificultades de acceder al propio algoritmo cuando este es la clave de la propia empresa y, por tanto, está protegida por el secreto empresarial.⁴⁷

En estos casos, y más allá de la regla general, quizá sea importante recordar, no solo las reglas generales de prueba en estos casos, sino también la lógica subyacente en la doctrina del Tribunal de Justicia en estos casos. Como ya se señaló hace muchos años en el marco de la discriminación salarial de la mujer, la oscuridad de un proceso debe ser un argumento que traslade a la otra parte la prueba de su suficiente justificación cuando existan datos estadísticos suficientes.⁴⁸

Pero también es cierto, que aun cuando el Tribunal haya dado pasos en este sentido, no ha avanzado lo suficiente en relación con el derecho de un candidato objetivamente apto a conocer las causas de su rechazo. Tanto en los asuntos *Kelly*⁴⁹ como *Meister*⁵⁰ el Tribunal de Justicia, refiriéndose, eso sí, a la normativa discriminatoria, señaló expresamente que tales normas “no prevén el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación” a “acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato”.

Es cierto que en ambos casos esta premisa se matizaba al señalarse que no cabría “excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada” pudiera “constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presu-

⁴⁷ En este sentido, si bien es cierto que la Directiva 2009/24/CE del 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, en su Considerando 11, señala que “debe establecerse claramente que solo se protege la expresión del programa de ordenador y que las ideas y principios implícitos en los elementos del programa, incluidas las de sus interfaces, no pueden acogerse a la protección de los derechos de autor con arreglo a la presente Directiva”, no es menos cierto que seguramente dicho algoritmo sí puede considerarse tutelado por la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas siempre que reúna los requisitos del artículo 2; esto es, que sea secreta, tenga un valor comercial y haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta.

⁴⁸ STJ de 17 de octubre de 1989, asunto 109/88, Danfoss, Recopilación de Jurisprudencia, 1989 03199, ECLI:EU:C:1989:383. En esta línea véase Hacker, Philipp, “Teaching fairness...”, p. 23.

⁴⁹ STJ (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Asunto C-104/10, Kelly, Recopilación de Jurisprudencia 2011 I-06813; ECLI:EU:C:2011:506.

⁵⁰ STJ (Sala Segunda) de 19 de abril de 2012 asunto C-415/10, Meister, ECLI:EU:C:2012:217.

mir la existencia de una discriminación directa o indirecta”. Pero esta afirmación se hacía sólo como elemento que debería verificar el correspondiente tribunal nacional, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce. Y la práctica parece haber avanzado poco en este ámbito.

En cualquier caso, lo que también resulta evidente es el relevante papel que en este ámbito debieran jugar, nuevamente, los organismos de lucha contra la discriminación, tanto en el acceso como en la propia evaluación de estos algoritmos y resultados. Cuestión distinta es que, más allá de la necesaria regulación legal en este sentido, sean precisamente estos organismos los técnicamente más indicados para realizar esta cuestión.

III. ALGORITMO Y PROTECCIÓN DE DATOS

Estas últimas reflexiones y, por qué no decirlo, carencias de la normativa antidiscriminatoria, nos conducen directamente al segundo cuerpo normativo igualmente implicado en estos temas y que, cuenta igualmente, con una amplia regulación supranacional. Nos referimos, claro está, al derecho fundamental a la protección de datos, reconocido no sólo por el artículo 18.4 de la Constitución Española, sino también por los artículos 8o. tanto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 como de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales la Unión Europea. Se trata, además, de un derecho que en la actualidad cuenta con una regulación no sólo deducida del Convenio 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, sino también, y sobre todo, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, conectado, en el caso español, con la posterior Ley Orgánica 3/2018 del 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) que, como veremos, puede resultar ciertamente de utilidad en este ámbito.⁵¹

En este sentido, y en relación con los posibles efectos discriminatorios de los instrumentos y sistemas de IA, lo primero que debe destacarse es que el juego conjunto del artículo 9o. del RGPD y de la LOPDGDD prohíbe cualquier tipo de tratamiento de datos personales que “revelen” —obsérvese, por tanto, que también, al menos a nuestro juicio, aquellos falsos proxies que en realidad identifican por un rasgo esta misma inclusión— el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, la vida

⁵¹ Véase, por ejemplo, Hacker, Philipp, “Teaching Fairness...”, pp. 24 y ss.

sexual o la orientación sexual de una persona física. Ello supone una importante limitación para su uso por la IA en la medida en que, en el caso concreto español, esta prohibición no puede ser “levantada” mediante el simple recurso de la autorización del interesado, admitiéndose por tanto tales tratamientos —estén estos automatizados o no— en los estrechos ámbitos que permiten las restantes letras del artículo 9.2 RGPD.

En cualquier caso, lo segundo que debe destacarse es la importancia que en este ámbito tiene la aplicación a tales procesos —como tratamiento que son, al menos en la amplísima definición del artículo 4.2 RGPD— de los principios de tratamiento establecidos en el artículo 5 RGPD —en especial los de licitud, lealtad, transparencia, limitación de datos, exactitud y responsabilidad proactiva—. Y ello ya que, como recuerda el Considerando 71 del RGPD, con el “fin de garantizar un tratamiento leal y transparente respecto del interesado”, el responsable del tratamiento ha de “utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error”, de forma tal que se

tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto. Las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles sobre la base de categorías particulares de datos personales únicamente deben permitirse en condiciones específicas.

Desde esta perspectiva, el artículo 35 RGPD establece además que, cuando

sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales

pudiendo en su caso, no sólo solicitar la consulta previa a la autoridad de control a la que hace referencia el artículo 36 RGPD, sino solicitar igualmente el asesoramiento del delegado de protección de datos del artículo 39 RGPD.

En cualquier caso, y en este contexto, nos interesa además resaltar aquí tres cuestiones incorporadas en esta normativa y con un impacto específico en relación con estas decisiones automatizadas.

El primero, y aparentemente fundamental, es el derecho del interesado⁵² —recogido en el artículo 22 RGPD— a no ser objeto de determinadas decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado, incluyendo entre estos la elaboración de perfiles (artículo 4.4 RGPD). Es esta una norma que, al menos en una primera lectura, podría parecer muy incisiva y de una extraordinaria importancia. Pero, sin embargo, basta un análisis algo más detenido de la misma para matizar significativamente esta primera impresión, a pesar de sus notables avances sobre la regulación europea anterior (artículo 15 Directiva 95/46/CE del 24 de octubre de 1995).

En este sentido, lo primero que llama la atención es que la norma europea no contempla literalmente una prohibición de la elaboración automatizada de una propuesta o previsión sobre un sujeto, con independencia de que tal tratamiento deba respetar obviamente las reglas y principios establecidos en el RGPD que señalamos anteriormente.⁵³ En realidad, y si se lee con atención, el artículo 22.1 RGPD tan solo contempla el derecho —como algo posterior a ese proceso o incluso al resultado del mismo— a no ser objeto o soportar la aplicación de dicha decisión cuando esta, además de significativa para el interesado,⁵⁴ se encuentre basada únicamente —y esta es la palabra clave— en el tratamiento automatizado. Y decimos que es esta la palabra clave ya que si acudimos a las versiones inglesa —“*solely*”— o francesa —“*exclusivement*”— podemos concluir que necesariamente quedarían fuera de este derecho —teniendo por tanto que soportarla sin más— todas aquellas situaciones en las que la IA solo realice una previsión que guíe la posterior decisión de un ser humano o incluso cuando ela-

⁵² Lo que plantea problemas cuando los datos objeto de tratamiento han sido anonimizados, Sancho Villa, Diana, “Las decisiones individuales...”, *cit.*, p. 1735.

⁵³ En este mismo sentido, Sancho Villa, Diana, “Las decisiones individuales...”, *cit.*, p. 1729. Véase, no obstante, lo señalado por la misma autora en pp. 1739 y 1740.

⁵⁴ El considerando 71 considera, por ejemplo, significativas decisiones “como la denegación automática de una solicitud de crédito en línea o los servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna”. Sobre el tema y su mayor o menor expansión incluso en función de la vulnerabilidad del sujeto, véase, de nuevo, Sancho Villa, Diana “Las decisiones individuales...”, *cit.*, pp. 1736 y 1737.

bore una propuesta que pueda ser modificada, alterada o inaplicada por el responsable. En todos estos casos, en los que la persona ejerce una influencia real en el proceso de decisión, el artículo 22.1 RGPS no sería aplicable, si bien creemos que del espíritu de la norma se deduce que dicha participación “humana” tiene que ser significativa y, por tanto, estar en condiciones de aceptar, modificar o rechazar la propuesta o previsión que elabore el programa, no bastando, por ejemplo, su simple firma en un listado extraído directamente de la IA.⁵⁵

Ahora bien, no es sólo esta limitación lo que mitiga la importancia real de esta norma. Además, y en segundo lugar, es necesario resaltar cómo el propio artículo 22.2 RGDPD excluye de este derecho a aquellas decisiones que, no solo estén autorizadas por la normativa europea o estatal —aunque eso sí, impone que estas normas deberán fijar medidas adecuadas para salvaguardar los derechos, libertades e intereses legítimos del interesado—, sino que también admite las mismas cuando se basen en el consentimiento explícito del interesado o, lo que es aún más importante, cuando aún sin este último consentimiento, dicha decisión sea “necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento”.

Sin poder detenernos aquí en una exégesis más detenida de este precepto, lo que sí es evidente es la necesidad, por simple coherencia, y para evitar la absoluta devaluación del derecho reconocido en el primer punto de ese mismo artículo, de, en primer lugar, garantizar que el consentimiento del interesado cumpla todas y cada una de las exigencias —libre, específico, informado e inequívoco— del artículo 4.11 RGDPD, teniendo en cuenta las observaciones recogidas en el Considerando 43 de la misma norma.⁵⁶ Y, en segundo lugar, que cuando este se omite, dicha decisión, basada únicamente en el tratamiento automatizado, sea realmente necesaria —por ejemplo, por el volumen de candidaturas a

⁵⁵ Esta parece ser la opinión del entonces Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizada y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, de 3 de octubre de 2017, WP251rev.01, de 6 de febrero de 2018, p. 23. En la doctrina, dando cuenta del debate, Sancho Villa, Diana, “Las decisiones individuales...”, cit., pp. 1732-1735 y 1738-1739. En el campo laboral, véase, por ejemplo, Todolí, Adrián, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: Big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018, pp. 8 y 9.

⁵⁶ Lo que, por ejemplo, lleva a Todolí, Adrián, “La gobernanza colectiva...”, cit., p. 10 a sostener que “dado que, en el contrato de trabajo el consentimiento del trabajador por regla general no será válido —y a falta de una regulación interna—, solamente se podrá entender válida la decisión automatizada si es necesaria para la celebración o ejecución del contrato de trabajo”.

analizar— y no meramente conveniente o simplemente más cómoda para su celebración o ejecución.⁵⁷

En estos últimos casos, es cierto que el artículo 22.4 RGPD señala, obviamente, que las mismas “no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9.1 RGPD”, al que antes ya hemos hecho referencia. Pero incluso en ese caso, obsérvese que se admite una excepción cuando se apliquen las excepciones del apartado 2, letra *a)* o *g)* del mencionado artículo 9o. RGPD y “se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”.

Por ello, quizá mucho más interesante, al menos a efectos prácticos, resulte la obligación, contemplada en el artículo 22.3 RGPD, de acuerdo con la cual en aquellos casos en los que esta decisión, exclusivamente de la IA, se justifique por el consentimiento explícito del interesado o por ser necesaria la celebración o ejecución de un contrato, el responsable deberá al menos permitir al interesado, el derecho a expresar su punto de vista, a obtener una “intervención humana” por parte del responsable y, obviamente, a impugnar la decisión.⁵⁸

Ahora bien, parece evidente que para ejercer este derecho —conectado obviamente al de oposición— resulta imprescindible la necesidad de una previa información. Y es aquí donde se aprecia nuevamente la importancia —sobre todo ante las limitaciones del derecho de información que antes señalamos en relación con la normativa antidiscriminatoria— de los artículos 13.2. f) y 14.2.f) RGPD. Y es que en ellos se establece no sólo la obligación de información del responsable del tratamiento al interesado —en función de que los datos se hayan obtenido o no de aquel— de la existencia de las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, sino también —y esto es lo importante—, el derecho a acceder —en conexión con el artículo 15.1 h) RGPD— a una “información significativa”, tanto sobre la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado, como, sobre todo, de “la lógica aplicada”; un concepto, este último, ciertamente impreciso, pero que, al menos en nuestra opinión, debe ser interpretado desde la premisa general establecida en el mismo precepto y que reclama que esta información sea “necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal” y, queremos destacar nosotros, “transparente”.⁵⁹

⁵⁷ Sobre el tema véase, más ampliamente, Sancho Villa, Diana, “Las decisiones individuales...”, *cit.*, pp. 1740 y ss. y Todolí, Adrián, “La gobernanza colectiva...”, *cit.*, p. 10.

⁵⁸ Sobre la interpretación de estas garantías, nos remitimos nuevamente a Todolí, Adrián, “La gobernanza colectiva...”, *cit.*, pp. 10 y ss.

⁵⁹ Sobre los problemas y límites que ello plantea en los algoritmos de aprendizaje auto-

En cualquier caso, es importante también resaltar que, como suele ser habitual en la normativa de protección de datos, estos derechos de información se atribuyen de forma individual a cada interesado, con la consiguiente dificultad que ello conlleva para la obtención de resultados prácticos por cada uno de estos concretos individuos. El carácter transversal de esta normativa, su finalidad general y no sectorial, ha provocado que la misma olvide normalmente el posible momento colectivo de estos interesados; un momento colectivo que, sin embargo, resulta evidente en ciertos ámbitos como es el campo laboral.⁶⁰

De hecho, y a pesar de la oportunidad, en gran parte perdida, que en este ámbito supuso la LOPDGD, al menos en España, parece evidente la existencia de una clara tendencia al reconocimiento de ciertos derechos de acceso a la lógica del algoritmo o de la IA a favor de los representantes legales de los trabajadores cuando estos elaboren decisiones de trascendencia objetiva para los empleados o candidatos al empleo.

Así, y por señalar sólo dos ejemplos, nos limitaremos aquí a recordar cómo el artículo 2o. de lo que parece será la propuesta de un inminente (en el momento de cerrar estas líneas) Real decreto-ley para la laboralización de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales —fruto del acuerdo en la mesa de diálogo social—, incorpora una nueva letra d) del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores; un nuevo precepto este, por el que se reconocería a la representación legal de los trabajadores —y de forma traslaticia a los delegados sindicales ex artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, del 2 de agosto— el derecho a “ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”.

Sin poder detenernos aquí en un análisis detenido del precepto, lo que sí nos interesa destacar es, en primer lugar, que parece lógico considerar que esta norma no viola la Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los secretos comerciales, ya que el mismo artículo 3o. de la mencionada Directiva considera lícita la obtención cuando esta se realice en “el ejercicio del derecho de los tra-

mático, Sancho Villa, Diana “Las decisiones individuales...”, *cit.*, p. 1743 y Todolí, Adrián, “La gobernanza colectiva...”, *cit.*, p. 11 y ss.

⁶⁰ Sobre el tema me remito a lo que señalé específicamente en el campo laboral en Calvo, Fco. Javier, “Derechos digitales en la negociación colectiva”, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. Pamplona, Civitas, pp. 4225 y ss. Desde otra perspectiva puede consultarse Todolí, Adrián, “La gobernanza colectiva...”, *cit.*, pp. 14 y ss.

bajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados de conformidad con... el derecho o las prácticas nacionales”; y, en segundo lugar, a destacar que no nos encontramos, a pesar de la denominación de la norma, ante una regla solo aplicable a estas concretas plataformas: su futura e hipotética ubicación en una norma general como es el Estatuto de los Trabajadores conduciría a concluir señalando que esta regla sería aplicable a toda empresa con representación legal, con independencia de su sector de actividad, lo que resulta de una enorme trascendencia práctica.

Y en esta misma línea, aún más significativo es, al menos a nuestro juicio, el artículo 80.5 del recientísimo XXIV Convenio colectivo del sector de la banca.⁶¹ Bajo el título de “Derecho ante la inteligencia artificial”, este precepto, tras recordar el tantas veces señalado carácter bifronte de “las nuevas herramientas basadas en algoritmos”⁶² reconoce —con la clara influencia del artículo 22.1 RGPD— no sólo el derecho de las personas trabajadoras “a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley”, sino también el derecho a la “no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos”, pudiendo solicitar, en estos supuestos, “el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la Empresa, en caso de discrepancia”.

En cualquier caso, sin duda lo más relevante a estos efectos es que este mismo precepto convencional establece expresamente que:

las Empresas informarán a la representación legal de los trabajadores sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.⁶³

⁶¹ Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, «BOE» núm. 76, de 30 de marzo de 2021.

⁶² Literalmente señala como “las nuevas herramientas basadas en algoritmos pueden aportar valor hacia una gestión más eficiente de las Empresas, ofreciendo mejoras en sus sistemas de gestión. Sin embargo, el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas”.

⁶³ Sobre la experiencia italiana nos remitimos al excelente trabajo de Domínguez Morales, Ana, “Representación colectiva y negociación de derechos de trabajadores en plataformas”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 29, 2019, pp. 80 y 81.

Finalmente, no querríamos terminar este breve apartado sin destacar una última cuestión: la importancia y la capacidad que en este ámbito pueden jugar las autoridades nacionales de control independientes a las que hace referencia el capítulo VI del RGPD. Y ello, no solo por la amplitud de sus funciones — artículo 57 RGOD— sino también por lo incisivo de sus poderes —artículo 58 RGPD— y de su capacidad sancionadora. De ahí que fuese seguramente deseable que estas autoridades desarrollaran un papel especialmente intenso en este campo, incluso de forma conjunta —y aquí retomamos la cuestión que abríamos al final del anterior apartado— con los organismos nacionales de lucha contra la discriminación.⁶⁴

IV. LA NECESIDAD DE UNA VISIÓN MÁS AMPLIA

En cualquier caso, y en tercer lugar, resulta evidente que la importancia de la cuestión, su trascendencia no sólo jurídica, sino también económica, social y personal, exige que la lucha contra los posibles efectos discriminatorios de la IA no quede limitada únicamente al específico plano jurídico o normativo hasta ahora analizado o incluso otros sectoriales que aquí hemos obviado —como las normas de defensa de los consumidores o las importantes obligaciones en relación, sobre todo, para las plataformas en línea de muy gran tamaño, previstas en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales—. ⁶⁵

Sin rechazar la importancia de esta concreta faceta, sería injusto no mencionar al menos el impacto general, pero también social, que la denominada revolución algorítmica puede y seguramente tendrá, no sólo en el empleo o en la ocupación, sino también, y sobre todo, en la desigualdad y en la exclusión social; esto es, las posibles consecuencias segregadoras y discriminatorias derivadas de la implantación de la IA tanto en el plano de la desigualdad, como, y sobre todo,

⁶⁴ En esta línea, autores estadounidenses ya han propuesto la creación incluso de una agencia especializada en el control de estos algoritmos. Véase, por ejemplo, Tutt, Andrew, “An FDA...”, *cit.*, p. 116 y ss.

⁶⁵ La denominada “Ley de servicios digitales” COM (2020) 825, Véase en especial, en relación con los sistemas de recomendación, el artículo 29, de acuerdo con el cual estas singulares plataformas “establecerán en sus condiciones, de manera clara, accesible y fácil de comprender, los parámetros principales utilizados en sus sistemas de recomendación, así como cualquier opción que puedan haber puesto a disposición de los destinatarios del servicio para modificar o influir en dichos parámetros principales, incluida al menos una opción que no se base en la elaboración de perfiles”.

sobre la exclusión social y la discriminación por —en la variada terminología al uso— situación económica,⁶⁶ “fortuna”⁶⁷ “patrimonio”⁶⁸ o, más recientemente, aporofobia.⁶⁹

En este sentido, quizá no esté de más recordar cómo, más allá del discutido efecto de toda revolución industrial sobre el volumen de empleo, sobre si estamos realmente ante el fin del mismo o simplemente ante una nueva modificación de su composición —y ante qué tipo de modificación (por ejemplo, en función de su mayor o menor capacidad para ser sustituidos por este nuevo tipo de máquinas)—⁷⁰ lo que sí parece indudable es que en todos estos procesos, al menos inicialmente, lo que sí se ha generado es un incremento de la desigualdad; la aparición de ganadores y de perdedores, con la consiguiente y posible segregación de nuevos o no tan nuevos colectivos. Piense, en este sentido, y por poner algunos ejemplos, en las dramáticas modificaciones en las demandas de las organizaciones y en las capacidades requeridas a los trabajadores; en la importancia que puede suponer el impacto en aquellos segmentos de más edad —en los que mayor es la brecha digital— o en aquellos con tareas más repetitivas (normalmente los salarios más bajos, menor retribución y cualificación) y en donde seguramente se centrará este proceso de destrucción de empleo, máxime ante sus mayores dificultades para lograr transiciones virtuosas en los nuevos mercados cada vez más transicionales. Si a todo ello unimos el posible impacto de determinadas formas empresariales asentadas en plataformas, en muchas de las cuales el modelo de trabajo a tiempo completo e indefinido, con un salario suficiente para satisfacer las necesidades familiares es casi una entelequia, tendremos las claves para comprender cómo este necesario acercamiento multidimensional debe abordar igualmente los posibles efectos de segregación y exclusión de un nuevo colectivo que podríamos definir como precariado⁷¹ o del colectivo cada vez más amplio y, en ocasiones, estancado, de lo que se ha

⁶⁶ Artículo 2o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁷ Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁸ Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁶⁹ Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo del pobre*, Barcelona, Paidós, 2017.

⁷⁰ Para una revisión de diversos estudios sobre estos efectos, desde la perspectiva centrada en su impacto en el volumen, pero también en la calidad del empleo, véase UGT, *Impacto de la automatización en el empleo en España*, octubre 2018 disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/24-_maquetado_impacto_de_la_automatizacion_en_el_empleo_en_espana.pdf.

⁷¹ Utilizó aquí, obviamente, el conocido y discutido término creado por Standing, Guy, *The Precariat. The New Dangerous Class*, Londres, Bloomsbury Academic, 2011.

dado en llamar trabajadores o —más descriptiva y estadísticamente— ocupados en hogares pobres.⁷²

En este sentido, esta nueva perspectiva, mucho más profunda y general, reclamaría también actuaciones dentro de una estrategia más extensa y multidimensional, que aborde desde una perspectiva deseablemente supranacional, las distintas dimensiones que, incluso desde el plano antidiscriminatorio, plantea la IA. Una perspectiva, que, en definitiva, asuma que sólo una IA segura y fiable, robusta técnicamente, pero también legalmente regulada y éticamente condicionada en sus múltiples impactos y dimensiones, permite eludir significativamente las consecuencias discriminatorias, segregadoras y de exclusión social que su uso puede provocar para una amplia capa de la sociedad.⁷³

Por ello, creemos que solo estrategias complejas, centradas en las personas y sus necesidades, pueden ser efectivas; estrategias que, junto a medidas legales y promocionales por parte de los poderes públicos deben contemplar igualmente actuaciones que potencien —en palabras de la Comisión Europea— “la capacidad de anticipación” y “la priorización de la inversión en las personas” como “la piedra angular de un planteamiento integrador y centrado en el ser humano”, que eso sí, requerirá una inversión significativa, para lograr “que nadie quede rezagado”.⁷⁴

V. Y DE UNA IA ÉTICAMENTE RESPONSABLE: EL PAPEL DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

Sea como fuere, y ya para concluir estas breves notas, junto a ese desarrollo normativo y a la imprescindible actuación de los poderes públicos en la lucha contra los posibles efectos de segregación y exclusión social, creemos que esta estrategia omnicomprensiva debería igualmente incorporar un plano ético y hacer un llamamiento a las empresas y organizaciones privadas para que, en el marco de su responsabilidad social, desarrollaran códigos de conducta y exigencias de comportamiento que fueran más allá de este, eso sí imprescindible, marco jurídico y preceptivo.

⁷² Véase, por todos, Calvo, Javier y Gómez-Alvarez, M. Rosario, *Trabajadores pobres y pobreza en la ocupación. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, Murcia, Laborum, 2017.

⁷³ Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Directrices éticas...*, cit., pp. 5 y ss.

⁷⁴ En este sentido, Comisión Europea, *Inteligencia artificial...*, cit., pp. 13 y ss.

En esta línea, seguramente sería de un enorme interés, como hace poco tiempo señalaba el Grupo Independiente de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, el desarrollo de códigos o políticas internas en el marco que podrían proporcionar futuros sistemas de normalización;⁷⁵ la adopción de estándares que permitieran abordar y eliminar en su caso estos sesgos en sus algoritmos y datos;⁷⁶ la obtención de certificaciones que, de forma complementaria a la regulación, dotaran de confianza a los consumidores e interesados; la creación de paneles o consejos de expertos para la supervisión y el asesoramiento en su funcionamiento, en el diseño y en la aplicación de tales sistemas; la designación, en su caso, de una persona encargada de las cuestiones éticas que pudieran plantearse en el desarrollo, implementación y utilización de estas IA; el intercambio de buenas prácticas con otras organizaciones; la creación de canales de información, debate e implicación con las partes interesadas y con los propios trabajadores a través del diálogo social, así como la creación de grupos y equipos de trabajo que reflejen la diversidad operando con mecanismos seguros desde su construcción y por defecto.⁷⁷

En definitiva, actuaciones suplementarias, repetimos, a una normativa y a una actuación de los poderes públicos absolutamente necesaria, pero que permitiera incorporar en la dinámica y cultura de la propia empresa la necesidad de una IA lícita, ética y robusta —ya que su debilidad también puede provocar daños involuntarios—, adecuándola a las singularidades de cada sector y entidad; una actuación, por tanto, que partiendo de principios éticos como los propuestos recientemente por el Grupo de Alto Nivel —esto es, el respeto a la autonomía humana, la prevención del daño, la equidad y la explicabilidad— los integrara en el proceso de realización y evaluación de la misma, incluyendo igualmente sistemas de rendición de cuentas.

⁷⁵ En este ámbito seguramente serán de interés las aportaciones que en un futuro podría generar el Comité Técnico de Normalización CTN 71 Tecnologías Habilitadoras Digitales (THD) creado por la Asociación Española de Normalización (UNE) con el apoyo de la Secretaría de Estado de Avance Digital. En el marco de la ISO son de especial interés las labores del grupo de trabajo WG3 del SC 42, en especial ISO/IEC AWI TR 24368 “Overview of ethical and societal concerns” y ISO/IEC DTR 24027 “Bias in AI systems and AI aided decision making”.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, el Proyecto P7003 - Consideraciones de sesgo algorítmico del IEEE, o, más en general, The IEEE Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent System disponible en: <https://standards.ieee.org/industry-connections/ec/autonomous-systems.html>.

⁷⁷ Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Directrices éticas...*, cit., pp. 28 y 29.

Unas actuaciones que, en definitiva, trasladaran al ámbito privado los principios hoy recogidos, sólo para el ámbito público en el artículo 21 de la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso;⁷⁸ una propuesta ésta que, no sólo parte de una acción promocional por parte de las administraciones públicas destinada a promover el uso de una Inteligencia Artificial ética y confiable —siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido—, sino que, además, impondría —aunque solo para los algoritmos “involucrados” en toma de decisiones que se utilicen por las administraciones públicas— la necesidad de que estos tuvieran en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, incluyendo su diseño y datos de entrenamiento y abordando su potencial impacto discriminatorio. Y todo ello, claro está, sin olvidar la priorización de la transparencia en su diseño e implementación, así como la interpretabilidad de las decisiones adoptadas.

VI. CONCLUSIONES

Tras todo lo hasta ahora expuesto, bien podríamos concluir señalando que la incorporación de la inteligencia artificial a casi todas las facetas de la vida social y, sobre todo, económica, no parece ser ya una mera o simple opción, sino una auténtica realidad, imprescindible, además, si no queremos quedarnos atrás en esta nueva economía del dato, basada en la actual revolución algorítmica.

El problema es que, aunque ciertamente esta revolución —y el uso de la IA como emblema— suponen innumerables ventajas y oportunidades, también presenta muy importantes riesgos. El primero de ellos es la posible aparición de discriminaciones, ya sea en la propia programación, o como consecuencia del proceso interno de aprendizaje, como consecuencia, en este último caso, de las posibles valoraciones sesgadas de los usuarios o, entre otros del carácter sesgado de los datos, tanto por su composición —infrarrepresentación de minorías— como por la presencia en los mismos de actuaciones discriminatorias pasadas, o por el uso de proxies que permiten reiterar, mediante elementos conexos, la categorización de grupos tradicionalmente discriminados, aplicándoles sin más los prejuicios derivados de realidades en muchas ocasiones desfasadas.

En todos estos casos, la normativa antidiscriminatoria, desarrollada incluso a nivel supranacional, supone un primer instrumento destinado a evitar estas con-

⁷⁸ Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (122/000121), *BOCG. Congreso de los Diputados* Núm. B-146-1 de 29/01/2021.

secuencias indeseables. Pero es evidente que esta normativa, aunque importante, se desarrolló mayoritariamente en otro contexto y que, por tanto, presenta ciertos déficits o dificultades en su aplicación a estos casos; unos déficits que no sólo reclaman una labor más incisiva de los organismos públicos competentes en esta materia, sino también, la ayuda de una normativa más moderna y adecuada, como la derivada de la protección de datos.

En este sentido, los principios generales de tratamiento —no sólo de transparencia, licitud, lealtad y limitación de finalidades, sino también el de exactitud, cuando los datos reflejan realidades desfasadas—, unido a los derechos de información sobre la lógica de decisiones automatizadas limitadas, aunque sea de forma muy condicionada, cuando no existe participación humana, ofrecen, como decimos, una batería normativa ciertamente significativa, más aún si se combinan con las reglas antidiscriminatorias y la exigencia de una evaluación de impacto en estos casos. De ahí la importancia de una actitud activa de las autoridades de control independientes que, al menos a mi juicio, deberían colaborar activamente en este campo con los organismos públicos de lucha contra la discriminación antes mencionados.

En este sentido, también sería importante que, siempre que sea posible —y destacadamente en el campo laboral, cuando el interés no sea simplemente difuso, sino que se encuentre claramente representado— se dé un papel relevante a los representantes colectivos de los interesados, por ejemplo, a la representación legal de los trabajadores, lo que sin duda abriría el campo fértil —como demuestra la experiencia española o italiana—, a una regulación no sólo legal, sino también colectiva del algoritmo y su funcionamiento.

En cualquier caso, también creemos que, junto a esta perspectiva, estrictamente normativa y específica, la nueva realidad que se abre ante nosotros exige, por un lado, una visión más amplia que abarque igualmente actuaciones ante los posibles efectos segregadores y de exclusión social que la generalización de estas tecnologías puede tener —sobre todo para los segmentos de mayor edad y menor cualificación—, y que, por el otro, potencie actuaciones de responsabilidad social, absolutamente necesarias y que podrían orientarse en línea con las propuestas del Grupo Independiente de Expertos de Alto nivel sobre Inteligencia Artificial de la Unión Europea.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANGWIN, Julia *et al.*, “Machine Bias. There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks”, *ProPublica*, 23 de mayo de 2016.
- ASARO, Peter, “What is an ‘AI Arms Race’ Anyway?”, *I/S: A Journal of Law for the Information Society*, vol. 15, núm. 1-2, primavera de 2019.
- BARBERA, Marzia, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milán, Giuffrè, 1991.
- BAROCAS, Solon, “Data mining and the discourse on discrimination”, *Proceedings of the data ethics workshop*, Nueva York, 2015.
- BAROCAS, Solon y SELBST, Andrew D., “Big Data’s Disparate Impact”, *California Law Review*, vol. 104, 2016.
- BUOLAMWINI, Joy y GEBRU, Timnit, “Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification”, *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, vol. 81, 2018.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, 3a. ed., España, Alianza Editorial, 2005.
- CALVO, Fco, Javier, “Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo”, *Creatividad y sociedad: revista de la Asociación para la Creatividad*, España, núm. 26, noviembre de 2016.
- CALVO GALLEGO, Fco. Javier, “Reputación digital y efectos sobre los trabajadores: redes sociales para contratación, uso y límites”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y TODOLÍ, Adrián (dir.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Navarra, Aranzadi, 2020.
- CALVO GALLEGO, Fco. Javier, “Derechos digitales en la negociación colectiva”, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Pamplona, Civitas, 2021.
- CALVO, Javier y GÓMEZ-ÁLVAREZ, M. Rosario (dir.), *Trabajadores pobres y pobreza en la ocupación. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, Murcia, Laborum, 2017.
- COFONE, Ignacio, “Algorithmic Discrimination Is an Information Problem”, *Hastings Law Journal*, vol. 70, núm. 1389, 2019.
- Comisión Europea, *La Construcción de una economía de los datos europea*, Bruselas, 10.1.2017, COM (2017) 9 final.

- Comisión Europea, *Inteligencia artificial para Europa*, Bruselas 25.4.2018, COM (2018) 237 final.
- Comisión Europea, *Fostering a European approach to Artificial Intelligence* Bruselas, 21.4.2021 COM(2021) 205 final.
- CORTINA, Adela, *Aporofobia, el rechazo del pobre*, Barcelona, Paidós, 2017.
- DATTA, Amit et al., “Automated Experiments on ad Privacy Settings: A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination”, *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, vol. 2015, núm. 1,
- DIETERICH, William *et al.*, “COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity”, 8 de julio 2016, disponible en: http://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf.
- DOMÍNGUEZ MORALES, Ana, “Representación colectiva y negociación de derechos de trabajadores en plataformas”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 29, 2019.
- EUBANKS, Virginia, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, Nueva York, St. Martin’s Press, 2017.
- European Political Strategy Centre, *The Age of Artificial Intelligence*, EPSC Strategic Notes, núm. 29, 2018.
- Executive Office of the President, *Big data: seizing opportunities, preserving values*, mayo de 2014.
- Executive Office of the President, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, mayo de 2016.
- FERNÁNDEZ, Ana, “Inteligencia artificial en los servicios financieros”, *Boletín Económico Banco de España*, núm. 2, 2019.
- GE, Yanbo *et al.*, “Racial and gender discrimination in transportation network companies”, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 22776, National Bureau of Economic Research, octubre de 2016.
- Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizada y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, de 3 de octubre de 2017, WP251rev.01, de 6 de febrero de 2018.
- Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas*, Comisión Europea, Bruselas, abril de 2019.
- HACKER, Philipp, “Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 4.

- HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, trad. de Alfredo Bergés, Barcelona, Herder, 2014.
- KLEINBERG, Jon *et al.*, “Discrimination in the Age of Algorithms”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 10, 2018.
- KIM, Pauline T., “Data-Driven Discrimination at Work”, *William & Mary Law Review*, vol. 58, núm. 3, 2017.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State vs. Loomis”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018.
- PARKER BLACK, Jacob, “Facebook and the Future of Fair Housing Online”, *Oklahoma Law Review*, Vol. 72, núm. 3, 2020.
- PAQUALE, Frank, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Londres, Harvard University Press, 2015.
- PERULLI, Adalberto “La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell’Ordinanza del Tribunale di Bologna”, *LavoroDirittiEuropa Rivista nuova di Diritto del lavoro*, num. 1, 2021.
- RIFKIN, Jeremy, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, trad. de Guillermo Sánchez Gallego, Barcelona, Paidós Ibérica, 2010.
- SANCHO VILLA, Diana, “Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”, en TRONCOSO, Antonio (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, t. I, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2021.
- STANDING, Guy, *The Precariat. The New Dangerous Class*, Londres, Bloomsbury Academic, 2011.
- TODOLÍ, Adrián, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: Big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018.
- TODOLÍ, Adrián, “En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour & Law Issues*, vol. 5, núm. 2, 2019.
- TUTT, Andrew, “An FDA for Algorithms”, *Administrative Law Review*, vol. 69, núm.1, invierno de 2017.
- UGT, *Impacto de la automatización en el empleo en España*, octubre de 2018, disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/24-_maquetado-_impacto_de_la_automatizaci3n_en_el_empleo_en_espana.pdf.

CONCEPTO DE APARIENCIA EXTERNA: SU CONFIGURACIÓN COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN*

CONCEPT OF EXTERNAL APPEARANCE: ITS CONFIGURATION AS A CAUSE OF DISCRIMINATION

CONCEPT D'APPARENCE EXTÉRIEURE: SA CONFIGURATION COMME CAUSE DE DISCRIMINATION

Emilia CASTELLANO BURGUILLO**

RESUMEN: La protección de la apariencia externa de la persona trabajadora, tanto la física como la llamada estética resulta una cuestión controvertida que ha ido analizándose por nuestros tribunales de justicia, principalmente, caso por caso. Lo que sí es cierto es que no nos encontramos ante una cuestión pacífica en la doctrina y jurisprudencia, hay autores que consideran que el derecho a la propia imagen no incluye lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical o semántico, pudiera parecer: el derecho de cada uno a llevar el aspecto que estime oportuno. Por el contrario, se considera que hay aspectos que pueden limitar este derecho al amparo del ejercicio de la libertad de empresa para organizar los recursos humanos como manifestación del poder de dirección de la persona empleadora.

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479)

** Desde 1997, la autora del artículo ha compaginado la docencia, la investigación y la gestión universitaria. Con respecto a la primera, se ha impartido clases en grado y postgrado. Doctorado y másteres como Acceso a la Abogacía, Prevención de Riesgos Laborales, Políticas Territoriales de Empleo, Asesoría jurídica de la empresa, etcétera, todas ellas materias vinculadas a la rama del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



Palabras clave: conflicto entre derechos fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales.

SUMMARY: The protection of the external appearance of the worker, both physical and so-called aesthetics, is a controversial issue which has been analysed by our courts of justice, mainly on a case-by-case basis. What is true is that we are not faced with a peaceful issue in doctrine and jurisprudence, there are authors who consider that the right to one's own image does not include what, from a strictly grammatical or semantic point of view, might seem: the right of each one to bear what he deems appropriate. On the contrary, it is considered that there are aspects that may limit this right under the exercise of the freedom of enterprise to organize human resources as a manifestation of the management power of the employer

Keywords: Conflict between Fundamental Rights and Non-Fundamental Constitutional Rights.

RÉSUMÉ: La protection de l'apparence extérieure du travailleur, à la fois physique et soi-disant esthétique, est une question controversée qui a été analysée par nos tribunaux, principalement au cas par cas. Ce qui est vrai, c'est que nous ne sommes pas confrontés à une question pacifique dans la doctrine et la jurisprudence, il y a des auteurs qui considèrent que le droit à sa propre image n'inclut pas ce qui, d'un point de vue strictement grammatical ou sémantique, peut sembler: le droit de chacun de porter ce qu'il juge approprié. Au contraire, on considère qu'il y a des aspects qui peuvent limiter ce droit en vertu de l'exercice de la liberté d'entreprise d'organiser les ressources humaines comme une manifestation du pouvoir de gestion de l'employeur.

Mots-clés: Conflit entre les droits fondamentaux et les droits constitutionnels non fondamentaux.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Tratamiento a nivel internacional.* III. *Tratamiento a nivel europeo.* IV. *El derecho nacional español.* V. *Tutela del derecho fundamental a la propia imagen.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Definir los elementos esenciales que estarían incluidos en el “concepto de apariencia externa del trabajador/a”, a efectos de delimitarlo como posible causa de discriminación, bien en el acceso al mercado de trabajo o bien durante la relación laboral, o en el momento de extinción de esta, conlleva un ejercicio de análisis en profundidad como mínimo desde la perspectiva constitucional y laboral. En el ámbito concreto de las relaciones laborales, el artículo 5o. del Estatuto de los Trabajadores¹ consagra, por una parte, el deber de la plantilla de observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten, aspecto este último que tiene importancia en esta materia como posteriormente analizaremos, y por otra, el principio de buena fe contractual que nos obliga a respetar los intereses de la contraparte, en la mayor medida posible, pero sin sacrificar por completo los propios intereses. Esta idea llevada a la temática que va a ser tratada en el estudio propuesto supone que respetemos la imagen, la apariencia externa del trabajador/a, pero conciliándolo con los intereses de la parte empresarial, de la parte empleadora; lo que va a significar poner límites a esa apariencia externa y al poder empresarial, desde el momento en el cual la relación laboral no es una relación entre iguales.

En cuanto al concepto de apariencia externa a utilizar, consideramos que debemos centrarnos en un concepto amplio que incluya cualquier aspecto físico o estético. Esta forma de plantear la cuestión está relacionada con la plasticidad de las causas de discriminación previstas en nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de realizar una interpretación amplia de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona que más se aproximen por su contenido y definición a la concreta situación que queremos proteger y garantizar, de manera que siguiendo la teoría de los criterios y principios interpretativos de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, demos respuesta a nuevas realidades que se producen en nuestra sociedad. Es decir, interpretando en sentido amplio el derecho a la propia imagen quizá podamos llegar a proteger otro derecho como la apariencia externa.

Y todo ello, porque el derecho en sentido amplio tiene como misión ordenar las relaciones entre los diversos individuos y en particular el derecho del trabajo, hacerlo para regir los derechos y deberes de la persona empleadora y de la persona a emplear, y en su caso sus representantes legales, pero desde la pers-

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE de 24 de octubre de 2015.

pectiva de la necesidad de adaptarse a las nuevas realidades que se muestran en nuestro mercado de trabajo.²

II. TRATAMIENTO A NIVEL INTERNACIONAL

A nivel internacional debemos partir de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998.³ Esta Declaración compromete a los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes. Estas categorías de derechos son:

- La libertad de asociación y libertad sindical.
- El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
- La eliminación del trabajo forzoso y obligatorio, la abolición del trabajo infantil.
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En esta última categoría se incluirían todas aquellas normas que tengan como finalidad última evitar o resarcir un supuesto de discriminación en el ámbito laboral como es el caso de los supuestos que vamos a analizar en este estudio, y que se refieren a la no contratación o no mantenimiento en el empleo por la apariencia externa del trabajador/a, si es que se puede considerar un supuesto de discriminación.

De los convenios de la OIT que ha ratificado España podemos referir los que se consideran fundamentales en la materia que analizamos. En particular, el convenio sobre discriminación en el empleo y ocupación de 1958 (núm. 111). El artículo 1o. de ese convenio núm. 111, define la discriminación como

² En parecidos términos, se pronuncia Rodríguez Cardo, Iván, *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*. Asturias, Publicaciones del CES de Asturias, Colección de estudios 2009, núm 9, p. 53.

³ Otra normativa internacional importante es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y culturales de 1966; y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

“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”. La letra b) del punto 1 de este artículo se refiere a “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”. Mientras que en la letra a) de ese punto 1 se refiere a aspectos como la raza, el color, el sexo, la religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, algunos de los cuales pueden estar relacionados con el concepto amplio de apariencia externa, como es el caso de la raza, el color, sin embargo, consideramos que existen otros elementos de apariencia externa de un trabajador/a que quedarían fuera de esta previsión legal; de ahí que optemos por apoyar nuestra postura también en la letra b) del punto 1 de este convenio.

Después de la aprobación del Convenio de la OIT núm. 111 en 1958 y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998, debemos destacar que fue en el trabajo de revisión y mejora permanente que se realiza en el seno de la OIT, se aprueba en el año 2011, en la Conferencia Internacional del Trabajo, 100 reunión, un informe global sobre la declaración de derechos fundamentales antes referida, y en particular sobre la igualdad en el trabajo.⁴ Se señala que es un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. En este informe se pone de manifiesto que las manifestaciones principales de la discriminación tienen relación con aspectos colectivos como:

- Los migrantes.
- Las mujeres.
- Los pobres.
- Los menores de edad.
- La raza, el origen étnico (incluyéndose los casos de los Afrodescendientes, de los naturales de América Latina, de los pueblos indígenas, del pueblo romaní).
- La religión.
- Las ideas políticas.
- El origen social, el hecho de pertenecer a alguna casta determinada.

⁴ Informe del director general Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. 2 de marzo de 2021, disponible en: https://www.ilo.org/declaration/info/publications/eliminationofdiscrimination/WCMS_166923/lang-es/index.htm.

- La enfermedad como ocurre con los serológicos.
- La discapacidad cuando se considera diferente a la enfermedad.
- La edad.
- La orientación sexual.
- Los factores genéticos.
- Y encontramos causas más cercanas a nuestro estudio, como el estilo de vida.
- El exceso de peso.
- La estatura.
- La condición de fumador.

En este amplio listado sería deseable que se incluyeran otros aspectos personales y estéticos, tanto de hombres como de mujeres, como la forma de llevar el cabello, tener o no barba, la vestimenta, el uso de símbolos, complementos de bisutería, etcétera.

La doctrina ha distinguido entre apariencia física y apariencia estética en esta materia. La apariencia estética entraría en el campo de elección de la persona que decide que sea de una determinada forma, mientras que la apariencia física no es elegida, la heredamos genéticamente.⁵

De acuerdo con esta definición, en la apariencia física no podemos en principio incidir, ni empleados ni empleadores, salvo intervenciones quirúrgicas cuando sea posible, pues es la apariencia con la cual nacemos o la que se desarrolla a medida que vamos creciendo, ser alto o bajo, ser más bello o menos, tener determinados rasgos en el rostro, etcétera. Sin embargo, en la apariencia estética sí podemos influir al ser aspectos que voluntariamente decidimos tener o no, aparentar o no, y que incluso son modificables a lo largo de nuestra vida.

Parecería, por tanto, que sólo respecto de esa apariencia estética, la parte empleadora podría tomar decisiones respecto de contratar o no una persona o mantenerla en el empleo, con los límites que luego analizaremos, no siendo ello posible respecto de la apariencia física que sería causa justificativa para construir una discriminación no amparada en ninguna causa legal, aunque esto también lo matizaremos posteriormente a la luz de la jurisprudencia nacional. Lo que suele ocurrir cuando existe falta de una legislación específica en un caso como la materia concreta que queremos proteger, es que nos vemos obligados a acudir a otra

⁵ Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 84. También puede consultarse Serra Callejo, Javier, “La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas”, *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, Madrid, 1993, núm. 127, pp. 96 y ss.

causa de discriminación en busca de tutela, causa regulada legalmente que nos sirva de amparo al respecto, es el caso del derecho a la propia imagen que vamos a analizar en profundidad en el presente estudio, como derecho que pudiera amparar la apariencia de las personas trabajadoras.

III. TRATAMIENTO A NIVEL EUROPEO

A nivel europeo y comenzando por el derecho originario de la Unión Europea (en adelante UE), hay que destacar que el artículo 2o. del Tratado de Funcionamiento de la UE⁶ prevé que “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad”.

El artículo 10 de este mismo tratado señala que “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Como podemos comprobar, la apariencia externa (ya sea física o estética) del trabajador/a no se contempla entre las causas que pueden dar lugar a situaciones de discriminación. Y en el caso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016)⁷, su Título III (artículos 20 a 26) contempla igualmente el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato, al declarar que

Descendiendo al ámbito del Derecho Derivado de la UE encontramos varias normas de interés, aunque nos centraremos sólo en dos directivas (y sin mencionar todo el elenco de normas sobre igualdad entre mujeres y hombres):

- Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.⁸
- Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.⁹

⁶ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones Anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. BOE de 30 de marzo de 2010.

⁷ DOCE núm. 202 del 7 de junio de 2016.

⁸ DOCE núm. 180 del 19 de julio de 2000.

⁹ DOCE núm. 303 del 2 de diciembre de 2000.

Si tenemos en cuenta la primera de las directivas citadas, los aspectos que protege también forman parte de la apariencia externa de una persona, los rasgos físicos, de terminadas etnias o procedencia nacional, como el color de la piel, los rasgos indígenas, la altura de los nacionales de ciertos países, etcétera, marcan o pueden hacerlo los rasgos de apariencia de una persona.

En cuanto a la Directiva 2000/78/CE, señalamos que en sus considerandos iniciales proclama que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de trato para todos y contribuyen decididamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal (considerando noveno).

También en esta norma se indica que la apreciación de los hechos de los que puede resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales y otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales (considerando decimoquinto).

En el ámbito del empleo, las posibles discriminaciones pueden revestir numerosas formas. Por ejemplo, por el color de la piel, las personas de ascendencia africana ven una “disociación especialmente marcada entre la calidad de su empleo y su nivel de educación, que se manifiesta en una tasa de trabajo peor remunerado entre las personas con un título superior en comparación con la población en general”.¹⁰

Hay datos obtenidos de la investigación de que a los candidatos que se identifican abiertamente como musulmanes en sus currículos, los convocan a menos entrevistas de trabajo en comparación con candidatos igualmente cualificados con un *curriculum vitae* sin connotaciones religiosas.¹¹ También hay una tasa mucho mayor de jóvenes de origen norteafricano, de ascendencia africana o de comunidades gitanas¹² que no trabajan, ni estudian ni reciben formación, en

¹⁰ Documento COM (2020) 565 final de 18 de septiembre de 2020, p. 12 y Being Black in the EU | European Union Agency for Fundamental Rights (europa.eu), 2 de marzo de 2021, disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/being-black-eu>.

¹¹ Documento COM (2020) 565 final de 18 de septiembre de 2020, p. 12. Véase también el proyecto de investigación Horizonte 2020 sobre crecimiento, igualdad de oportunidades, migración y mercados (GEMM), disponible en: <http://gemm2020.eu/>.

¹² Sobre esta materia pueden consultarse otros documentos como: Documento COM (2020) 620 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Una Unión de la Igualdad: Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos, de 7 de octubre de 2020. Este documento tiene dos anexos. Documento COM (2020) 406 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe sobre la apli-

comparación con la población general.¹³ Además, en todos estos casos tenemos en común que el valor de una persona se ve socavado por estereotipos basados en prejuicios.¹⁴

1. *Estereotipos y prejuicios, dos conceptos enemigos de la igualdad*

Un grupo especial también lo constituyen las personas pertenecientes a la comunidad de lesbianas y gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante LGBTIQ)¹⁵ no por el hecho en sí mismo de su orientación sexual, sino por los símbolos, vestimenta, etcétera, que puedan mostrar, que forman parte de su identidad pero que les puede identificar como perteneciente a este grupo y eso puede generar de nuevo prejuicios en la parte empleadora. Por último, decir en este epígrafe que la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) tiene un papel muy importante en toda esta materia que estamos analizando,¹⁶ principalmente por el asesoramiento que pueden brindar en la interpretación de los derechos fundamentales, tanto a instituciones europeas como a los gobiernos nacionales.

IV. EL DERECHO NACIONAL ESPAÑOL

Nuestra norma suprema en el artículo 18 consagra el derecho constitucional a la propia imagen, en concreto señala que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Consideramos que estamos ante un derecho de la personalidad que permitiría a sus titulares disponer de la forma en que se presenta esa imagen, es decir, su aspecto físico o apariencia, y que puede configurarse de forma independiente respecto de derecho al

cación de las estrategias nacionales de integración de los gitanos, año 2019; de 5 de septiembre de 2019.

¹³ Being Black in the EU | European Union Agency for Fundamental Rights (europa.eu), disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/being-black-eu>.

¹⁴ Documento COM (2020) 565 final de 18 de septiembre de 2020, p. 2.

¹⁵ Sobre este aspecto puede consultarse el Documento COM (2020) 698 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025, de 12 de noviembre de 2020.

¹⁶ Informe sobre los Derechos Fundamentales 2020. 3 de marzo de 2021, disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-fundamental-rights-report-2020-opinions_es.pdf.

honor o la intimidación personal.¹⁷ Como ha señalado algún autor¹⁸ “las normas constitucionales... resultan en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas”, es esta elasticidad del derecho lo que pretendemos analizar en el presente estudio, precisamente porque su amplia interpretación puede amparar el derecho de los trabajadores/as a no ser discriminados por su apariencia física o estética. Este derecho constitucional y fundamental debe ponerse en relación con el derecho a la igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la misma norma. Estos derechos amparan al potencial trabajador/a al inicio de la relación laboral, cuando se está realizando la selección de personal, durante la relación laboral y al final de esta.¹⁹

Se trata de una interpretación que avala el propio Tribunal Constitucional que ha subrayado una y otra vez este carácter abierto de la Constitución.²⁰ A pesar de lo anterior, no podemos negar la dificultad de una interpretación de la Constitución que incluya todos los aspectos de la apariencia externa de una persona como elementos del derecho a la propia imagen (física y estética). Para interpretar nuestra norma suprema podemos seguir los criterios de la interpretación literal, o bien completar esta con la llamada interpretación sistemática, la histórica y la teleológica o finalista (artículo 3o. del Código Civil). Desde luego, la interpretación gramatical o literal de cualquier precepto jurídico resulta imprescindible, pero no es suficiente. Esta labor interpretativa además va a depender de si estamos ante la parte orgánica de la Constitución, la relativa a órganos e instituciones del Estado, o si estamos ante su parte dogmática, es decir, la relativa a derechos fundamentales y libertades públicas.²¹ La interpretación

¹⁷ Doctrina reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias entre las que puede citarse, a modo de ejemplo, la STS, 1ª, 19.07.2004 (Ar. 5462). También puede consultarse De las Hervas Vives, Luis, “El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal”, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, febrero de 2018.

¹⁸ Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, citando la obra de Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del Derecho”, en el artículo titulado “La interpretación de la Constitución”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Aranzadi, núm.169, 2014, p. 1.

¹⁹ Sobre esta materia puede consultarse Montoya Melgar, Alfredo, “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, núm. 75, pp. 163-166; Agra Viforcós, Beatriz, “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, Madrid, 2006, núm. 275, pp. 3-54.

²⁰ Por citar de las primeras sentencias emitidas en este sentido destacar las STC 11/81, FJ 7, STC 194/1989, FJ 2, entre otras.

²¹ Así lo pone de manifiesto Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

sistemática consiste en decidir el significado de una disposición a la luz de otras disposiciones previamente interpretadas. Siempre siguiendo además criterios de ponderación de derechos y el principio de proporcionalidad, como ocurre en este caso con el derecho o libertad de empresa (artículo 38 CE) y el derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). Esto último supone que se valoren los derechos en conflicto, se establezca el valor que debería darse a cada uno de ellos, y se aplique en consecuencia el que más valor tenga o se le otorgue, sin que el otro pueda ser derogado o invalidado totalmente. Por tanto, en el caso que analizamos debemos poner en valor el derecho de la organización a establecer su política de recursos humanos determinada frente al derecho de las posibles personas empleadas a tener una determinada imagen que no coincida con lo descrito en esa política de recursos humanos.²²

Como hemos indicado, el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa, lo que llevado al ámbito jurídico laboral significa tener poderes de organización y dirección que incluyen, entre otros aspectos, decidir cómo será el sistema de acceso a la organización, el sistema de selección de personal,²³ sujetándose en

²² El Tribunal Constitucional ha indicado que la empresa no es un territorio inmune a los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores. Según la STC 88/1985, de 19 julio, las organizaciones empresariales no forman “mundos separados y estancos del resto de la sociedad”; “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”; asimismo, la libertad de empresa no legitima el que los trabajadores “deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”; en fin, “las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza”. En la sentencia 129/1989, de 17 de julio, el Tribunal Constitucional ha destacado, asimismo, que la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, por la desigual distribución, en el seno de este, de poder social entre el empresario y el trabajador. Reiteran la misma doctrina, entre otras, las SSTC 4/1996, de 16 de enero (fund. jur. 4º); 106/1996, de 12 de junio (fund. jur. 5º); 204/1997, de 25 de noviembre (fund. jur. 2º); 197/1998, de 13 de octubre (fund. jur. 2º); 80/2001, de 26 de marzo (fund. jur. 3º) y 20/2002, de 28 de enero (fund. jur. 4º).

²³ “La libertad empresarial de elección de trabajadores puede así verse limitada por lo dispuesto en los convenios colectivos cuando éstos exijan para contratar la utilización de determinadas técnicas de selección, la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos designados para valorar las condiciones de los aspirantes o cualquier otra cláusula de alcance similar que obligue a los empresarios a cumplir determinados requisitos antes de proceder a la incorporación de nuevos trabajadores”. Aguilera Izquierdo, Raquel, “El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, 2003, núm. 1.

todo caso a lo que estuviera previsto en la negociación colectiva aplicable,²⁴ con el límite del respeto a los derechos fundamentales de los aspirantes.²⁵ Este es el primer momento en el cual la apariencia externa del candidato/a puede ser rechazada por el empleador/a, y ello porque las técnicas de selección de personal permiten conocer como es lógico este aspecto. En el caso de que la selección se realice mediante entrevistas ya sean individuales o grupales,²⁶ a través de la conversación que se entabla se pueden llegar a conocer aspectos privados o íntimos de las personas candidatas.²⁷ Llegando incluso a considerarse que el candidato/a puede omitir o falsear datos,²⁸ lo que no es posible en todo lo relacionado con su apariencia externa, aunque lo que sí es cierto es que esta puede variar entre el día de la entrevista y una vez que la persona haya sido contratada.²⁹ También resulta habitual comprobar las redes sociales de los candidatos/as que pueden parecer más idóneos, ya que no dejan de ser una carta de presentación de estos

²⁴ Así lo señala también Montoya Melgar, Alfredo, “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2000, núm. 23, p. 31.

²⁵ Sobre los límites derivados de la prohibición de discriminación y el respeto al derecho a la intimidad de los candidatos ver, Cámara Botía, Alberto, “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, núm. 33, 2001; Goñi Sein, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988; Sala Franco, Tomás, *Trabajo y Libertades Públicas*, Madrid, La Ley-Actualidad, El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral dir. Borrajo Dacruz, Efrén, Madrid, 1999; Valdés Dal-Re, Fernando, *Comentarios a las Leyes Laborales*. Madrid. Servicios públicos de empleo y contratación laboral. Tomo IV, dir. Borrajo Dacruz Efrén, Madrid, Edersa, 1983; De Vicente Pachés, Fernando *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, CES, 1998.

²⁶ Leal Millán, Antonio (coord.), *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*, Madrid, Pirámide, 1999,

²⁷ De Vicente Pachés, Fernando, *op. cit.*

²⁸ Como señala Montoya Melgar, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2001, p. 65, la inducción a contratar recurriendo a falsedades u ocultaciones constituirá un vicio en el consentimiento contractual, “salvo casos extremos en que la mentira sea la única forma de preservar la esfera privada del trabajador u otro derecho fundamental en peligro”.

²⁹ Como ha señalado algún autor: “Desde esta perspectiva, la apariencia estética debería ser objeto de tratamiento en la entrevista de trabajo o, en todo caso, en los albores del contrato. Lógicamente, si el trabajador acude a trabajar en ropa informal o con determinado aspecto desde el mismo comienzo de su relación laboral y el empresario muestra tolerancia, un cambio de parecer después de cierto tiempo, cuando se ha creado un determinado contexto de informalidad, requiere una justificación suficiente en la que se motive el porqué del cambio de criterio, en virtud de los principios de buena fe y de respeto a los propios actos”. Gil y Gil, José Luis, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, CARL, 2003, pp. 260 y ss.

donde aparecen aspectos que pudieran interesar a la empresa y donde su apariencia externa se muestra normalmente de forma abierta.

Es cierto que la buena fe que debe presidir las relaciones laborales lleva al empresario a respetar los intereses del trabajador, pero sin que por ello renuncie a sus intereses de forma absoluta, puede defender aquellos intereses que sean legítimos por todos los medios lícitos, aunque con limitaciones.³⁰

En esta colisión de derechos que se produce entre la libertad de empresa y el derecho fundamental a la propia imagen, en principio parecería que se debe priorizar al derecho fundamental. Esa prevalencia de los derechos fundamentales, algunos autores la deducen de las intervenciones de nuestro legislador, por ejemplo, mediante la creación de algunas instituciones legales como la figura del despido radicalmente nulo, en los casos de discriminación o atentado a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador,³¹ por ser la mayor sanción o repercusión para la empresa, porque conlleva inevitablemente la readmisión del trabajador/a y el pago de los correspondientes salarios de tramitación, no dándose, por tanto, por concluida la relación laboral.

La cuestión que nos planteamos es hasta dónde se encuentra obligado el empleador/a para el respeto de estos derechos fundamentales, por ejemplo, en el sentido de imponerle una actitud de fomento, desarrollo o facilitación del ejercicio del derecho en cuestión. Nuestro tribunal constitucional ha declarado en este sentido que

la conducta del empresario ha de hallarse presidida por un principio de neutralidad: las actividades productivas no pueden verse alteradas para potenciar, fomentar o facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales. Por sí mismos, los derechos fundamentales no constituyen cláusulas ilimitadas de excepción, que justifiquen el incumplimiento de los deberes asumidos en el contrato de trabajo. La sujeción del empresario a los derechos fundamentales no justifica, por sí sola, un menoscabo de los principios de seguridad jurídica y *pacta sunt servanda*.³²

³⁰ Gil y Gil, José Luis, "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, núm. 13, 2003, p. 2.

³¹ Así se deduce de la doctrina del TC, en sentencias como las siguientes: STC 38/1981, de 23 de noviembre, STC 197/1998, de 13 de octubre, STC 88/1985, STC 126/1990, STC 6/1995, STC 106/1996, STC 186/1996 y STC 1/1998, en particular respecto del derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE, destaca la STC 99/1994.

³² SSTC 19/1985, de 13 de febrero, y 129/1989, de 17 de julio.

Estas declaraciones supondrían entrar en el examen del gravamen que el empresario/a puede sufrir si la ponderación de derechos se soluciona a favor de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. El perjuicio que sufre la organización podría medirse tanto en términos económicos como no económicos, pero de cualquier forma debe ser un perjuicio real, valorable, que le lleve a proponer a las personas trabajadoras algún tipo de cambio.

Algo que tampoco podemos perder de vista es que la buena marcha del negocio, como fin último que persigue la persona empleadora, porque no sólo redunde en beneficio de la parte empresarial, sino que las personas trabajadoras también pueden conseguir mejores perspectivas en el empleo (por ejemplo, mayor estabilidad, posibilidad de promoción profesional, mejoras salariales, reparto de beneficios, primas de productividad, etcétera).

Si descendemos a los casos concretos en los cuales la apariencia externa del trabajador puede verse afectada por las políticas de recursos humanos de la organización, resulta que debemos partir de la idea de que cualquier persona está facultado para decidir sobre su indumentaria o vestimenta, corte y color de pelo, tatuajes, maquillaje, piercings, etcétera. Estos aspectos como tales, y como ya hemos indicado, no están reconocidos en ningún derecho, pero sí pueden formar parte del derecho fundamental del artículo 18 CE, del artículo 4.2.e) ET, ligados al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE),³³ siempre que los mismos sean interpretados por los operadores jurídicos de forma amplia, de forma plástica, adaptable a la realidad de cada momento.

V. TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN

El artículo 53 de nuestra norma suprema proclama como medio de protección de estos derechos el recurso de amparo, recurso preferente y sumario. Además de esta previsión debemos tener en cuenta lo que se dice en el orden

³³ Como algún autor ha señalado: “Por consiguiente, resulta palmario que, en ausencia de un propósito de difusión o captación de la imagen, el derecho a la propia imagen del trabajador no se encuentra afectado por las decisiones empresariales relativas a la indumentaria o a la apariencia estética. En estos supuestos entra en juego el derecho a la intimidad, vinculado intensamente a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, que en último término facultan al interesado para adoptar decisiones estéticas en relación con su vestimenta o su persona”. Cordero Saavedra, Luciano, “Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2000, núm. 101. pp. 249-267; Cristóbal Roncero Rosario, “Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 199, 2017, pp. 75-95.

civil sobre resarcimiento de daños y perjuicios, como otra vía posible de protección. En este sentido, debemos acudir a la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,³⁴ como desarrollo del contenido del artículo 18 CE, a través de la correspondiente Ley Orgánica (artículo 81 CE), frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas, de manera que conforme a su artículo 90.³⁵

la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional... La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

- a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos.
- b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.
- c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.
- d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos...

La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso,...

Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Esto supone restablecer la forma de prestar el servicio o actividad de la misma manera que se realizaba antes de la intromisión ilegítima en el derecho. Además de todo lo anterior, en el ámbito laboral, en concreto la Ley 36/2011, del 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social,³⁶ en sus artículos 177 a 184 recoge el procedimiento judicial de tutela de los derechos fundamentales

³⁴ BOE de 14 de mayo de 1982.

³⁵ De Verdad y Beamonte, José Ramón, “El derecho a la propia imagen”, en varios autores, *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Pamplona, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 145 y 146; García Ortega, José, “La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales”, en De Verdad Beamonte, José Ramón (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Asimismo, Cordero Saavedra, Luciano, *op. cit.*

³⁶ BOE 11 de diciembre de 2011.

y libertades públicas. El artículo 177 legitima a los propios trabajadores o a los sindicatos para iniciar la oportuna reclamación judicial pudiendo ser demandados tanto el empresario como cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Se trata de un proceso judicial urgente y preferente. Según el artículo 179.3, la demanda debe expresar claramente:

- Los hechos constitutivos de la vulneración.
- El derecho o libertad infringido.
- Y la cuantía de la indemnización que se solicita con base en la gravedad, duración y consecuencias del daño causado.

Y finalmente el artículo 182 de esta misma norma declara que la sentencia que se dicte estipulará haber lugar o no al amparo judicial solicitado, y en caso de que se estime la demanda, se declarará, según el caso, la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

Asimismo, se podrá declarar la nulidad radical de la actuación del empleador, o sujeto causante del daño, y se ordenará el cese inmediato de la actuación de que se trate, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados. Concluyendo con la indemnización que proceda en los términos señalados en el artículo 183.³⁷

VI. CONCLUSIONES

El repaso de la doctrina y de la jurisprudencia (aunque esto se hará más ampliamente en otro artículo de este mismo número de la revista) muestra que para entender incluidos el concepto de apariencia externa, física y estética, en el derecho fundamental a la propia imagen debemos tener en cuenta varios aspectos:

³⁷ Rodríguez Cardo, Iván, “El resarcimiento de los datos morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Aranzadi, 2014, núm. 169, pp. 1-23.

El hecho de que la persona trabajadora desempeñe sus servicios de cara al público es algo importante, pues al prestar su consentimiento en el contrato de trabajo parece que también consiente en la imagen que se va a mostrar de él.³⁸ En relación con lo anterior, debemos tener en cuenta “la concreta función” que el trabajador/a ha asumido a través del contrato de trabajo, pues esta puede justificar limitaciones a su apariencia externa que estén relacionadas con ese desempeño público de su prestación de servicios.

Si nos referimos a la vestimenta, tenemos que distinguir el uso de un determinado uniforme de trabajo,³⁹ lo que puede ser una exigencia lícita cuando responda a consideraciones de organización, imagen de la empresa ante el público, etcétera; de lo que sería la forma de vestir de la persona trabajadora cuando no se trata de llevar uniforme,⁴⁰ pues las soluciones legales y jurisprudenciales no van a ser las mismas.

³⁸ Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 59.

³⁹ El TS en su sentencia del 23 de enero de 2001, se pronunció sobre el uso de uniformes y además de forma diferencial para hombres y mujeres, en relación con la decisión de RENFE sobre la uniformidad del personal del AVE; en concreto, el personal masculino debía usar pantalón y calcetines, mientras que las mujeres debían vestir medias y falda con un largo prefijado (dos centímetros por encima de la rútila). Las trabajadoras alegaban que los usos sociales admiten la utilización indistinta de falda y pantalón por parte de mujeres, de modo que la imagen de la empresa no se veía perjudicada cualquiera que fuese la decisión de las afectadas. Sin embargo, el Alto Tribunal —valorando el compromiso que la empresa había mostrado en el pasado por la consecución efectiva de la igualdad laboral entre ambos sexos— advierte que la tolerancia o aceptación social no es obstáculo para que el empresario pueda imponer a las trabajadoras que prestan servicios de cara al público —dato que la sentencia convierte en decisivo, pues compara la situación con la de otras trabajadoras de RENFE que podían elegir entre falda y pantalón por no prestar servicios en contacto con los clientes— la utilización de falda, porque la decisión empresarial no respondía a una finalidad sexista ni trataba de denigrar al personal femenino, sino que pretendía consolidar una imagen de marca (FJ 4º).

⁴⁰ En la STSJ de Canarias de 20-12-2001, se declara legítimas las reglas de uniformidad impuestas por una empresa dedicada al *handling* en aeropuertos, aun cuando no se referían estrictamente a la vestimenta, sino a otros aspectos de la apariencia estética, configurando requisitos diferentes para hombres y mujeres. En concreto, la empresa había efectuado precisiones sobre *el maquillaje o el peinado*, tales como que «el maquillaje del rostro debe ser discreto, en tonos naturales, el de los ojos es obligatorio en colores que armonicen con el uniforme y el maquillaje de labios es obligatorio llevarlo siempre pintados, con coles brillo o acordes con el uniforme, señalándose igualmente que los peinados permitidos, son pelo corto sin rapados en nuca o patillas, media melena cuya longitud no exceda del cuello, moño no demasiado alto, cola cuya longitud no exceda de los hombros, el flequillo no deberá sobrepasar la altura de las cejas, no permitiéndose peinados ultramodernos. Como se dijo, la obligación de utilizar determinada indumentaria puede venir prevista en el propio convenio colectivo, o incluso en normas de rango superior. Así lo advierte la STSJ de Andalucía/Granada de 13 de noviembre de 2001, que resolvió un supuesto donde

Alguna jurisprudencia ha resaltado el carácter implícito en relación con la apariencia o vestimenta en diversas actividades profesionales (por ejemplo, cargos directivos), considerándose que es de conocimiento común que determinadas actividades laborales requieren una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme a lo que serían las reglas de trato social admitidas, normas de cortesía, que se darían por conocidas y supuestas sin necesidad de pacto expreso, de manera que la persona que acceda a prestar servicios en estas actividades no podría eximirse de esas obligaciones o normas.⁴¹

En ocasiones no estaremos ante restricciones sino ante exigencias de la empresa de mostrar una determinada imagen, como ocurre con tatuajes o piercings, por ejemplo, si se trata de una empresa dedicada a hacer tatuajes o piercings, de manera que el propio trabajador/a sea un muestrario de los aspectos o servicios que se pueden prestar.

los trabajadores comenzaron a acudir a sus respectivos puestos de trabajo con una camiseta que mostraba una reivindicación sindical (en protesta por la privatización de la empresa), y no con la vestimenta exigida por el convenio colectivo, que debía proporcionar, como así lo había hecho, el empleador. Ante la amenaza expresa de sanción si no desistían de su conducta —que no puede calificarse como extralaboral, ni como contenido de la esfera personal—, el sindicato reclamó frente a la orden empresarial que impedía llevar las camisetas reivindicativas y exigía acudir al puesto con la ropa de trabajo proporcionada por la empresa, pero el tribunal desestimó la pretensión. En efecto, la sentencia advierte que la obligación de utilizar una determinada vestimenta derivaba del convenio colectivo, firmado por el sindicato actor, lo que le obliga a una mayor diligencia en el cumplimiento. En consecuencia, la decisión empresarial estaba amparada por el contenido del pacto, y no vulneraba ni la libertad de expresión ni la libertad sindical, en la medida que la ropa de trabajo no incluía consignas o anagramas empresariales que pudieran estimarse lesivos de las pretensiones sindicales.

⁴¹ STSJ de Madrid del 5 de noviembre de 2007. En concreto, un comercial de un concesionario de automóviles acudía a su puesto en ocasiones con indumentaria informal, como una camiseta deportiva, con número de dorsal, pantalones vaqueros y zapatillas de deportes. Tras dos sanciones anteriores por el mismo motivo, sin que el trabajador rectificase su conducta, la empresa —que aducía que la actitud del actor respondía a la negativa del empleador a pactar una extinción fraudulenta con el propósito de que el trabajador pudiera acceder a la protección por desempleo e incorporarse a una empresa familiar— procedió a su despido. El comercial, en su demanda, tachaba de ilícita la decisión empresarial por distintos motivos, y en particular, porque ni el convenio colectivo ni el contrato —ni tampoco una norma de rango legal o reglamentario— establecían la uniformidad, ni la exigencia de una indumentaria formal —chaqueta y corbata—, y, asimismo, la empresa no había fijado normas internas sobre tal cuestión —que se entendía por tanto implícita o inherente al normal desarrollo de la actividad—, no proporcionaba ropa de trabajo ni compensaba económicamente al trabajador (mediante un plus de vestuario, por ejemplo). En consecuencia, se alega vulneración del derecho a la propia imagen —lo que daría lugar a una calificación como despido nulo— y, en cualquier caso, el demandante estima que el incumplimiento carecía de gravedad suficiente para justificar la sanción más grave, de modo que el despido disciplinario habría de ser calificado, en último término, como improcedente

También es importante saber si en el contrato de trabajo se ha fijado o no un periodo de prueba, durante el cual la parte empleadora puede observar esa apariencia externa de la parte empleada y en caso de no resultar acorde con la política de empresa, resolver el contrato sin más consecuencias jurídicas.

También debemos tener en cuenta hasta dónde puede llegar el *ius variandi* del empresario/a, bien en la fórmula de movilidad funcional, geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo;⁴² por los cambios de puesto de trabajo, funciones, etc., que se vean condicionados por la apariencia externa de la persona empleada, de manera que pudiera darse el caso de tener que desempeñar unos servicios o actividades visibles o no para terceros.

Es importante que se justifique el verdadero interés empresarial, basado en que los clientes o usuarios del servicio son auténticos acreedores de un trato exquisito, que exige un comportamiento ejemplar de los empleados/as.⁴³

Desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, por ejemplo, el uso de determinada vestimenta, objetos personales que pueden causar accidentes, se podría limitar justificando la decisión en el derecho fundamental de protección a la vida e integridad física del artículo 15 CE.⁴⁴ El artículo 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales configura la protección frente a los

⁴² Pedrajas Moreno, Abdon y Sala Franco, Tomás, “La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)”, *Actualidad Laboral*, Madrid, 2008, núm. 12, pp. 1456 y ss.

⁴³ Así se puede observar al analizar la STS de 2 de junio de 1987 (Ar. 4100) donde un empleado de casino ofende a su superior en presencia de los clientes que en ese momento estaban en el establecimiento. Ballester Pastor, Inmaculada, “Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral”, *Tribunal Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*. Madrid, 2005, núm. 169, pp. 27-36.

⁴⁴ Así puede comprobarse en la STSJ de Baleares de 7 de octubre de 2003, en la cual una trabajadora, oficial administrativo de una compañía aeronáutica, es despedida por no cumplir la orden empresarial de vestir el chaleco reflectante cuando se encontrase en la pista del aeropuerto, pese a que había sido advertida en ocasiones anteriores sobre dicha exigencia. En la sentencia se considera que la negativa de la trabajadora a vestir el chaleco reflectante constituye una conducta grave y culpable por tratarse de una medida de seguridad en el trabajo que no puede ser ignorada por su parte por eso el despido es procedente. Como ha señalado algún autor “la altura o el peso podrían requerir del empleador medidas específicas desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, cuando provoquen, o pudieran generar, riesgos específicos para la salud del trabajador o de sus compañeros. En tal caso, la altura o el peso deben relacionarse con las exigencias físicas del puesto, y las condiciones o aptitudes físicas del sujeto (coordinación, agilidad, etc.) también podrían jugar un importante papel en la evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva”. Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 87.

riesgos laborales como un derecho y como un deber del empresario y también de las personas trabajadoras.⁴⁵

Desde el punto de vista de la salud pública y la higiene alimentaria también se han resuelto casos, aunque no siempre en el mismo sentido. En este supuesto debemos considerar que la salud pública y la higiene alimentaria no son responsabilidad exclusiva de los poderes públicos, todos debemos contribuir a ella, y los empresarios deben asimismo evitar cualquier riesgo sanitario para los clientes, consumidores o usuarios de los productos o servicios que fabriquen o proporcionen, y por ello están en disposición de obligar a sus trabajadores a utilizar determinada indumentaria. Así, por ejemplo, lo recogen los convenios colectivos de la industria alimentaria, que tipifican como infracción el incumplimiento de esas exigencias relativas a gorros, guantes y prendas similares.⁴⁶ Si

⁴⁵ Como ha declarado algún autor: “Desde esta perspectiva, el empresario podría incluso conminar a los trabajadores a dejar de utilizar ropa que proporcione inadecuado abrigo, especialmente en lugares de trabajo con aire acondicionado, o en los que pudiera haber corrientes de aire. Desde luego, el empresario tiene obligación de reducir los riesgos, y debería evitar escenarios de esa índole, pero también es exigible al trabajador cierta diligencia en la elección de su indumentaria. Ciertamente, no obstante, que este tipo de órdenes resultan poco frecuentes y en la práctica podrían confundirse con consignas de corte moral, especialmente si la indicación se dirige principalmente a mujeres. Consecuentemente, para proceder a una orden de esta índole deben extremarse las cautelas y la justificación debe ser explícita y clara, para eliminar susceptibilidades y malinterpretaciones”. Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁶ No lo ha considerado igual, parece, la Inspección de Trabajo en Barcelona que dio la razón a una demanda interpuesta por el sindicato Comisiones Obreras contra la empresa Burger King, a la cual solicitó que rectificase su política sobre la vestimenta de sus empleados, según la cual los trabajadores hombres debían afeitarse la barba y llevar corbata, mientras que las mujeres debían llevar un lazo, todo ello por “motivos de higiene alimentaria”. La Inspección de Trabajo consideró que “en el caso de la obligación de ir rasurados los hombres, se vulnera el derecho a la propia imagen, recogido en la Constitución. No parece justificada simplemente aludiendo a razones de higiene alimentaria. La higiene alimentaria se consigue con igual eficacia mediante otras medidas más moderadas y no lesivas de derechos fundamentales como puede ser la obligatoriedad del uso de barbillero o similar para los trabajadores con barba, bigote o perilla. En relación con el uniforme diferenciado entre hombres y mujeres, el inspector se pregunta por qué una mujer no puede llevar una corbata o un hombre un lazo. [Esta práctica empresarial] carece de justificación objetiva y resulta contraria al principio de no discriminación por razón de sexo”, concluye Inspección”, “Trabajo obliga a Burger King a permitir que sus empleados lleven barba”, *El País*, 30 de julio de 2019, disponible en *elpais.com*. Aunque sobre este aspecto podemos destacar en sentido contrario, la STC 170/1987 de 30 de octubre, relativa a un empleado de hostelería (con la categoría de primer barman) que decidió dejarse barba, y pese a las advertencias empresariales optó por no rasurarse, lo que conllevó, en primer lugar, dos sanciones de empleo y sueldo y, finalmente, el despido (dos años después de dejarse la barba y tras numerosas negativas al afeitado). El TC advierte que se trata de una cuestión de mera legalidad —lo que desde luego resulta discutible— y acepta la calificación como despido improcedente y no nulo, sin efectuar mayores precisiones.

bien podemos estar de acuerdo en el último planteamiento de la Inspección de Trabajo de Barcelona en cuanto al uso de la corbata por los hombres y el lazo por las mujeres, no podemos afirmar lo mismo del resto de su planteamiento.

Algunos autores han señalado que

mientras las limitaciones a la apariencia estética deben fundamentarse en la existencia de un interés comercial o empresarial, la falta de aseo o higiene personal entronca directamente con la buena fe contractual, y está implícita en toda relación contractual, con las matizaciones, obviamente, que necesariamente deben efectuarse respecto de aquellas actividades donde la naturaleza o el lugar de prestación de servicios imposibilitan que el trabajador mantenga una elemental pulcritud.⁴⁷

Esta postura suele estar extendida en la negociación colectiva donde se tipifica la falta de aseo o higiene como infracción normalmente leve o grave si hay reiteración, afecta al resto de la plantilla, etcétera. En este caso es preciso ser cautos en las decisiones que pueda tomar la organización porque dichas decisiones no pueden afectar sólo a un determinado sexo, raza, etcétera, por considerarse colectivos más propensos a la sudoración o porque tiene un olor corporal más fuerte.

De cualquier forma lo que sí es cierto es que no nos encontramos ante una cuestión pacífica en la doctrina y jurisprudencia, hay autores que consideran que el derecho a la propia imagen no incluye lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical o semántico, pudiera parecer: el derecho de cada uno a llevar el aspecto que estime oportuno; jurídicamente hablando, este último derecho debe ser entendido, como hace nuestra jurisdicción constitucional, como otra manifestación del más genérico derecho a la intimidad,⁴⁸ pero analizando caso por caso y sólo pudiendo apuntarse algunos aspectos generales como hemos hecho en las páginas anteriores.

⁴⁷ Rodríguez Cardo, Iván, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁸ Pardo Falcón, Javier, “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 34, 1992, p. 167. También Pascual Medrano, considera que “el derecho a la propia apariencia nada tiene que ver con el derecho a la propia imagen. Estamos más bien ante una manifestación o proyección de la libertad individual general (art. 1.1 CE), que puede encontrar tutela por parte del TC si dicha apariencia es fuente de discriminaciones injustificadas (art. 14 CE)”. Pascual Medrano, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Pamplona, Aranzadi Cizur Menor, 2003, pp. 48 y ss.

En resumen, y para decir que el trabajador, ya sea mujer u hombre, no acude al trabajo, a la organización, sin cubrir su cuerpo, lo hace vestido, sobre todo aseado, peinado, con un determinado color de pelo, con accesorios de pelo, con manicura o sin ella, afeitado en su caso, perfumado, maquillado, con piercings, tatuajes, enojado, por ejemplo, el hecho de portar una cruz puede significar un símbolo de su fe religiosa o simplemente un adorno.⁴⁹ Nuestra mejor doctrina académica ha analizado la cambiante consideración de algunos aspectos de la apariencia externa de la persona trabajadora, por la propia evolución de la realidad y de la respuesta de los tribunales a la misma, así, por ejemplo, ha ocurrido con el uso de la falda como prenda obligatoria del uniforme para las mujeres, que fue válida en 2001 e ilícita en 2011; o con la opción de uniformar a las trabajadoras pero no a los trabajadores de cierta empresa de grandes almacenes: entendida como no discriminatoria en 2001 y superada como acción de igualdad en 2013. Todo esto se reflejará en el análisis jurisprudencial realizado por la profesora Domínguez en este mismo número de la revista.

Lo deseable sería que esta materia estuviera prevista en el triángulo primario que regula las relaciones laborales, ya sea la ley, el convenio colectivo aplicable o en todo caso el contrato de trabajo, pero no siempre va a ocurrir de esta forma. La falta de regulación como hemos señalado tendrá como primera consecuencia que la decisión sobre lo que es justo o no, se base en reglas que suponen la ponderación de valores, principios, derechos, interpretados todos ellos por nuestra jurisprudencia, porque serán los jueces quienes previa decisión empresarial impugnada por la persona trabajadora, diriman qué es lo justo en cada caso concreto, pero en la base de todo ello debe estar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, porque en caso contrario estaríamos conculcando más de un derecho fundamental. En este último sentido debemos mirar a países que quizás no sean los más cercanos territorialmente, pero sí que han debido tratar la materia que planteamos ahora en este estudio, es el caso de los Estados Unidos con sentencias pioneras como *Price Waterhouse v. Hopkins*, de 1989, que constituye una decisión histórica de la Corte Suprema de Estados Unidos, y en la cual se negó a una mujer el hecho de ser socia de la firma durante dos años, por considerarse, según el portavoz empresarial, que su situación mejoraría para este fin en el futuro si “caminaba, hablaba y se vestía de un modo más femenino, utilizaba maquillaje, llevaba el pelo arreglado y usaba joyas”, que necesitaba un “curso en la escuela de encanto” pues era muy agresiva,

⁴⁹ Cámara Botía, Alberto, “La libertad de vestir del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, 2013, núm. 6, p. 3.

malhablada, etcétera. Básicamente los tribunales americanos determinaron que la organización no probó la necesidad de ese patrón que se le exigía, no hubo pruebas claras y convincentes sobre el interés y necesidad empresarial, algo que hemos examinado a profundidad en este estudio.

Por tanto, podemos decir que hay tres criterios a tener en cuenta, el primero el llamado *unequal burdens* que considera que es lícita la regulación diferenciada para hombres y mujeres si resulta igual de onerosa para unos y otras, es decir, si resulta equivalente. El segundo criterio sería el denominado *sexual stereotyping* que supone que las regulaciones diferenciadas de apariencia y vestimenta no deben permitirse si perpetúan estereotipos sexuales inaceptables sobre cómo deben comportarse los varones y las mujeres. Y el tercero, el hecho de que las características de la persona sean mutables o inmutables. Serían inmutables la raza, el sexo, el origen nacional, etcétera, y mutables, el color de pelo, largura de este, la barba, la vestimenta, etcétera. Esta doctrina de la mutabilidad daría a la organización poderes sobre muchos de los aspectos que hemos analizado en este estudio, incluso generando conductas discriminatorias no justificadas ni objetiva ni proporcionalmente.⁵⁰

En consecuencia, concluimos que la libertad de elegir la apariencia externa de la persona trabajadora, principalmente la que hemos denominado estética, se encuentra protegida constitucionalmente, en varios preceptos, artículo 10, 18 y 14 de nuestra norma suprema, lo que se traduce en la libertad para elegir el estilo del pelo, maquillaje, ropa, zapatos, cobertura de la cabeza, tatuajes, joyería y demás adornos que conforman la imagen pública de la persona, siempre que la organización no encuentre una razonable limitación que además pueda probar y argumentar para invertir la ponderación entre el derecho fundamental y la libertad de empresa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, “El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, núm. 1, 2003.
- AGRA VIFORCOS, Beatriz, “El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo”, *Estudios Financ*

⁵⁰ Cámara Botía. Alberto, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

- cieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, Madrid, núm. 275, 2006.
- BALLESTER PASTOR, Inmaculada, “Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral”, *Tribunal Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, Madrid, núm. 169, 2005.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto, “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, núm. 33, 2001.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto, “La libertad de vestir del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, núm. 6, 2013.
- CORDERO SAAVEDRA, Luciano, “Derecho a la propia imagen y contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 101, 2000.
- CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, “Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 199, 2017.
- GARCÍA ORTEGA, José, “La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales”, en DE VERDAD BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- GIL Y GIL, José Luis, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, CARL, 2003.
- GIL Y GIL, José Luis, “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Madrid, núm. 13, 2003.
- GOÑI SEÍN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988.
- LAS HERVAS VIVES, Luis de, “El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal”, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, febrero de 2018.
- LEAL MILLÁN, Antonio (coord.), *El factor humano en las relaciones laborales. Manual de dirección y gestión*, Madrid, Pirámide, 1999.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, núm. 75, 1996.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, núm. 23, 2000.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.
- PARDO FALCÓN, Javier, “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 34, 1992.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Pamplona, Aranzadi Cizur Menor, 2003.
- PEDRAJAS MORENO Y T. SALA FRANCO, *La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo (miscelánea jurisprudencial)*, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 12, 2008.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, citando la obra de Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del Derecho”, en el artículo titulado “La interpretación de la Constitución”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Aranzadi, núm. 169, 2014.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván, *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Asturias, Publicaciones del CES de Asturias, 2009.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván, “El resarcimiento de los datos morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Madrid, núm. 169, 2014.
- SALA FRANCO, Tomás, *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, La Ley-Actualidad. “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral” dir. Borrajo Dacruz, Efren, Madrid, 1999.
- SERRA CALLEJO, Javier, “La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, Madrid, núm. 127, 1993.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid. Servicios públicos de empleo y contratación laboral. t. IV, Dir. Borrajo Dacruz, Efren, Madrid, Edersa, 1983.
- VERDAD Y BEAMONTE, José Ramón de, “El derecho a la propia imagen”, en varios autores, *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- VICENTE PACHÉS, Fernando de, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, CES, 1998.

IDEOLOGÍA Y NEUTRALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES*

IDEOLOGY AND NEUTRALITY IN LABOUR RELATIONS

IDÉOLOGIE ET NEUTRALITÉ
DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

José Luis LÁZARO SÁNCHEZ**

RESUMEN: La relación de la ideología con las relaciones laborales ha tomado en los últimos tiempos un cierto protagonismo como consecuencia no sólo del ejercicio de un derecho fundamental para las personas empleadas, sino también por la “neutralidad” ideológica que como premisa han adoptado las empresas en la gestión de sus recursos humanos, y en las manifestaciones que de esta índole se permiten a los trabajadores. También, por la tendencia en algunas empresas de adoptar decisiones en el ámbito de las relaciones laborales a partir de criterios ideológicos. Y uno de los ámbitos más controvertidos para el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones laborales es el de las llamadas empresas de tendencia.

Palabras clave: libertad ideológica, derechos fundamentales, tribunal constitucional.

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de septiembre de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479)

** Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla, con experiencia, ininterrumpida, en la docencia universitaria desde 1993, y con una trayectoria y resultados en la investigación, traducidos, por un lado, en más de 45 publicaciones, entre monografía, artículos en revistas especializadas y capítulos de libros, que abarcan las diversas materias que integran el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, siendo dos las principales líneas de investigación: los diversos aspectos relacionados con el empleo y la negociación colectiva. También, por otro, en la celebración de varios contratos de transferencia del conocimiento, celebrados tanto con empresas privadas, como con instituciones y organizaciones públicas.



ABSTRACT: The relationship between ideology and labour relations has recently taken a certain role as a result not only of the exercise of a fundamental right for a employed people, but also because of the ideological neutrality that companies have adopted as a premise in the management of their human resources, and in the demonstrations that the workers are allowed of this nature. Also because of the tendency in some companies to make decisions in the field of labour relations based on ideological criteria. And one of the most controversial areas for the exercise of fundamental Rights in labour relations is that of so called trend companies.

Keywords: ideological freedom, fundamental rights, constitutional court.

RÉSUMÉ: La relation entre l'idéologie et les relations de travail a récemment pris un certain rôle non seulement de l'exercice d'un droit fondamental pour les salariés, mais aussi de la neutralité idéologique que les entreprises ont adoptée comme prémisses. Dans la gestion de leurs ressources humaines, et dans les manifestations que les travailleurs sont autorisés de cette nature. En outre, en raison de la tendance de certaines entreprises à prendre des décisions dans le domaine des relations de travail sur la base de critères idéologiques. Et l'un des domaines les plus controversés pour l'exercice des droits fondamentaux dans les relations de travail est celui des entreprises dites tendance.

Mots-clés: liberté idéologique, droits fondamentaux, cour constitutionnelle

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La delimitación de las organizaciones de tendencia a través de la doctrina del Tribunal Constitucional.* III. *Nuevos escenarios, empresariales, ideologizados, y nuevos ámbitos de neutralidad en las empresas.* IV. *Algunas conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más interesantes en el análisis de las relaciones laborales es el que tiene que ver con el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular con aquellos derechos de las personas cuya titularidad proviene de la condición de ciudadanos, los que la doctrina denomina derechos fundamentales inespecíficos. Y si eso es así, en general, aún lo es más en el ámbito de las organizaciones que en atención a sus finalidades poseen un ideario que condi-

ciona sus actividades. Las llamadas empresas de tendencia representan, por tanto, un lugar privilegiado para observar la efectividad de tales derechos.

En este terreno, en los últimos años, contamos con un bagaje doctrinal y jurisprudencial importante, y es ésta faceta la que, a nuestro juicio, ofrece un lugar privilegiado para analizar los nuevos conflictos que se están generando en la relación de trabajo. A través de las resoluciones judiciales podemos apreciar qué conflictos persisten, pero sobre todo ver cómo otros afloran, y a esta labor dedicamos el presente estudio, que se centra, sobre todo en la doctrina del Tribunal Constitucional y en las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. LA DELIMITACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES DE TENDENCIA A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como la doctrina viene señalando, las empresas de tendencia se describen, desde la óptica jurídica-laboral, como organizaciones en cuyas relaciones laborales, los derechos fundamentales se ven modulados, excepcionalmente, en su ejercicio; principalmente el derecho a la no discriminación, pero también otros, como el derecho de libertad religiosa e ideológica, el de intimidad y protección de datos, o el de libertad de expresión. Además, y como aquella ha subrayado, se trata de una categoría de empleadores que, no reconocidos expresamente a nivel legislativo interno, pero sí a nivel de la Unión Europea, ha adoptado diversas Directivas en las que se incluye esta perspectiva, que, en cambio, no han sido incluidas en las normas nacionales que las han traspuesto.

Y por lo que se refiere a nuestro Tribunal Constitucional, traemos a colación, en primer lugar, la sentencia 5/1981, del 13 de febrero, sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, del 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares. Consideraban los recurrentes que esta ley no señalaba límites al alcance del ideario que pudieran adoptar los centros privados, lo que podía afectar a la libertad ideológica de los profesores, padres y alumnos.

Resulta de interés recordar que los recurrentes argumentaban que en la creación de centros docentes

hay aspectos distintos de los que afectan al contenido mismo de la enseñanza, como son los relativos a la moral y a la religión, en los que cada centro puede tener su propia orientación, su carácter propio, el cual debe ser respetado por

los profesores con un deber de discreción, evitando —en cada caso de discrepancia— el ataque frontal. A ese carácter propio debe estar referido y limitado el ideario, sin que puedan introducirse en éste otros aspectos de carácter didáctico, cultural o pedagógico, que son manifestación del poder de dirección del titular del centro, pero que ya no condicionan la libertad de enseñanza de los profesores.¹

Subrayaba el recurso,

la protección que la Constitución (art. 16.1 y 2) otorga a las acciones de los profesores que afectan a su vida personal e íntima, y sostiene que en caso de colisión entre tales acciones y el ideario del centro habrá de jugar el principio de discreción, que será el que indique en cada ocasión cuándo la conducta íntima y privada del docente choca con el ideario o cuándo es el ideario el que quiere invadir estos ámbitos privados.²

Para el Tribunal, y a diferencia de la necesaria neutralidad ideológica de las instituciones públicas en general, y de los centros docentes públicos en particular, el derecho reconocido, en la norma de referencia, a los titulares de los centros privados a establecer un ideario educativo propio, se mueve dentro de los límites de la libertad para crear centros docentes.

Partiendo de ello, y abordando el aspecto que más nos interesa, reconoce el Tribunal el problema que pudiera plantearse entre el ejercicio de la libertad de enseñanza por el titular del centro al dotar a éste de un ideario propio y la libertad de enseñanza que, dentro de los límites de dicho ideario, y en desarrollo del artículo 27.1 de la Constitución, concede la ley a los profesores de los centros privados. Y en este sentido, concluye que

la existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoc-trinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad

¹ STC 5/1981, I. Antecedentes, apartado 3, párrafo 3.

² STC 5/1981, I. Antecedentes, apartado 3, párrafo 4.

del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél (F.J.10°).

Añade, que las diferencias de criterios entre el centro y los docentes relacionadas con el ideario del centro deben resolverse a través de la jurisdicción competente y, en último término y en cuanto haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, por la vía de amparo ante el propio Tribunal, pero no mediante el establecimiento apriorístico de una doctrina general.

Finaliza el Tribunal su análisis sobre estas cuestiones argumentando que (F.J.11°)

aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada.

Como se puede apreciar, de esta primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia cabe concluir, por un lado, que la posibilidad de que una empresa —un centro de enseñanza privado, cabría decir mejor— adopte un ideario, que rijan o condicione el desarrollo de sus actividades, tiene encaje constitucional. También lo tiene, por otro lado, que la ideología de este tipo de organizaciones module la actividad laboral de las personas que emplean, afectando a sus conductas más allá del terreno profesional, y excluyendo, al rechazar los argumentos del recurso, que puedan producirse conductas de los empleados contrarias a la ideología de la empresa en tanto se mantengan en un terreno no revelado, “discreto”. No obstante, precisa el Tribunal, el que tales comportamientos afecten al vínculo contractual debe venir motivado porque esas conductas sean notorias y revistan determinadas características.

En una sentencia posterior, la 47/1985, del 27 de marzo, el Tribunal Constitucional reitera estos argumentos con ocasión del recurso de amparo presentado por una profesora de un centro de enseñanza despedida, a juicio del colegio, a causa de la disconformidad de aquélla con las normas de éste, así como por desarrollar su actividad profesional en forma que no se ajusta el ideario del centro.

Merece referirse, brevemente al *iter* judicial de este caso, y que comenzó por una sentencia que declaró nulo el despido debido a los términos, de generalidad

y ambigüedad, en que están redactados las causas o motivos del despido en la carta. Rechazaba así la sentencia la petición de la demandada de que la calificación del despido fuese la de nulidad radical, por entender la existencia de un motivo discriminatorio,³ petición que la sentencia desestimó porque, si bien es cierto que la parte demandada no probó los hechos alegados en la carta de despido, consideró que los motivos del despido son razonablemente ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional. Recurrida en suplicación, la sentencia del TCT desestimó el recurso y confirmó en todo la sentencia impugnada.

Dos aspectos destacamos del razonamiento del Tribunal Constitucional en esta sentencia. El primero, que situado el proceso desde sus inicios en un terreno de dimensión constitucional, el de los derechos fundamentales, y en concreto en el de libertad ideológica, los órganos judiciales no deben quedarse en el plano de la legalidad sin adentrarse en el de la constitucionalidad, ponderando la efectividad de dichos derechos.

El segundo, que partiendo del reconocimiento de que los centros docentes privados pueden adoptar un determinado ideario educativo, que debe ser respetado por los profesores, existen límites —representados por los principios constitucionales— en cuanto a los efectos contractuales que puedan provocar ciertas conductas de los docentes. Y en este sentido, se subraya que

una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del Profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de «ataque abierto o solapado» al ideario del Centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el art. 16 implica, asimismo, que la simple disconformidad de un Profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro.⁴

Puede concluirse, en línea con la sentencia precedente, que el ideario de una organización no puede aplicarse ilimitada y desproporcionadamente, sancionan-

³ Ha de contextualizarse esta petición, ya que, como solicitaba la demandante, la causa del despido era una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución y al 16.2 si la discriminación es por motivos religiosos, y no sería suficiente una mera declaración de nulidad, que podía resolverse en indemnización sin readmisión, sino la de nulidad radical, que necesariamente deriva en la readmisión del trabajador.

⁴ STC 47/1985, II. Fundamentos jurídicos, apartado 3.

do a partir del mismo con el despido cualquier conducta relacionada con aquél por parte de los empleados. Y vuelve a configurarse como elemento valorativo que las conductas no signifiquen una mera disconformidad con dicho ideario, o lo que es igual, que el comportamiento *contrario* sea cualitativamente significativo, además de que sea notoria, se haya exteriorizado, lo que, sin duda, revela un componente de abierta oposición a dicho ideario.

Una tercera sentencia del Tribunal Constitucional a considerar es la 38/2007, del 15 de febrero de 2007, derivada de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto de algunas disposiciones de la Ley Orgánica 1/1990, de ordenación general del sistema educativo, y de algunos artículos del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, del 3 de enero de 1979, entre España y la Santa Sede.

Ha de recordarse que el caso que llevó a plantear dicha cuestión fue la no renovación del contrato de una profesora de religión, por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado. Como es sabido, la contratación del profesorado de religión católica exigía hallarse en posesión de la cualificación acreditada mediante la declaración eclesíastica de idoneidad, que recaía en el Ordinario Diocesano del lugar.

El Tribunal Constitucional no admitió la cuestión de inconstitucionalidad, rechazando como arbitraria o irrazonable, o ajena a los principios de mérito y capacidad, la exigencia de declaración de idoneidad. Tampoco estimó que existiera discriminación por motivos religiosos, debido a que se trata de contratos de trabajo celebrados con el objeto de impartir la enseñanza de la religión católica.

Pero al margen de ello, consideró, en lo que a nosotros interesa, que

el sistema de contratación de este profesorado no implica la conversión de las Administraciones públicas en una empresa de tendencia, lo que, efectivamente, por otro lado resultaría incompatible con el art. 103.1 CE —neutralidad los poderes públicos, derivada de la aconfesionalidad del Estado—. Y ello porque las Administraciones públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno, sino que ejecutan la cooperación con las Iglesias en materia de enseñanza religiosa en los términos establecidos en los acuerdos que la regulan y en las normas que la desarrollan, contratando para ello a personas que han sido previamente declaradas idóneas por las autoridades religiosas respectivas, que son las únicas que pueden valorar las exigencias de índole estrictamente religiosa de tal idoneidad.⁵

⁵ STC 38/2007, II. Fundamentos jurídicos, 10, último párrafo.

Además, señaló el Tribunal que los vínculos contractuales entre los profesores de religión y la Iglesia no son los propios de una empresa de tendencia, categoría ésta sobre la que el Tribunal recuerda que despliega toda su virtualidad en el ámbito de las relaciones laborales privadas. También precisó el Tribunal, apoyándose en pronunciamientos anteriores, que en las contrataciones celebradas para impartir docencia de la religión puedan llegar a modularse los derechos del profesorado “en consonancia con el ideario de los centros privados (STC 47/1985), cuya libertad de creación comporta la posibilidad de dotarlos de un carácter u orientación propios (STC 5/1981)”.⁶

No obstante lo anterior, añade el Tribunal Constitucional que las relaciones derivadas de este sistema de contratación del profesorado de religión configuran una categoría específica y singular, que presenta diferencias con las empresas de tendencia pero también algunas similitudes con éstas. Y en este último plano, apuntó en la referida sentencia 38/2007 que

la exigencia de la declaración eclesiástica de idoneidad no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe. El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe.

De este último razonamiento, parece desprenderse que hay una categoría especial de relaciones en las que la modulación a los derechos de los empleados puede ser mayor incluso que las inherentes a las empresas de tendencia. Esto enlaza con la doctrina de las sentencias anteriores, en el sentido que la constitucionalidad de que ciertas organizaciones tengan un ideario que oriente sus actividades y condicione la labor de quienes las desarrollen, encuentra limitaciones en lo que se refiere a la exigencia de una plena identidad de los empleados con ese ideario, lo que es debido a la ponderación que haya de observarse en la efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores. Interpretamos la argumentación del Tribunal Constitucional de que en determinadas funciones

⁶ STC 38/2007, II. Fundamentos jurídicos, 10, segundo párrafo.

—la enseñanza religiosa— haya exigencias que desbordan las limitaciones de las empresas de tendencia conduce a considerar que en esas tareas aquellas limitaciones son menores que las existentes en estas organizaciones; o lo que es igual, que la modulación de los derechos fundamentales de los trabajadores es de mayor intensidad.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional que debe reseñarse es la 128/2007, resolución que recae, de nuevo, sobre un asunto relacionado con la enseñanza religiosa y con el comportamiento, no docente, de quienes la imparten. En este caso, se trataba de un sacerdote al que le fue concedida la dispensa al sacerdocio, que contrajo matrimonio civil y que fue profesor de religión y moral católicas en dos Institutos de Formación Profesional, desde el 1o. de octubre de 1991 hasta el 29 de noviembre de 1997, fecha en la que es cesado por el obispo en virtud de un oficio en el que dispuso la no renovación de su contrato actual. Tal decisión se justificó por su participación en el Movimiento Pro-celibato Opcional, que propugna el cambio de la regla del celibato vinculante para los clérigos de la Iglesia, y hacer pública su situación. En este sentido, se alegó una información publicada en prensa en la que aquél hacía pública exhibición de su condición de miembro del Movimiento, así como de su estado matrimonial civil. Además, aparecía solidario con ciertas opiniones sobre aborto, control de natalidad, divorcio y sexo. Todo ello, a juicio del Obispado, determina que deje de reunir las condiciones de idoneidad para impartir la enseñanza religiosa, ya que a los sacerdotes secularizados no les está permitido impartir clases de religión y moral católicas, a no ser en casos muy excepcionales en los que el obispo, ante circunstancias especiales y siempre que no exista peligro de escándalo, lo conceda como una gracia.

En la ponderación de los derechos fundamentales en juego —por una parte, la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria, de la Iglesia católica, y el deber de neutralidad religiosa del Estado, y, por otra, los derechos fundamentales del recurrente, la libertad ideológica y religiosa y la libertad de expresión—, el Tribunal Constitucional, apoyándose en su sentencia 38/2007, y partiendo de la asentada doctrina que determina que ningún derecho, ni aun los fundamentales, es absoluto o ilimitado, consideró (F.J.11º y 12º) que la modulación producida en los citados derechos fundamentales del demandante lo fue en la estricta medida necesaria para salvaguardar su compatibilidad con la libertad religiosa de la Iglesia católica, y encontraron su justificación en el respeto al lícito ejercicio del derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria en relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (artículo 27.3 CE).

Como se aprecia en esta sentencia, a la que dos magistrados formularon un voto particular, el Tribunal reitera los argumentos utilizados en pronunciamientos anteriores, a la vez que se erige en elemento de especial análisis la conducta del trabajador despedido, y en particular sus manifestaciones públicas, todo lo cual determinó considerar que su actuación sobrepasó los límites derivados de la naturaleza de sus tareas, determinando que el Tribunal no concediera el amparo pedido.

Y una última sentencia del Tribunal Constitucional traemos a colación, la 51/2011, del 14 de abril de 2011, que contó con un voto particular, en la que si bien se analiza un escenario similar a alguno de los comentados, presenta singularidades de interés en el asunto que nos ocupa.

En este caso, como en anteriores, se trataba de una profesora de religión católica a la que el ordinario diocesano de Almería no propone para seguir impartiendo docencia, al haber tenido conocimiento que había contraído matrimonio civil con persona divorciada. Comparte, pues, este asunto aspectos ya analizados —no contratación, renovación, por parte de la Administración educativa de profesores de religión católica como consecuencia de la propuesta de la autoridad religiosa, basada en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, que, en este caso, obedeció a la circunstancia descrita.

No obstante, la diferencia con casos anteriores radica en que la causa que lleva a la no renovación del contrato supone el ejercicio de un derecho fundamental, el de contraer matrimonio, decisión vinculada al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución, como el propio Tribunal Constitucional ha precisado —sentencia 184/1990, del 15 de noviembre—, que determina que el ejercicio de este derecho no pueda verse limitado por otros condicionamientos que no sean los que resulten de las normas de orden público interno.

El Tribunal recordó su doctrina acerca de la necesidad de ponderación de los derechos fundamentales en juego, y ello a partir de recordar que las propuestas de la autoridad religiosa a la Administración educativa para los nombramientos de profesores de religión católica están sometidas al control judicial. En efecto, aun cuando el citado Acuerdo determine que los nombramientos deban recaer en personas previamente propuestas por el ordinario diocesano, y que dicha propuesta esté basada en consideraciones de índole moral y religiosa y en el ejercicio de la libertad religiosa en su vertiente colectiva, ello no supone exclusión alguna de la potestad jurisdiccional de los jueces y tribunales españoles, de conformidad con los artículos 24.1 y 117.3 CE, en relación con el principio de aconfesionalidad del Estado (artículo 16.3 CE).

Esto llevó a considerar al Tribunal Constitucional que el hecho de que los órganos judiciales en este caso no realizaran la debida ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto supuso, de por sí, una vulneración de aquellos derechos.

Entrando en la ponderación que el Tribunal realizó en este caso, y tras recordar la regulación del derecho a contraer matrimonio en tratados internacionales y lo interpretado al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se razonó que la decisión de contraer matrimonio civil no guarda relación con la actividad docente desempeñada por la demandante,

pues no afecta a sus conocimientos dogmáticos o a sus aptitudes pedagógicas, sino que se fundamenta, como ya quedó señalado, en un criterio de índole religiosa o moral, en cuanto el Obispado de Almería considera que la decisión de la demandante de contraer matrimonio en forma civil puede afectar al ejemplo y testimonio personal de vida cristiana que le es exigible según la doctrina católica respecto del matrimonio.

Y, a juicio del Tribunal, “este criterio religioso no puede prevalecer, por sí mismo, sobre los derechos fundamentales de la demandante en su relación laboral como profesora de religión y moral católica”.

De esta forma, y aun a pesar de representar una categoría especial de relaciones que desborda incluso las propias de las empresas de tendencia, las mayores limitaciones que los profesores de enseñanza católica tienen en el ejercicio de sus derechos fundamentales con ocasión del desarrollo de sus tareas, no son ilimitadas. Por más que se trate de relaciones que superan el *escenario común* de las organizaciones de tendencia, la efectividad de los derechos fundamentales ha de prevalecer en la medida que no exista incompatibilidad —objetiva, proporcional y razonable— con el trabajo en las mismas.

Y este caso tal incompatibilidad no existió a juicio del Tribunal, al menos desde la óptica constitucional, ya que, además de que el matrimonio civil representa el ejercicio de un derecho fundamental, en ningún momento de su actividad docente como profesora de religión hubiese cuestionado la doctrina de la Iglesia católica en relación con el matrimonio, o realizado apología del matrimonio civil, ni consta tampoco que hubiere hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada. Es decir, no había notoriedad de una conducta, que si bien no es la que mejor se acomoda a la doctrina de la Iglesia, no es contraria, opuesta a la misma. Es más, la demandante sólo podía contraer matrimonio de la forma cuestionada por la Iglesia si quería hacerlo con

la persona elegida. Además, y como aparece reflejado en la sentencia, la demandante manifestó al delegado diocesano su disposición de acomodar su situación conyugal a la ortodoxia católica, dado que su marido pretendía solicitar la nulidad de su anterior matrimonio.

Todos estos factores tenidos en cuenta, y, sobre todo, la utilización de criterios que permitan conciliar las exigencias de la libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección de los derechos fundamentales de los profesores de religión y moral católica, llevaron al otorgamiento del amparo constitucional a la profesora cuyo contrato no fue renovado.

Recapitulando, de la doctrina del Tribunal Constitucional pueden extraerse algunas conclusiones. En primer lugar, la propia constitucionalidad de que una empresa adopte un ideario que se corresponda con el pensamiento y fines de la organización, el cual, no obstante, debe encajar en la propia Constitución; esto es, que aquél no sea contrario a los valores y principios constitucionales. En este sentido, y recurriendo como referencia a dos tipos de organizaciones caracterizadas por su ideología, la creación de partidos políticos y sindicatos es libre dentro del respeto a la Constitución y a las leyes, y su funcionamiento interno debe ser democrático, por mandato del artículo 7o. del texto constitucional.

Relacionado con ello, en segundo lugar, y sin que se haya delimitado positivamente el ámbito de la tendencia, los conflictos que han reclamado al Tribunal pronunciarse se han suscitado en el ámbito de la religión, y en particular en lo que a la enseñanza de la misma se refiere, lo que determina que éste puede considerarse un ámbito *natural* para las organizaciones de tendencia. El que los conflictos hayan sido con ocasión de la enseñanza de la religión viene determinado porque las relaciones laborales que se desarrollan en estas organizaciones lo hacen especialmente en ese terreno, sin que quepa excluir otros, como pudiera ser la sanidad. Por otra parte, el ámbito de la enseñanza de la religión ha propiciado que se haya delimitado, negativamente, el ámbito de las organizaciones de tendencia por cuanto el Tribunal Constitucional ha señalado que las administraciones públicas deben actuar bajo el principio de neutralidad, lo que les impide adoptar criterios ideológicos. Curiosamente, buena parte de las resoluciones han tenido como escenario el de la no renovación por parte de la Administración educativa de profesores de religión, si bien, y por aplicación de los Acuerdos celebrados entre España y la Santa Sede, la Administración contrata a quien la Autoridad eclesíástica propone, propiciando así un *espacio o ámbito de tendencia* en el seno de la Administración.

Una tercera consideración a apuntar es la relacionada con las limitaciones que a los derechos fundamentales pueden representar los criterios ideológicos

adoptados en estas organizaciones. Como ha señalado el Tribunal, los derechos fundamentales de las personas empleadas por estas empresas pueden verse modulados por aquellos criterios, modulación que no anulación por cuanto debe lograrse un equilibrio, entre las exigencias de la organización, que en los casos analizados tienen apoyo constitucional en un derecho fundamental —también la libertad religiosa en su dimensión colectiva— y los derechos fundamentales los trabajadores. Dónde esté el punto de equilibrio es algo a determinar en cada caso, atendiendo a cuál sea el aspecto conflictivo, y si está relacionado o no con la función a desarrollar, o con la repercusión que sobre ésta pueda tener, como también a la abierta, manifiesta, o no, oposición entre la conducta conflictiva y el ideario de la empresa. Y, como se desprende de los pronunciamientos analizados, en la mayor parte de los casos el conflicto se origina no tanto por comportamientos o actitudes contrarias al ideario, sino por conductas privadas, cuya compatibilidad con la ideología de la organización es la que genera la controversia.

III. NUEVOS ESCENARIOS, EMPRESARIALES, IDEOLOGIZADOS, Y NUEVOS ÁMBITOS DE NEUTRALIDAD EN LAS EMPRESAS

Una somera comparación de la doctrina del Tribunal Constitucional con la de otros tribunales, como pueda ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁷ nos presenta un panorama parecido en cuanto a los ámbitos en los que se producen los conflictos. En efecto, de asuntos como los de Lombardi Vallauri,⁸ Schüth,⁹ Obst,¹⁰ Siebenhaar,¹¹ Fernández Martínez,¹² o, en fin, de Travas,¹³ cabe concluir, en primer lugar, que en todos los casos se trata de organizaciones religiosas, o vinculadas a una confesión religiosa que desarrollan actividades no directamente religiosas, por ejemplo, en el ámbito de la docencia.

En segundo lugar, que cuando el conflicto surge en el seno de las propias organizaciones religiosas y respecto de cometidos estrechamente relacionados

⁷ Al respecto, Calvo Gallego, J. y Fera Basilio, I., “Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en varios autores, *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, CARL, 2013, pp. 179 y ss.

⁸ Asunto Lombardi Vallauri c. Italia, sentencia del 20 de octubre de 2009.

⁹ Asunto Schüth c. Alemania, sentencia del 23 de septiembre de 2010.

¹⁰ Asunto Obst c. Alemania, sentencia de la misma fecha que la anterior.

¹¹ Asunto Siebenhaar c. Alemania, sentencia del 3 de febrero de 2011.

¹² Asunto Fernández Martínez c. España, sentencia del 12 de junio de 2014.

¹³ Asunto Travas c. Croacia, sentencia del 4 de octubre de 2016.

con las finalidades principales de las mismas —cargo directivo de una Iglesia—, existen mayores deberes de los empleados hacia la organización respecto de conductas extra-laborales, como pudiera ser una infidelidad matrimonial. Es por ello que, cuando las tareas desarrolladas son de otra índole —organista y maestro del coro de una Iglesia—, debe producirse un mayor equilibrio entre las exigencias que la organización requiere a quien trabaja para ella y los derechos fundamentales de sus empleados.

En tercer lugar, que a pesar de que las funciones a desarrollar revistan menor repercusión, relevancia ideológica en el seno de la organización —tareas docentes—, si la conducta controvertida revela una oposición respecto del ideario de la organización, manifestado además de forma pública, prevalecen las exigencias de aquella respecto de los derechos fundamentales de los empleados.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también nos encontramos con asuntos relacionados con la religión, por ejemplo, los asuntos Egenberger,¹⁴ o IR.¹⁵ No obstante, junto a casos de esta naturaleza, este Tribunal ha resuelto asuntos en los que se plantean nuevos escenarios a los que atender.

Es conocida la existencia de organizaciones y empresas en las que existen criterios ideológicos que orientan su funcionamiento. Sin embargo, una cuestión no precisada es cuándo una empresa, que cabe entender *neutra*, no ideologizada, pueda adoptar criterios ideológicos. En este sentido, podría plantearse que un empresario con convicciones, religiosas o políticas, adoptará decisiones, referidas a su personal, regidas por su manera de pensar. La doctrina lo ha hecho, y se ha cuestionado si un empresario pudiera adoptar decisiones sobre la contratación de personal dando preferencia a un determinado colectivo, o excluyendo a alguno.¹⁶

Y más allá de planeamientos teóricos, algunos conflictos ya se han producido en esa dirección, asuntos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido la oportunidad de analizar. Es el caso, por ejemplo, del resuelto en sentencia del 25 de abril de 2013, a consecuencia de la cuestión prejudicial presentada a propósito de un litigio entre una organización no gubernamental (ONG), dedicada a promover y proteger los derechos de lesbianas, gais, bisexuales y transexuales, y el señor Becali y el Club Steaua Bucuresti SA (Club), por violación del principio de igualdad de trato en materia de contratación de personal.

¹⁴ Sentencia del 17 de abril de 2018, Asunto c 414/16.

¹⁵ Sentencia del 11 de septiembre de 2018, asunto c 68/17.

¹⁶ En este sentido, Catalá, S., “Autonomía de las confesiones, libertad de empresa y empresas de tendencia”, en *La autonomía de las entidades religiosas en el Derecho*, Dykinson, 2017, p. 168.

La citada ONG alegó que, en una entrevista, el señor Becali, accionista del Club, a propósito del posible traspaso de un futbolista profesional y su supuesta orientación sexual, había declarado que preferiría recurrir a un jugador de la cantera en vez de contratar a un futbolista presentado como homosexual, declaraciones que, según la ONG, frustraron la contratación de dicho jugador, declaraciones de las que el Club no se distanció, según la ONG, sino más bien las confirmó al señalar que esa era práctica del club en materia de contratación de jugadores, pues “el equipo es una familia y que la presencia en él de un homosexual crearía tensiones tanto en el equipo como en la grada”.

Recurridas tales declaraciones ante un organismo nacional competente en la materia (CNCD), éste consideró que tales declaraciones no podían considerarse pronunciadas por un empresario o por su representante legal, ni por alguien encargado de la contratación de personal, aunque estimó que dichas declaraciones eran constitutivas de discriminación en forma de acoso, y en consecuencia resolvió sancionar a su autor con una amonestación, única sanción posible en aquel momento conforme a la normativa nacional aplicable.

La ONG recurrió esta resolución, y el órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales, que no reproducimos en aras a evitar una mayor extensión, respecto de las cuales, y en lo que interesa a nuestro enfoque, el Tribunal consideró, en primer lugar, que la Directiva 2000/78 es aplicable a declaraciones que versan sobre las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección.

En segundo lugar, y respecto de que las declaraciones no fueran realizadas por quien formalmente fuera el empresario, el Tribunal precisó que de la sentencia Feryn,¹⁷ se desprende que un empresario demandado no puede oponerse a hechos, de los que presumir decisiones de contratación discriminatorias, simplemente sosteniendo que las declaraciones controvertidas emanan de quien carece, desde el punto de vista jurídico, de la capacidad para vincular a la empresa en materia de contratación de personal.

Añadió el Tribunal, y esto es relevante, a nuestro juicio, que

no influye en esta afirmación el hecho, señalado en el marco del procedimiento principal, de que el sistema para contratar futbolistas profesionales no se base en una oferta pública ni en una negociación directa tras un proceso de

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07.

selección que presupone la presentación de candidaturas y una preselección de éstas en función del interés que presenten para el empleador.

Ello supone extender la Directiva en cuestión a todo proceso de colocación, contratación, con independencia de cómo se desarrolle éste y de cuál sea el ámbito —público, privado, propio de una relación laboral común o especial—, en el que se desarrolle, aspecto que después retomaremos.

Además, y sobre el hecho de que la conducta se produjera sin que la misma viniera acompañada de una negociación posterior, con vistas a la posible contratación, de la que deducir un comportamiento discriminatorio, el Tribunal precisó que

el hecho de que un club de fútbol profesional como el del litigio principal no emprendiera negociación alguna con vistas a contratar a un deportista presentado como homosexual no excluye la posibilidad de que se consideren acreditados hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación practicada por dicho club.

Otras cuestiones, sin duda también de interés, pero más alejadas de la materia que nos ocupa, fueron planteadas y resueltas por el Tribunal, como por ejemplo, lo relacionado con la carga de la prueba en tales casos. Al margen de ellas, de este primer caso, se desprende una práctica según la cual una empresa no ideológica, o de tendencia, en este caso un club de fútbol profesional,¹⁸ adopta criterios que condicionan, restringen, el ejercicio de derechos fundamentales en lo que a las relaciones laborales se refiere.

Un segundo asunto, reciente y similar al anterior, que debe considerarse es el resuelto por sentencia del 23 de abril de 2020,¹⁹ a consecuencia de la petición de decisión prejudicial presentada en el marco de un litigio entre un abogado (NH) y una Asociación en defensa de los derechos personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero o intersexuales (Asociación LGBTI), a propósito de unas declaraciones, públicas, de aquél según las cuales nunca contrataría, en su bufete, a personas cuya orientación sexual se correspondiera con tales colectivos,

¹⁸ Sobre este aspecto, el Tribunal recordó que la práctica del deporte está regulada por el Derecho de la Unión en la medida en que constituya una actividad económica, y tal es el caso de la actividad de jugadores de fútbol profesionales o semiprofesionales, puesto que éstos ejercen una actividad por cuenta ajena o efectúan prestaciones de servicios retribuidas.

¹⁹ Asunto C-507/18.

manifestaciones realizadas en un momento en el que ni tenía, ni estaba programado, un proceso de selección de personal.²⁰

En este caso, la Asociación LGBTI demandó a NH al considerar que había proferido declaraciones constitutivas de una conducta discriminatoria basada en la orientación sexual de los trabajadores y que con ello había infringido la normativa nacional italiana, demanda estimada y en la que aquél fue condenado a abonar 10,000 euros a la Asociación LGBTI en concepto de reparación del daño, a la vez que ordenó la publicación por extractos de dicho auto en un diario nacional. Dicha sentencia fue recurrida por NH, recurso que fue desestimado por resolución judicial contra la que el demandante recurrió en casación ante la Corte suprema italiana.

Al margen de lo relacionado con la legitimación activa para recurrir en este asunto —aspecto que fue objeto de la primera cuestión prejudicial—, y en lo que a la cuestión de fondo interesa, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial preguntó sobre los límites que la normativa que prohíbe la discriminación en el empleo y la ocupación impone al ejercicio de la libertad de expresión. Teniendo en cuenta que la Directiva 2000/78 y la normativa nacional tiene como ámbito de aplicación las situaciones de constitución, de ejecución y de disolución de una relación laboral, el Tribunal remitente

se pregunta si para poder considerar que existe una situación de acceso al empleo comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 y de la normativa nacional de transposición de la misma es necesario, al menos, que esté en marcha una negociación individual de contratación de personal o una oferta de empleo destinada al público y si, en ausencia de estas últimas, meras declaraciones que no reúnen las mínimas características de una oferta de empleo destinada al público están protegidas por la libertad de expresión.²¹

El Tribunal se centró en este caso en argumentar acerca de la aplicación de la Directiva 2000/78 a este supuesto, para concluir, a partir de la sentencia antes comentada, que el concepto de condiciones de acceso al empleo y ejercicio profesional contenido en el artículo 3, apartado 1, letra a), de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en el mismo las declaraciones efectuadas por una persona, durante una emisión audiovisual, según

²⁰ Un breve comentario sobre la misma puede verse en Velasco Portero, M. T., “Libertad de expresión en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual”, *Temas Laborales*, núm. 153, 2020.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, NH y Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford.

las cuales su empresa nunca contrataría ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual, y ello aun cuando ningún proceso de selección de personal no estuviera en marcha o programado”.²² No obstante, el Tribunal precisa que esto es “siempre que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa no sea hipotético”, aspecto éste que corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

De nuevo, por tanto, aflora una práctica de una empresa no ideológica, o de tendencia, que adopta criterios que condicionan, restringen, el ejercicio de derechos fundamentales en lo que a las relaciones laborales se refiere, y en concreto en el acceso al empleo. Ello revela, como primera conclusión a resaltar de ambos casos, la existencia de prácticas propias de empresas ideológicas a quienes no lo son. Una segunda conclusión es que los asuntos se caracterizan no por seleccionar positivamente a personas pertenecientes a ciertos colectivos, sino por rechazar en el acceso al empleo a personas definidas por su orientación sexual;²³ es decir, se trata de criterios ideológicos discriminatorios, en el sentido, conocido, de actos desfavorables, no justificados y adoptados en razón a una condición personal, a que el ordenamiento otorga una protección especial, la tutela antidiscriminatoria.

Y, como hemos visto, la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es considerar, en primer lugar, que el principio general de no discriminación de la Directiva 2000/78 no sólo se aplica a las condiciones de acceso al empleo sino también a declaraciones que versan sobre dichas condiciones, incluidos los criterios de selección, y ello, con independencia de que el sistema para contratar no se base en una oferta pública ni en una negociación directa tras un proceso de selección que presuponga la presentación de candidaturas y una preselección de éstas. Esto implica adoptar una concepción extensa, amplia, del proceso de contratación, desde la perspectiva de incluirlo en el ámbito de la Directiva, ya que supone configurarlo no sólo cuando en efecto se desarrolla sino en estadios previos al mismo, que pueden configurarlo. Y ello, porque como se razona en la última de las sentencias comentadas, declaraciones de la naturaleza de las que se enjuiciaron en ese caso, pueden ejercer una influencia determinante en la política de contratación de personal de una empresa, a la vez que pueden disuadir a las personas *aludidas* de presentar su candidatura a un empleo.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, NH y Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford.

²³ Sobre el particular, Rivas Vañó, A., *LGTBI en Europa: la construcción jurídica en la diversidad*, Tirant lo Blanch, 2019.

No obstante, el Tribunal matiza que la influencia de ese tipo de declaraciones en el proceso de contratación debe medirse, en el sentido de que no se trate sólo de una vinculación hipotética entre las mismas y las condiciones de acceso al empleo, labor que corresponde al órgano jurisdiccional remitente. Éste, fue un aspecto especialmente desarrollado en la primera de las sentencias —la relativa a la contratación de un futbolista profesional—, en la que en relación con la repercusión que las declaraciones pudieran tener sobre las decisiones de contratación, se afirmó que la parte demandada puede refutar ante los tribunales nacionales competentes la existencia de tal violación, acreditando mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, que su política de contratación de personal está basada en elementos ajenos a cualquier discriminación por razón de la orientación sexual. Sin embargo, y en respuesta a una de las cuestiones prejudiciales, esta comprobación no debe pasar por demostrar que en el pasado se contrató a personas con determinada orientación sexual, porque ello puede afectar a otro derecho fundamental, el derecho al respeto a la vida privada. Es por ello que, se apuntó en la sentencia, serían adecuados indicios tales como una reacción de la parte demandada de que se trate, distanciándose claramente de las declaraciones públicas que dieron lugar a la apariencia de discriminación —esto puede ser complicado de materializar si las declaraciones provienen de la dirección de la empresa—, así como la existencia de disposiciones expresas en materia de política de contratación de personal de la empresa en cuestión, al objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato y no discriminación —por ejemplo, y en el contexto nacional, a través de lo dispuesto en el plan de igualdad de la empresa—.

En segundo lugar, que para que las declaraciones puedan ser consideradas discriminatorias no es necesario que emanen de quien tiene la capacidad necesaria para definir directamente la política de contratación de personal del empresario de que se trate, o incluso para vincular o representar a ese empresario en materia de contratación de personal. No obstante, y al igual que en la anterior consideración, el Tribunal también matiza señalando que deben considerarse algunos aspectos como la posición de la persona que efectúa las declaraciones consideradas y la calidad en la que se ha expresado, así como su carácter público o privado.

Junto a la ideologización que puede advertirse en empresas *neutras*, también cabe advertir procesos en los que las empresas subrayan su neutralidad. Y ello, de nuevo, vamos a analizarlo a partir de algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Son las ya conocidas sentencias, dictadas en la misma fecha, el 14 de marzo de 2017, en los asuntos *Achbita* (C-157/15), y *Bouagnaoui* (C-188-15), a las que vamos a referirnos, si bien, lo haremos sólo de los aspectos que de ellos nos interesan. En ellos, el denominador común es que dos empresas tenían adoptado criterios de *neutralidad*, consistentes en prohibir que los trabajadores no podían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Es verdad que había matices diferentes al respecto, ya que en el primer asunto, el criterio estaba inicialmente recogido en una norma no escrita para después recogerse en el reglamento interno de la empresa, mientras que en el segundo asunto la empresa informó a la trabajadora, antes de su contratación, de que llevar un pañuelo islámico podría constituir un problema a la hora de relacionarse con los clientes de dicha empresa.

También existieron diferencias entre ambos asuntos en lo que a la decisión de las trabajadoras de refiere respecto de la utilización de un pañuelo islámico durante las horas de trabajo. En este sentido, mientras que en el primer caso la señora Achbita comunicó a sus superiores jerárquicos que tenía la intención de llevar un pañuelo islámico durante las horas de trabajo, la señora Bouagnaoui, que empezó utilizando pañuelo bandana, pasó a utilizar un pañuelo islámico.

Y finalmente, también las hubo respecto de la fundamentación de la decisión de las empresas en ambos casos, ya que en el primer caso, en un primer momento la empresa informó a la señora Achbita de que no se toleraría el uso de tal pañuelo porque ostentar signos políticos, filosóficos o religiosos era contrario a la neutralidad que la empresa se había impuesto seguir, para posteriormente despedirla, en razón de la persistente voluntad manifestada por la trabajadora de llevar, como musulmana, el pañuelo islámico en su lugar de trabajo. En el segundo supuesto, la empresa comunicó a la trabajadora que un cliente, en cuyos locales la señora Bouagnaoui desarrollaba su trabajo, les hizo saber que a algunos de sus empleados les había molestado que llevara velo, pidiéndole el cliente que no llevara velo la próxima vez, circunstancia que le fue comunicada a la vez que la empresa le reiteró la necesidad de respetar la neutralidad con los clientes, que le indicó antes de la contratación. Ante la respuesta negativa de la trabajadora, la empresa procedió a despedirla.

Reiterando que no es nuestro propósito analizar los, sin duda, interesantes aspectos que se derivan de ambas sentencias, de ellas se desprende otra tendencia, aparentemente opuesta a la comentada en el apartado precedente. En efecto, en los casos ahí comentados las empresas mostraban no una ideología, pero sí unos criterios ideológicos a través de los que excluir la contratación de determinadas personas. De esta forma, esas empresas se manifestaban clara-

mente imparciales en sus decisiones de contratación. Ahora, en los dos asuntos referenciados, las empresas se manifiestan expresamente como neutrales, y si bien lo hacen en lo que a las apariencias de los empleados se refiere, sin duda ello se extiende al conjunto de las relaciones laborales, incluyendo, por tanto la incorporación, contratación de trabajadores. En este sentido, en la sentencia del asunto Bougnaoui, se recoge que la empresa le manifestó a la trabajadora su total respeto al principio de libertad de expresión y a las convicciones religiosas personales.

Estamos, por tanto, ante un reforzamiento de la neutralidad, propia, por exigencias legales, de las administraciones públicas. En el ámbito privado, y también por imperativo normativo, las empresas deben actuar sin conculcar los derechos fundamentales, aunque en la categoría de empresas que denominamos de tendencia se modulen la efectividad de tales derechos en lo que a las relaciones laborales se refiere.

El problema viene porque, precisamente, los derechos fundamentales, y entre ellos el de libertad religiosa e ideológica, condicionan precisamente la gestión de los recursos humanos en las empresas neutras, en el sentido de intentar preservar su ejercicio en la medida de lo posible, aplicando la conocida teoría del equilibrio y ponderación entre exigencias empresariales y derechos fundamentales de los empleados.

En este sentido, e intentando aunar lo resuelto en las dos sentencias, se concluye que si bien una norma interna de neutralidad adoptada por una empresa privada no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones, en cambio, puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, rechazando al respecto el criterio de tener en cuenta los deseos de un cliente.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

De lo expuesto en estas páginas, concluiría que la existencia de empresas, organizaciones, que en atención a sus fines presentan claros rasgos ideológicos o de creencias, vienen modulando el ejercicio de algunos derechos fundamentales de las personas que emplean y sigue apareciendo como un elemento, singular, en las relaciones laborales.

Principalmente, esto se sigue observando en el terreno de las creencias religiosas, en donde las iglesias, o entidades vinculadas a las mismas, y en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa en su vertiente colectiva, vienen estableciendo condiciones de acceso al empleo, o de mantenimiento del vínculo contractual, supeditadas al ideario de la organización en cuestión.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha venido afirmando la constitucionalidad de estos ámbitos ideologizados, pero también el hecho de que en los mismos no quedan excluidos, sin más, la efectividad de los derechos fundamentales de las personas empleadas en las mismas. Ha llevado, pues, a este terreno, su conocida doctrina sobre el equilibrio entre exigencias empresariales y el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, partiendo, no obstante, de la mayor afectación que este ejercicio puede tener en este tipo de organizaciones, pero, a la vez, exigiendo ejercicio de ponderación que, por tanto, salvaguarde dichos derechos.

Por otra parte, algunas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han planteado volver a reflexionar sobre un aspecto que suele ser aparentemente pacífico, el cual es la configuración de la tendencia, es decir, de qué empresas pueden situarse lícitamente en un ámbito ideologizado, con las consecuencias que ello determina. En este sentido, se observa, y dichas sentencias lo revelan, que, en empresas claramente ajenas a un ámbito de esa naturaleza, existe una tendencia a ideologizar los criterios que rigen sus relaciones laborales. En los casos analizados, esas prácticas han consistido en adoptar criterios de exclusión, manifestando rechazo hacia la contratación de personas por su orientación sexual, lo cual ha sido analizado por el Tribunal Europeo desde la perspectiva de la normativa antidiscriminatoria que, por tanto, se erige en límite a tales conductas, así como a una posible, e indebida, extensión de los ámbitos empresariales ideologizados.

Además, las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han revelado cómo, en dirección aparentemente opuesta a la anterior, las empresas adoptan expresamente la neutralidad como criterio de actuación en el terreno de las relaciones laborales. Esto que, a priori, parece responder a la adecuada limitación que la ideología puede tener en la gestión de los recursos humanos, en aras a respetar la efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores, se puede convertir, sin embargo, en la adopción de criterios discriminatorios. Y así ha sido visto por el Tribunal Europeo, al considerar que precisamente en aras a la vigencia de los derechos fundamentales, esas prácticas pueden suponer discriminaciones indirectas hacia personas pertenecientes a colectivos que pueden estar afectados en mayor medida que otros, siendo las creencias religiosas, de nuevo, el ámbito en el que tal doctrina se ha elaborado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO GALLEGO, J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, 1995.
- CALVO GALLEGO, J., “La singularidad del poder de control en las empresas de tendencia”, *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- CALVO GALLEGO, J. y FERIA BASILIO, I., “Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en varios autores, *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, CARL, 2013.
- CATALÁ, S., “Autonomía de las confesiones, libertad de empresa y empresas de tendencia”, en *La autonomía de las entidades religiosas en el Derecho*, Dykinson, 2017.
- RIVAS VAÑÓ, A., *LGTBI en Europa: la construcción jurídica en la diversidad*, Tirant lo Blanch, 2019.
- VELASCO PORTERO, M. T., “Libertad de expresión en el ámbito de empleo y la ocupación por razón de orientación sexual”, *Temas Laborales*, núm. 153, 2020.

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SANITARIAS: EL IMPACTO DEL COVID-19 EN LAS RELACIONES LABORALES*

DISCRIMINATION FOR HEALTH REASONS:
THE IMPACT OF COVID-19 ON LABOR RELATIONS

DISCRIMINATION POUR DES RAISONS DE SANTÉ:
L'IMPACT DU COVID-19 SUR LES RELATIONS DE TRAVAIL

María Luisa PÉREZ GUERRERO**

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es el análisis de las nuevas formas de discriminación por razones sanitarias, provocadas por la irrupción del virus SARS-CoV-2 en nuestras vidas, en el ámbito de las relaciones laborales. Analizaremos los mecanismos de protección que nuestro ordenamiento jurídico arbitra frente a estas nuevas formas de discriminación tanto en el acceso al empleo, como en el desarrollo de la relación laboral o en el momento de su extinción. Ante la aplicación de normas aparentemente neutras, pueden subyacer comportamientos discriminatorios que frente a ciertos grupos de personas. Analizaremos en primer lugar en qué medida estos actos discriminatorios suponen la lesión de otros derechos fundamentales como la intimidad, la dignidad o la protección de los datos personales relacionados con la salud. En segundo lugar, nos centraremos en determinar en qué medida las decisiones empresariales causadas por la situación de salud de los trabajadores vulneran el principio de igualdad y no discrimi-

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social (US-1264479).

** Catedrático de Universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Sevilla. Becario FPI, de la Fundación Oriol Urquijo y del Real Colegio de España en Bolonia.



minación. Y, finalmente, analizaremos la calificación del despido fundado en causas relacionadas con el COVID-19.

Palabras clave: discriminación, COVID-19, derecho a la intimidad, protección de datos personales, acceso al empleo, despido.

ABSTRACT: This paper analyzes the new forms of discrimination for health reasons, cause the irruption of the SARS-Cov-2 virus in our lives, in the field of labor relations. We will analyze the protection mechanisms that our legal system arbitrates against these new forms of discrimination both in access to employment, as in the development of the employment relationship or at the time of its termination. Faced with the application of apparently neutral norms, discriminatory behaviors may underlie that towards certain groups of people. First of all, we will analyze how these discriminatory acts can violate other fundamental rights such as privacy, dignity or the protection of personal data related to health. Second, we will focus on determining when business decisions caused by the health situation of workers violate the principle of equality and non-discrimination. And, finally, we will analyze the classification of the dismissal based on causes related to COVID 19.

Keywords: discrimination, COVID 19, right to privacy, protection of personal data, access to employment, dismissal.

RÉSUMÉ: L'objectif de ce travail est l'analyse des nouvelles formes de discrimination pour raisons de santé, causées par l'irruption du virus SARS-Cov-2 dans nos vies, dans le domaine des relations de travail. Nous analyserons les mécanismes de protection que notre système juridique arbitre contre ces nouvelles formes de discrimination aussi tant dans l'accès à l'emploi, que dans le développement de la relation de travail ou au moment de sa rupture. Face à l'application de normes apparemment neutres, des comportements discriminatoires peuvent sous-tendre cela à l'égard de certains groupes de personnes. Nous analyserons d'abord dans quelle mesure ces actes discriminatoires violent d'autres droits fondamentaux tels que la vie privée, la dignité ou la protection des données personnelles liées à la santé. Deuxièmement, nous concentrerons sur la détermination de la mesure dans laquelle les décisions commerciales causées par la situation sanitaire des travailleurs violent le principe d'égalité et de non-discrimination. Et, enfin, nous analyserons la classification du licenciement en fonction des causes liées au COVID 19.

Mots clés: discrimination, COVID 19, droit à la vie privée, protection des données personnelles, accès à l'emploi, licenciement.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Discriminación por COVID-19 en el acceso al empleo.* III. *El despido discriminatorio por causas relativas a la COVID-19.* IV. *La carga de la prueba en los procesos por discriminación.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Las características personales de los trabajadores y su forma de desenvolverse en el ámbito laboral constituyen factores físicos o sociológicos que pueden estar en el origen de conductas discriminatorias que impidan, por lo que a nosotros interesa, el acceso al empleo. Muchos de estos factores, en combinación con las nuevas tecnologías y la digitalización e informatización de los procesos de selección, crean nuevas formas de discriminación, apenas apreciables, si no se dedica parte de nuestra atención a su estudio y control. Junto a las causas “tradicionales” de discriminación, que aún hoy son fácilmente perceptibles si bien con ciertos cambios en su forma de manifestarse, podemos encontrar nuevas causas provocadas por acontecimientos de naturaleza global como la crisis sanitaria que vivimos desde principios de 2020 generada tras la aparición del virus SARS-CoV-2, conocido como COVID-19.

Es esta crisis sanitaria un factor que ha afectado a las relaciones laborales de forma global y ha tenido un importante impacto en la economía y en el mercado laboral. A la crisis económica que ya veníamos arrastrando en la mayor parte del planeta, se une la necesidad de paralizar la actividad económica como única arma para luchar contra la propagación de una enfermedad cuya transmisión se produce precisamente por la congregación de personas en un mismo lugar. Esto ha determinado que todos los gobiernos busquen medidas que, a través del aislamiento social, permitan frenar la transmisión de la enfermedad; pero también ha llevado a las empresas a tener que imaginar formas de adaptar la producción y la actividad económica a las nuevas circunstancias socio-sanitarias.

Una de estas medidas ha sido la prevención frente al riesgo generado por el agente biológico causante de la crisis sanitaria, el virus. Para ello, la detección a tiempo de la enfermedad, dado el poco conocimiento inicial de la misma, ha constituido un factor fundamental para evitar que, tras el contagio de una plantilla o parte de ella, se tuvieran que adoptar medidas de aislamiento de personas que impidieran la continuación de la actividad empresarial. A medida que fui-

mos avanzando en el conocimiento de la enfermedad, la mayoría de las instituciones gubernamentales e internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, comenzaron a recomendar la realización de pruebas que permitieran detectar el virus, especialmente en las personas que resultaban asintomáticas al padecer la enfermedad, como medio de prevención y contención de la enfermedad.

Una de estas medidas es la realización de pruebas serológicas o de determinación del padecimiento de la enfermedad en tiempo real. El carácter de las pruebas y su voluntariedad o no, ha generado importantes dudas en las empresas y sus servicios médicos o de prevención de riesgos laborales; que además debían seguir las indicaciones de sus gobiernos, quienes, como en el caso español, ante la imposibilidad de contar con suficientes pruebas de detección, optó por recomendar su realización solo en caso de existencia de síntomas, primero, y más tarde, condicionada a una prescripción médica. Pero también ha estado en el punto de mira de los tribunales los actos de algunas empresas dirigidos a impedir la reincorporación de los trabajadores, a través de la no renovación de contratos de duración determinada o a través del despido. Estas prácticas han sido calificadas por algunos tribunales sociales como discriminatorias.

También se han calificado como discriminatorias las prácticas que, de forma directa o indirecta, impiden el acceso al empleo a quienes no estén inmunizados frente a la enfermedad, bien por no haberse contagiado o bien por no haber resultado vacunados, cuando, como sabemos, esto no es algo que los trabajadores puedan decidir, ya que, de momento, el acceso a las vacunas es limitado y depende de los gobiernos.

Todas estas cuestiones determinan la necesidad de analizar los primeros pronunciamientos judiciales y la interpretación de la normativa antidiscriminación tanto en el ámbito nacional como en el supranacional.

II. DISCRIMINACIÓN POR COVID-19 EN EL ACCESO AL EMPLEO

La discriminación en el acceso al empleo puede analizarse desde el punto de vista de quien trata de acceder por primera vez a un puesto de trabajo en una empresa pública o privada, o bien, como la discriminación que tiene lugar al no renovar a una persona trabajadora tras la finalización de un contrato de naturaleza temporal o impedir la transformación de su contrato temporal en otro de carácter indefinido sobre la base criterios arbitrarios o discriminatorios.

1. Marco europeo de la normativa antidiscriminación en el acceso al empleo

Resulta de vital importancia considerar la normativa europea, de la que hemos importado conceptos claves, así como la regulación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito específico del acceso al empleo.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su artículo 21, íntimamente relacionado con el 20 sobre el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley, la prohibición genérica de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Como se puede observar, el conjunto de causas específicas de no discriminación es bastante amplio y recoge, con detalle, la mayor parte de las que conocemos como causas tradicionales de discriminación y que encontramos enumeradas de forma muy similar en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Junto a ellas, es posible encontrar nuevas causas de discriminación que, si bien algunas de ellas pueden encuadrarse dentro de las enumeradas en el precepto, otras tienen difícil encaje por su novedad y reciente aparición, como la discriminación por enfermedad que tratamos en nuestro estudio. Algunos autores han preferido la denominación de causas de primera generación, para referirse al género, la nacionalidad y el origen, y causas de segunda generación para referirse al conjunto de causas que consideramos de aparición más reciente, como son la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico, color o pertenencia a minoría nacional, la religión o creencia, la lengua, el origen social, nacimiento y propiedad, las opiniones políticas y de otra índole, la paternidad, el estado civil, la pertenencia a una organización o el lugar de residencia.¹ E incluso, podríamos hablar ya de causas de tercera generación si consideramos los nuevos factores de discriminación que representa el uso de la Inteligencia Artificial y los algoritmos en las empresas, o la situación sanitaria de pandemia, con todas sus consecuencias. Sin duda, este conjunto de causas de nueva generación se actualiza continuamente con la aparición de forma constante de nuevas causas de discriminación, debido a la transformación del mundo del trabajo.

¹ Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz, “Igualdad y no discriminación en el acceso al empleo”, en García Murcia, Joaquín (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea*, España, 2017, p. 446.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) ha considerado extensible el artículo 21 de la Carta Europea y la prohibición de discriminación a otros factores, como, por ejemplo, los relacionados con el aspecto físico de las personas, como la estatura,² la obesidad,³ la apariencia física,⁴ en lo que se puede denominar una interpretación extensiva del artículo 21 de la Carta.⁵

Como hemos dicho anteriormente, la situación sanitaria actual también ha determinado la existencia de causas de exclusión social que se trasladan al ámbito laboral, la posibilidad de contagio ante la nueva pandemia que asola Europa y gran parte del territorio mundial ha marcado un antes y un después en la economía mundial y en las relaciones laborales; lo que tiene su reflejo en la forma de acceder al empleo.

Estas nuevas causas de discriminación precisan instrumentos de protección frente a ellas, que puede extraerse de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que renuncia a actualizar el elenco de causas recogidas en el artículo 14,⁶ y de la Carta de Derechos Europeas. Pues, como ha defendido la doctrina, no se trata de listas exhaustivas, de modo que la inclusión de factores o motivos adicionales podría llevar a la interpretación contraria.⁷ En el caso de la Carta de Derechos Fundamentales no encontramos en el artículo 21 una enumeración cerrada, sino una cláusula de concreción de causas; interpretación que surge porque dicha enumeración de causas va precedida de la expresión “en particular”.⁸

Por su parte, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la UE se refiere a la adopción de medidas, políticas y acciones, para luchar contra toda forma de discriminación “por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Y por lo que se refiere a la adop-

² Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2017, Asunto C-409/16, *Ypourgos Esoterikon y Maria-Eleni Kalliri*.

³ Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-354/13), *Fagoc Arbejde c. Kommunerne Landsforening*.

⁴ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2017, Asunto C-188/15, *Asma Bougnaoui y otros c. Micropole*.

⁵ Barrero Ortega, Abraham, “Igualdad, no discriminación y acción positiva (un apunte desde la carta)”, 2020, en *Blog Trabajo, persona, derecho y mercado*, 9 de diciembre de 2020, disponible en: <http://grupo.us.es/imp/2020/12/09/igualdad-no-discriminacion-y-accion-positiva-un-apunte-desde-la-carta/>.

⁶ Es la interpretación que contiene en la Memoria explicativa del Protocolo 12 al Convenio para la Protección de los derechos Humanos y Libertades Fundamentales (núm. 177 del Consejo de Europa).

⁷ Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz, “Igualdad y no discriminación...”, *cit.* p. 147.

⁸ Barrero Ortega, Abraham, “Igualdad, no discriminación...”, *cit.*

ción de normas específicas, el artículo 19 del mismo Tratado establece que “el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del 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”. Por su parte, el artículo 157.3 del mismo texto fundamental establece que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”.

En materia de lucha contra la discriminación son varias las Directivas elaboradas por la Unión Europea. Cronológicamente se elaboró, en primer lugar, la Directiva 2000/43 del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico,⁹ norma que se completó con la que a nosotros afecta en este estudio, la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000,¹⁰ relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se elaboró con vocación de establecer un marco general para luchar contra la discriminación en el ámbito laboral. Finalmente, el proceso de elaboración de directivas comunitarias antidiscriminatorias se completa con la aprobación de las Directivas 2004/113/CE del Consejo, del 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹¹ y la 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación,¹² Aunque no podemos olvidar que el acervo comunitario regulador de la igualdad de trato entre mujeres y hombres contaba con normas bastante más antiguas y de consolidada aplicación en el ámbito comunitario. Tal es el caso de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.¹³

⁹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 180 del 19 de julio de 2000.

¹⁰ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 303 del 2 de diciembre de 2000.

¹¹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 373 del 21 de diciembre de 2004.

¹² *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 204 del 26 de julio de 2006.

¹³ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 39 del 14 de febrero de 1976.

Sin perder de vista todo el conjunto de directivas antidiscriminación del ámbito comunitario, debemos detenernos en la Directiva elaborada con carácter específico para la consecución de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; lo que incluye, pues, el acceso al empleo. Esta Directiva 2000/78, del 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, nace con el objetivo de dar cumplimiento a las Directrices para el empleo del año 2000, del Consejo Europeo, conforme a las cuales se pretende promover “un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación”. La Directiva pretende como objetivo, en su artículo primero, “establecer un marco general para luchar contra la discriminación”, mencionando a continuación los motivos más relevantes, como son “la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación”.

Es interesante hacer dos consideraciones al respecto, en primer lugar, aunque la enumeración de las causas de discriminación recogidas en el artículo primero de la Directiva deja fuera muchas otras causas de discriminación, que no se encuentran recogidas en ninguna otra Directiva comunitaria, no por ello hemos de considerar que no exista amparo para la invocación del principio de igualdad de trato en la normativa comunitaria, pues muchas de ellas sí están en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, como hemos dicho, utiliza una fórmula más abierta en la enumeración de algunas causas de discriminación. Además, la eficacia vertical de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales, en particular del artículo 21, puede extenderse a cualquier ámbito, incluyendo, por tanto, el del acceso al empleo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado en muchas ocasiones la aplicación de los derechos recogidos en la Carta y ha reconocido su aplicación como instrumento interpretativo, otorgándole el mismo valor jurídico que los tratados, cuando se trata de juzgar pretensiones de los particulares frente a los Estados miembros, en los que se reclama el reconocimiento de dichos derechos fundamentales.¹⁴ E incluso, cuando nos situamos en el ámbito de las relaciones entre particulares, el Tribunal ha reconocido un efecto directo a las disposiciones de los tratados que conceden derechos a los particulares, y

¹⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, p. 35, citando la STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*.

que han de ser tutelados por el juez nacional.¹⁵ Interpretación que debemos extender, por tanto, a la Carta de Derechos Fundamentales.

En segundo lugar, en relación con el ámbito de aplicación de esta prohibición de discriminación, el artículo tercero de la Directiva 2000/78 aclara que ésta resultará de aplicación a todas las personas tanto en el sector público como en el privado, y en relación con, entre otras, “las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción”. Así lo ha expresado también el Tribunal de Justicia de la UE cuando indica que “esta Directiva es aplicable a una persona que trata de acceder a un empleo, incluso en lo referido a los criterios de selección y las condiciones de contratación para ese empleo”; lo que se extiende, tanto a la Directiva 2000/78, como a las Directivas 2000/43 y 2006/54, sobre igualdad y no discriminación por origen racial y étnico y entre mujeres y hombres, respectivamente.¹⁶

Así pues, no cabe duda de la aplicación de las Directivas antidiscriminación a los procesos de selección para el acceso al empleo, la oferta, la modalidad contractual elegida y todos aquellos actos jurídicos relativo al proceso de contratación; procesos, algunos de ellos, en los que la persona aspirante al puesto de trabajo aún no ha adquirido la condición de trabajador, lo que le sitúa en una posición aún más vulnerable.

Por último, no podemos olvidar la especial referencia que la Directiva hace a los conceptos de discriminación directa e indirecta en su artículo segundo, a través del cual nos recuerda la norma que los Estados miembros habrán de estar atentos para prevenir cualquier situación de discriminación en ambas modalidades, incluyendo, por tanto, aquellas disposiciones, normas o prácticas que, con una apariencia de legitimidad o neutralidad, ocasionen una desventaja particular a las personas en el proceso de acceso al empleo.

2. *La vigilancia de la salud del trabajador y la vacunación como instrumentos generadores de prácticas discriminatorias en el acceso al empleo*

Tras la crisis sanitaria de 2020, asistimos en el primer trimestre de 2021 a un proceso de vacunación a nivel mundial, cuya pretensión es la de inmunizar al

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10, *Caso Meister*, y del 28 de julio de 2016, Asunto C-423/15, *Caso Krazzer*.

mayor número posible de personas contra el virus causante del SARS-CoV-2, conocido como COVID-19. Este proceso tiene una finalidad sanitaria, sin duda, pero también persigue un fin de carácter económico; la superación de la crisis económica que se ha generado como consecuencia de la paralización o disminución de la productividad de muchas actividades, especialmente las relacionadas con el turismo y la hostelería. Una reactivación de estos sectores permitirá contribuir a la recuperación económica de muchos países, por lo que se barajan medidas relacionadas con la acreditación de la ausencia de enfermedad o de la situación de vacunación frente a la misma. Entre las medidas que se pretenden implantar, se incluye la de un certificado de encontrarse vacunado frente al COVID-19, lo que pretende garantizar que no se producirá el contagio masivo que ha dado lugar a la crisis sanitaria o, según indican algunos expertos, a mutaciones del virus que la ha causado y que podría eliminar la eficacia de las vacunas existentes.

La ausencia del riesgo de ser contagiado o bien de propagar la enfermedad se ha convertido en un factor decisivo a la hora de permitir el movimiento entre los diferentes países. Las autoridades gubernativas de la mayoría de los países han venido exigiendo pruebas clínicas, realizadas con una antelación suficiente al viaje, para permitir el ingreso de personas en sus respectivos países. Y ahora, en una segunda fase, iniciado el proceso de vacunación, se habla de la posibilidad de crear un documento oficial o “pasaporte” digital a nivel europeo, que contenga los datos de vacunación, como requisito necesario para el acceso a algunos países.¹⁷ E incluso hay países que ya lo han puesto en práctica.¹⁸

Tanto la OMS como las autoridades comunitarias europeas han advertido de los riesgos que estas medidas suponen para la discriminación, considerando, principalmente, que el acceso a las vacunas es hoy, aún, bastante restringido; por lo que se limitará, de momento, a facilitar la movilidad de las personas sin llegar a condicionar la libre circulación de personas, que es un derecho reconocido en la Unión Europea.¹⁹

¹⁷ La Comisión Europea ha presentado una Propuesta de Reglamento para la implantación del “Digital Green Pass” que es posible que se apruebe en los próximos meses. Puede consultarse la propuesta de Reglamento y el calendario de implantación en la dirección https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/covid-19-digital-green-certificates_es.

¹⁸ Tal es el caso de Israel, según la cadena de noticias CNN: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/02/26/desafios-globales-pasaporte-covid-19-israel-jose-levy-podcast-orix/>.

¹⁹ Así lo establece la página web de la Comisión Europea que explica la “Digital Green Pass”: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/covid-19-digital-green-certificates_es.

Sin embargo, en estos momentos podemos observar que estas decisiones se trasladan al ámbito del empleo, en forma de obligación de vacunación para los empleados, pero también al impedir el acceso al empleo de aquellos que no lo estén, lo que podría generar igualmente actos discriminatorios en el acceso al empleo.

Como regla general, podemos afirmar que, dadas las circunstancias actuales de limitación en el acceso a las vacunas, así como de control gubernativo de este proceso, la exigencia de un certificado de vacunación para poder acceder a un empleo no es, a nuestro entender, un requisito lícito ni respetuoso con el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en nuestra Constitución y en numerosos textos fundamentales del derecho internacional y comunitario. Son varios los argumentos que nos llevan a la citada conclusión.

En primer lugar, hemos de considerar que los datos relacionados con la salud de los aspirantes o candidatos a un puesto de trabajo se encuentran dentro de la categoría de datos especialmente sensibles, que recoge el Reglamento Europeo y, por la misma razón, la Ley Orgánica de Protección de Datos en España.²⁰ Así, el artículo 9o. del Reglamento General de Protección de Datos Europeo²¹ extiende la prohibición de tratamiento de datos personales a “los datos relativos a la salud”, por lo que estamos dentro del ámbito de la protección de datos personales. El propio Reglamento los define como “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”. Estos datos especialmente sensibles, no podrán ser recabados ni tratados por el empresario salvo que concurra alguna de las excepciones previstas en el apartado segundo del mismo precepto. Veamos algunas de ellas:

Por un lado, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la prohibición no es aplicable si existe un consentimiento explícito del interesado. Pero también dicho consentimiento tiene una limitación, amparada por el propio Reglamento que remite a los Estados miembros la posibilidad de regular los supuestos en los que la prohibición no pueda ser levantada por el interesado,²² con la intención de proteger y blindar el principio de igualdad y no discriminación. De forma que, si el tipo de dato personal al que se quiere acceder tiene carácter sensible

²⁰ Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

²¹ Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en los que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DO L 4.5.2016.

²² Artículo 9.2 a) del Reglamento.

y puede dar lugar a conductas discriminatorias, podría verse limitada la eficacia del consentimiento por la normativa interna de los Estados.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica de Protección de Datos, con la intención de impedir la validez del consentimiento cuando el objetivo del tratamiento de datos se dirija a identificar factores que puedan ser causa de un trato discriminatorio de la persona, regula en el artículo 9o. las categorías de datos para los que el consentimiento del interesado no será suficiente para levantar la prohibición de tratamiento, aunque no menciona expresamente la salud o los datos biológicos, los cuales contempla en otros apartados de la norma para remitir, como veremos, a la normativa sobre protección de la salud de los trabajadores en el ámbito laboral.

Por otro lado, el Reglamento Europeo incluye una segunda limitación en aquellos casos en que el tratamiento de los datos especiales sea necesario “para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad”²³ o bien que sea necesario “para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social o gestión de sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros”.²⁴ Así, será preciso conectar esta excepción con la normativa interna sobre prevención de riesgos laborales.

La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales²⁵ contiene una previsión expresa de protección de los datos de los trabajadores en el ámbito de la vigilancia de la salud, garantizando que “las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”,²⁶ limitando el conocimiento por parte del empresario a aquellos datos de la salud del trabajador que tengan relación con “el desempeño del puesto de trabajo o la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección” y garantizando que “el acceso a la información médica se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores”. Y declarando expresamente que “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio

²³ Artículo 9.2 b).

²⁴ Artículo 9.2 h).

²⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 269, del 10 de noviembre de 1995, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>.

²⁶ Artículo 22.2.

del trabajador”.²⁷ Límites perfectamente extrapolables a los posibles controles de salud que se realicen a los participantes en un proceso de selección para el acceso a un empleo.²⁸ Incluso regula en qué supuestos puede resultar obligatorio el sometimiento a un reconocimiento médico en la empresa, como veremos más adelante.

Hemos de añadir que, además de esta regulación sobre el tratamiento de los datos relativos a la salud de las personas, el artículo 7o. de la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica,²⁹ también garantiza la confidencialidad de los datos sobre la salud y la necesidad de autorización “amparada por la ley” para poder acceder a ellos.

Esto nos aclara el sistema de protección de datos de carácter sanitario y su tratamiento en el ámbito del acceso al empleo. Por ello, debemos considerar si, desde el punto de vista constitucional, la exigencia de un certificado o documento que acredite estar libre de la enfermedad o, más concretamente, haber sido vacunado frente a ella, constituye una medida lícita como requisito a imponer en un proceso de selección.

Desde la perspectiva constitucional española debemos considerar que dicha exigencia y su puesta en práctica podría tener implicaciones en muchos derechos de la persona, pero, sobre todo, en dos derechos fundamentales, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE y el derecho a no ser discriminado del artículo 14, relacionado con la protección de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10, y su intimidad, tal y como reconoce el artículo 18.

De este modo, como ya señalara algún autor, es preciso determinar si dicha exigencia, supera el test o juicio de validez constitucional, necesario para poder justificar la limitación de un derecho fundamental como el acceso al empleo.³⁰ Es decir, si la exigencia de este documento constituye una medida indispensable para el acceso al empleo, si es necesaria y no puede acudirse a otra medida menos lesiva con los derechos de los aspirantes, y, finalmente, si es proporcio-

²⁷ Artículo 22.4.

²⁸ De Val Tena, Ángel Luis, “La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores, en particular, aquellos datos especialmente sensibles”, *Documentación Laboral*, 119, 2020, p. 117.

²⁹ Boletín Oficial del Estado núm. 274, del 15 de noviembre de 2002.

³⁰ Pérez Domínguez, Fernando, “Pasaporte Covid: ¿pasaporte hacia un empleo?”, *Blog Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 30 de octubre de 2020, disponible en: <http://grupo.us.es/inpr/2020/10/30/pasaporte-covid-los-efectos-negativos-de-un-mero-anuncio-por-que-los-experimentos-conviene-hacerlos-con-gaseosa-en-lugar-de-con-derechos-fundamentales-pasaporte-hacia-un-empleo/>.

nal o equilibrada en relación con la limitación de otros derechos como los ya citados.³¹

En primer lugar, hemos de considerar que se trata de una medida restrictiva de derechos, que, en el caso de aplicarse como requisito para el acceso al empleo, limitaría el propio derecho al trabajo reconocido en nuestra Constitución en el artículo 35, pero, a su vez, generaría una conducta contraria al artículo 14 de la Constitución que reconoce el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación. La finalidad que persigue la exigencia de un certificado de vacunación o de estar libre de la enfermedad, podría considerarse legítima a priori, por razones de salud pública, especialmente en casos en que el trabajo requiera garantizar la ausencia total de contagio. Tal es el supuesto planteado en el ámbito sanitario y de los servicios sociales, en particular, en lo que se refiere a la atención de personas mayores y colectivos con enfermedades relacionadas con el sistema inmunitario, que son especialmente vulnerables a la enfermedad provocada por el COVID-19, a quienes podría generarles un resultado mortal. En estos supuestos, como decimos, podría considerarse una medida necesaria para evitar contraer la enfermedad; sin embargo, tal y como se ha venido demostrando y advirtiendo por las autoridades sanitarias, no lo es tanto para evitar el contagio. Es decir, que una persona vacunada contra la enfermedad podría contagiar igualmente, aunque no sufriera los efectos tan graves de la misma.

Desde este punto de vista, la medida superaría el juicio de necesidad, pero no el de idoneidad, que implica buscar la medida más adecuada al fin que se pretende conseguir; pues resultaría más adecuado realizar controles sanitarios, pruebas PCR, toma de temperatura, etcétera, que permitan conocer si la persona padece la enfermedad.³²

Finalmente, la medida tampoco superaría el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, pues resulta claramente desproporcionada por afectar, como hemos dicho, a otros derechos o bienes jurídicos, como la intimidad y la protección de datos personales.³³

³¹ Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional Español, vienen aplicando este test de proporcionalidad para analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida que pueda limitar un derecho fundamental reconocido en cualquiera de las normas fundamentales de ambos ordenamientos; es decir, si la medida o medidas adoptadas que lesionan derechos fundamentales están justificadas por una finalidad legítima y si son adecuadas y proporcionales, observando en particular que la finalidad legítima perseguida por el empleador no podía alcanzarse con medidas menos intrusivas para los derechos afectados. Véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda) y Sentencia del Tribunal Constitucional Español 186/2000.

³² Pérez Domínguez, Fernando, *op. cit.*

³³ *Idem.*

En esta línea de argumentación, otra cuestión diferente es la obligatoriedad o no de someterse a reconocimientos médicos o pruebas dirigidas a detectar la enfermedad, porque, también en estos casos, existen importantes limitaciones cuyo objetivo es precisamente evitar los actos discriminatorios.

Es interesante considerar la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de someterse a un control o vigilancia de la salud antes del acceso al empleo. Esta obligación aparece recogida en muchos convenios colectivos, de modo que nuestros tribunales han venido aceptando esta obligatoriedad de someterse a reconocimientos médicos con ciertas limitaciones:

En primer lugar, es el Reglamento de Servicios de Prevención³⁴ el que establece, en desarrollo del deber de vigilancia de la salud recogido en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales,³⁵ la obligación del empresario de la evaluación inicial de la salud de los trabajadores después de la incorporación al trabajo. No tratándose, por tanto, de una obligación previa al proceso de selección sino a la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo.³⁶ Interpretación que es corroborada por el propio Tribunal Constitucional que considera que “el reconocimiento médico en la relación laboral no es una facultad que se reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar”.³⁷

Se configura, así, la obligación legal del empresario de vigilar la salud de los trabajadores, para quienes someterse o no a los reconocimientos médicos constituye un derecho, que requiere su consentimiento libre, voluntario e informado.³⁸

Tan solo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece como excepciones a esa voluntariedad los supuestos en los que

la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evitar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa

³⁴ Aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Boletín Oficial del Estado núm. 27 del 31 de enero.

³⁵ Ley 31/1995, del 8 de noviembre, Boletín Oficial del Estado núm. 269, de 10 de noviembre.

³⁶ Igartua Miró, María Teresa, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, Tecnos, 2011, p. 169.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, del 15 de noviembre, Boletín Oficial del Estado núm. 306, del 21 de diciembre de 2004.

³⁸ De nuevo Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004.

o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

De ese modo, salvo que nos encontremos ante alguna de estas tres excepciones, es decir, ante la posibilidad de que un trabajador presente síntomas compatibles con la enfermedad o hubiese estado en situación de riesgo de contagio, los reconocimientos médicos y pruebas dirigidas a la comprobación del estado de salud de los trabajadores, serán, como regla general, voluntarios. Ahora bien, estas reglas son compatibles con lo preceptuado en el artículo 243 de la Ley General de la Seguridad Social para aquellas empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, las cuales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos, sin que puedan contratar a aquellos trabajadores que no hayan sido considerados aptos en el mismo.³⁹

Por tanto, dependiendo de la actividad y el puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador, nos encontraremos ante un supuesto u otro. Habremos de distinguir cuándo un determinado puesto de trabajo exige un control periódico de la salud del trabajador por la exposición permanente al virus —por ejemplo, el personal sanitario de un hospital— y qué medidas de control son las adecuadas para respetar las garantías recogidas en nuestra legislación en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.⁴⁰ Estas garantías son la obligación de optar por los reconocimientos o pruebas que causen menores molestias al trabajador, que sean proporcionales al riesgo, respetuosas con el derecho a la intimidad y la dignidad del trabajador, y la obligación de que se realicen por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada, respetando siempre la confidencialidad de toda la información relacionada con el estado de salud del trabajador. En consecuencia, la empresa sí puede obligar, entendemos, a los trabajadores a someterse a una prueba de diagnóstico como es la PCR, ya que es la única manera de poder preservar la salud del colectivo de

³⁹ Debemos considerar que la Directiva (UE) 2020/739 del 3 de junio, de la Comisión Europea, incluye este virus SARS-CoV-2 como agente biológico a efectos de su consideración en el mundo del trabajo; y el Gobierno de España desarrolló a Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre por la que se modificó el Real Decreto 664/1997, del 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

⁴⁰ También será preciso seguir el procedimiento de actuación establecido por el Ministerio de Trabajo para los Servicios de Prevención frente a la exposición al SARS-CoV-2, y publicado el 15 de febrero de 2021.

trabajadores y evitar contagios, y es respetuosa con la protección de la intimidad y la dignidad del trabajador ya que sólo detecta si se padece o no la enfermedad en un determinado momento.

El empresario sólo conocerá si del resultado del reconocimiento o prueba se deduce el carácter de apto o no del trabajador; que, en caso de que se detecte que padece la enfermedad COVID-19, constituirá una razón para impedir su incorporación inmediata al puesto de trabajo, pero no su contratación.

Cuestión distinta es la que tiene que ver con los denominados “test de anticuerpos” o pruebas que van dirigidas a detectar la existencia de anticuerpos de la COVID-19, es decir, a detectar si la persona ha estado infectada. En este caso, la Agencia Española de Protección de Datos sostiene, de acuerdo con nuestra legislación, que

solicitar información sobre el estado de inmunidad frente a la COVID-19 iría más allá de las obligaciones y derechos específicos que impone a la empresa la legislación del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en particular, del deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.⁴¹

Por último, hemos de considerar que la exigencia de la realización de pruebas diagnósticas del padecimiento de la enfermedad, por cuenta de la persona que accede al proceso de selección, también podría generar una causa de discriminación de carácter económico, dado el conocido precio al que ascienden estas pruebas.

III. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CAUSAS RELATIVAS A LA COVID-19

Otro aspecto que debemos considerar cuando analizamos las causas de discriminación relacionadas con la COVID-19 afecta a la extinción de la relación laboral que tiene su causa en el padecimiento de la enfermedad o guarda relación con ella.

⁴¹ Comunicado de la Agencia Española de Protección de Datos sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo, 18 de junio de 2020, disponible en: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-AEPD-covid-19-oferta-busqueda-empleo>.

Poco a poco nuestros tribunales van conociendo supuestos de despido en los que la causa está relacionada con la enfermedad, sus secuelas, la falta de asistencia al trabajo por miedo al contagio o la negativa de los trabajadores a realizarse ciertas pruebas diagnósticas o incluso a vacunarse. Y en todos ellos, hemos detectado que falta uniformidad a la hora de declarar la improcedencia, por falta de causa justificada en el despido, o la nulidad, por tener por móvil cualquiera de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley.

Hasta ahora, teníamos claro que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo los dictados del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, distinguía el despido por “enfermedad en cuanto tal” del despido por discapacidad;⁴² siendo este último nulo, al estar protegido por la Directiva anti-discriminación 2000/78.⁴³

En una interpretación extensiva del concepto de “discapacidad”, incluido como causa de discriminación directa o indirecta en la Directiva 2000/78, el TJUE considera que la Directiva “se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, incluso cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de este trabajador”.⁴⁴ Pues el concepto de discapacidad que contiene la Directiva debe entenderse referido a “una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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”,⁴⁵ siendo por tanto indiferente al efecto de aplicar la Directiva, la declaración o no en el ámbito nacional de la discapacidad.⁴⁶

⁴² Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 11 de julio de 2008 (asunto C-13/05, *Chacón Navas*) y de 11 de abril de 2013 (asuntos C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark*).

⁴³ Sobre esta materia vid en extenso el Post-blog de Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “Extinción del contrato durante enfermedad o dolencia de larga duración: Doctrinas Chacón Navas, Danmark, Daoudi y Ruiz Conejero y su recepción interna”, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/03/19/extincion-del-contrato-durante-enfermedad-o-dolencia-de-larga-duracion-doctrinas-chacon-navas-danmark-daoudi-y-ruiz-conejero-y-su-recepcion-interna/>.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo 2017 (asunto C-406/15, *Milkova*).

⁴⁶ De nuevo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*).

Por tanto, corresponde al juez nacional determinar cuándo estamos ante la situación de enfermedad de larga duración asimilable al concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78 y cuándo el despido obedece, como única causa, a enfermedad del trabajador, si ésta reunía una serie de características, como “estigmatizante” o “de larga duración” relacionada con su discapacidad.

Considerando esta interpretación del TJUE, cuando el despido tiene lugar con causa única y exclusiva en la baja del trabajador por causa de enfermedad que da lugar a una incapacidad temporal, el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, viene manteniendo que se trata de un despido improcedente y no nulo; pues la situación de incapacidad temporal en la que se encuentre un trabajador al ser despedido “no permite identificarla con la noción de discapacidad”, distinguiendo este concepto del de “enfermedad en cuanto tal”.⁴⁷

Aun así, en el caso de la enfermedad conocida como COVID-19, podemos encontrar algún pronunciamiento judicial declarando nulo el despido objetivo basado en la enfermedad; es decir, el despido que se produce por el único motivo de que la baja médica del trabajador se prolonga en el tiempo y es costosa para la empresa;⁴⁸ o bien porque se padece una enfermedad contagiosa, lo que ha venido a considerar la justicia como “enfermedad estigmatizante”.⁴⁹

Podemos advertir que hay supuestos en los que, a pesar de lo poco que se conoce de la enfermedad COVID-19, la duración de las secuelas es mayor que otros, denominándose estos casos como “COVID persistente”, cuando la enfermedad no llega a desaparecer y genera importantes secuelas físicas incapacitantes a la persona que la padece. Lo que podría acercarnos a la definición de discapacidad de la Directiva.

Otra causa de despido que llama nuestra atención, atendiendo a lo que hemos expuesto en el epígrafe anterior en relación con las garantías legales para la realización de pruebas diagnósticas y reconocimientos médicos, nuestros jueces han tenido ocasión de pronunciarse sobre la nulidad del despido que tiene lugar como consecuencia de la negativa de un trabajador a realizarse una prueba PCR durante sus vacaciones y en el tiempo entre contratos.⁵⁰ Atendiendo a los hechos, interesa la reflexión del magistrado que afirma que

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 2018 (recurso de casación en unificación de doctrina a 2766/2016).

⁴⁸ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 28 de marzo de 2019 (recurso 2467/2018) y Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, del 1 de febrero de 2021.

⁴⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, del 1 de febrero de 2021.

⁵⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Móstoles del 29 de diciembre de 2020 (recurso 1/2020).

el trabajador manifestó a la empresa su disconformidad a realizar el Test PCR antes de firmar el nuevo contrato dado que no solo se le pretendía realizar en período destinado al disfrute de sus vacaciones sino que, al estar dado de alta por cuenta de la empresa, caso de arrojar resultado positivo, se vería privado de la prestación económica de incapacidad temporal por dicha circunstancia y además temía no ser contratado de nuevo.

El magistrado recuerda la jurisprudencia de nuestros tribunales en relación con que los reconocimientos médicos, pese a su voluntariedad, “no deben suponer una carga, coste o consecuencia negativa y perjudicial para el trabajador, por lo que generalmente deben realizarse dentro de la jornada laboral y, cuando se realicen fuera de ella, su tiempo invertido deberá ser tenido en cuenta como tiempo efectivo de trabajo”.⁵¹

Tampoco parecen acercarnos a la nulidad los supuestos en los que el despido tiene causa en el conocimiento, de forma ilegítima, por parte del empresario de la existencia o no de anticuerpos, o de una posible inmunidad frente a la enfermedad, del trabajador o el aspirante a un empleo; ya que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre el carácter de improcedencia y no de nulidad, del acto de despido que tiene lugar sobre la base de una prueba obtenida vulnerando los derechos de intimidad y dignidad del trabajador. Es decir, sobre si la declaración de la nulidad de la prueba, obtenida por vulneración de derechos fundamentales del trabajador se extiende a la decisión de despido misma, o, por el contrario, no determina su calificación.

El Tribunal Constitucional considera que, en estos casos, no puede confundirse el despido con violación de derechos fundamentales, con el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba. Por lo que la calificación como despido improcedente de aquel que basa su decisión en la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales “no es arbitraria ni irrazonable”.⁵²

Para finalizar nuestra exposición, también ha sido considerado por nuestros jueces nacionales el supuesto de la negativa del trabajador a acudir al centro de trabajo “por miedo al contagio”. Algún pronunciamiento judicial ha habido ya en relación con la improcedencia del despido cuando, ante la falta de incorporación del trabajador “por miedo cervical” declarado y acreditado, el empresario

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Nacional del 2 de marzo de 2020 (rec. 279/2019) y STSJ de Galicia del 17 de octubre de 2019 (recurso 3241/2019)

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional de 61/2021, del 15 de marzo.

considera que se trata de una dimisión.⁵³ En este caso, el magistrado considera que “si se obvian las circunstancias, esto es, si se pasa por alto el dramatismo de lo vivido en los primeros momentos de la pandemia del coronavirus, no cabe duda de que se podrían poner en tela de juicio los motivos esgrimidos por la actora”, destacando que los hechos enjuiciados acontecieron a los pocos días de declararse el Estado de Alarma. El juzgador reprocha a la empresa que, en lugar de reprender a la trabajadora, sancionarla o acudir al despido disciplinario o a la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, opta por la solución que le produce el menor quebranto económico, la baja voluntaria; constituyendo un acto de mala fe que genera un perjuicio en la trabajadora. En este caso, tampoco es factible acudir a la nulidad, debiendo declararse el despido improcedente.

Estos son los supuestos que, por el momento, han sido resueltos por la jurisprudencia española; de lo que estamos seguros es de que no serán los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales.

IV. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LAS COMPETENCIAS DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL CUANDO LA DISCRIMINACIÓN TIENE LUGAR EN UN PROCESO DE SELECCIÓN

Una de las cuestiones más importantes a la hora de tratar el aspecto procesal de la protección del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo es la determinación de la persona sobre la que recaerá la carga de la prueba.

En este aspecto, es clara la Directiva 2000/78, cuando afirma en su trigésimo primer considerando que

las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.

⁵³ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres del 5 de octubre de 2020 (recurso 191/2020).

Y así lo suscribe el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del 19 de abril de 2012.⁵⁴

Además, el artículo 10 de la citada Directiva incluye un mandato dirigido a los Estados miembros para que adopten, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. De este modo, nos recuerda el Tribunal que incumbe a la persona perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta; de modo que, cuando la persona ha podido acreditar tales hechos, corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación.⁵⁵ Así, la apreciación de los hechos de los que pueda resultar dicha presunción, corresponde a los órganos judiciales nacionales, con arreglo al derecho nacional.

En esta línea, el artículo 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁵⁶ establece que “una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, obligación que se repite, en relación con la regulación de la prueba, en el artículo 96.1 de la misma norma. Así, una vez que la víctima de la discriminación ha aportado indicios suficientes sobre la misma, a través de sus alegaciones, se produce una inversión de la carga de la prueba que obliga al empresario titular del proceso de selección a ofrecer una explicación razonable y objetiva que pueda constituir prueba suficiente de que su conducta no es discriminatoria, es decir, que responde a los criterios de proporcionalidad exigidos constitucionalmente.

Ahora bien, el acceso a la información que pueda permitir a la persona agraviada presentar elementos suficientes que acrediten la discriminación, no es tan claramente un derecho reconocido por la Directiva. Así, el TJUE en su sentencia *Kelly*, ya citada, concluyó, que la Directiva entonces vigente, 97/80,

⁵⁴ STJUE del 19 de abril de 2012, Asunto C-415/10.

⁵⁵ STJUE del 19 de abril de 2021, Asunto 415/10, *Caso Meister*, recordando la doctrina emanada del Tribunal desde la Sentencia del 21 de julio de 2011, Asunto C-104/10, *Caso Kelly*.

⁵⁶ Ley 36/2011, de 10 de octubre, Boletín Oficial del Estado núm. 245 del 11 de octubre.

no preveía, a favor de la persona que se considerase perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato, un derecho específico a acceder a información para que le fuera posible acreditar los hechos referidos, que, a su vez, permitiesen activar la presunción de existencia de discriminación directa o indirecta; aunque reconocía el propio Tribunal, que la negativa de la empresa a facilitar dicha información “puede frustrar la realización del objetivo pretendido por la Directiva y privar así a dicha disposición de su efecto útil, en particular”. Por ello, el Tribunal, en su sentencia del 19 de abril de 2012 (Asunto 415/10), vino a aclarar que “en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, es preciso garantizar que una denegación de información por la parte demandada no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54”. Así, conforme a la doctrina del TJUE, no existe un derecho del candidato que participa en un proceso de selección para el acceso a un empleo y no es seleccionado, a acceder a la información que indica si al término del proceso de selección, el empresario ha contratado a otro candidato; pero es preciso considerar que “una denegación total de información por parte de la empresa puede constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”.

Así, correspondería al tribunal nacional considerar si existen indicios suficientes para considerar acreditados los hechos, pero también para determinar si la ausencia total de información sobre el proceso de selección o la negativa de la empresa a facilitar dicha información, es un factor que lleva a frustrar los objetivos de la directiva cuando se refiere a la acreditación de los hechos constitutivos de trato discriminatorio.

Tal doctrina podría servir de base para exigir a las empresas, finalizado un proceso de selección de personal, información sobre los criterios utilizados. Algunos autores han abogado por que sea la legislación interna la que determine el derecho de acceso a dicha información, por ejemplo, de los representantes de los trabajadores; lo que sucede en el caso de los reconocimientos médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Derecho que podría regularse también en la negociación colectiva.

En cuanto a la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones litigiosas relacionadas con los procedimientos de selección e intermediación laboral, el artículo 2 p) de la LRJS, se refiere expresamente a ellos, tanto cuando son llevados a cabo por entidades públicas como privadas, si bien con una expresión literal que puede generar bastantes dudas en relación con la

posibilidad de incluir en el ámbito de aplicación a las empresas o a las plataformas que ponen en conexión a los demandantes de empleo con las empresas oferentes. El precepto de la ley procesal indica que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de los litigios “en materia de intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquéllos y entre estas últimas entidades y el servicio público de empleo correspondiente”. Dada la literalidad de la norma hay quien ha manifestado la dificultad de incluir en el concepto de “entidades colaboradoras” a las empresas o a las plataformas de búsqueda de empleo,⁵⁷ lo que haría difícil el encaje de los litigios suscitados entre la empresa y el candidato a un puesto de trabajo en este precepto.

Coincidimos en mantener las dudas sobre la competencia del orden jurisdiccional social en estos casos en que se vulneran derechos fundamentales en el proceso de selección o simplemente en las entrevistas personales de los candidatos a dichos procesos. Sin embargo, sí resulta incluido en el ámbito de aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, por tanto, serán competentes los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan “en impugnación de resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral” (artículo 2 n). De este modo, si, como consecuencia de una actuación discriminatoria por parte de la empresa durante un proceso de selección de personas trabajadoras, la Inspección de Trabajo interviniera y extendiera Acta de Infracción, la resolución administrativa que pone fin a la vía administrativa en este proceso sancionador sí sería impugnabile ante la jurisdicción social, entrando a conocer el juzgador del orden social la cuestión sobre la protección del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo.⁵⁸

V. CONCLUSIONES

La pandemia provocada por la COVID-19 ha golpeado fuertemente nuestras economías y ha tenido un importante impacto en las relaciones laborales

⁵⁷ Olarte Encabo, Sofía, “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020, p. 95.

⁵⁸ Podemos ver por ejemplo la STSJ de Canarias de 7 de abril de 2014 (rec. 923/2012), o la Sentencia del Juzgado de los Social de Murcia, del 7 de mayo de 2018 (procedimiento 13/2018) en los que se consideran supuestos de discriminación en procesos de selección de trabajadores.

generando situaciones hasta ahora desconocidas para empresarios y trabajadores. Los conflictos se han sucedido en el ámbito laboral como consecuencia de la aplicación de las normas, aparentemente neutras, frente a estas soluciones; pero también como consecuencia de decisiones extintivas o limitativas del acceso al empleo de las personas, sobre la base de causas relacionadas con la enfermedad.

Hemos intentado recopilar las principales cuestiones que han ido apareciendo a raíz de los primeros pronunciamientos judiciales sobre la materia, intentando aportar una solución conforme a las normas comunitarias y leyes internas vigentes, así como a la jurisprudencia existente hasta el momento. En ciertas ocasiones, podemos concluir que el debate sigue abierto, al tratarse de pronunciamientos de primera instancia que deberán resolver los tribunales de segunda instancia y, por último, el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional. Por todo ello, sin perjuicio de haber avanzado lo que consideramos una primera solución del conflicto, deberemos estar atentos a los citados pronunciamientos judiciales o a las soluciones que el legislador pueda aportar ante la nueva situación sanitaria por la que atravesamos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO ORTEGA, Abraham, “Igualdad, no discriminación y acción positiva (un apunte desde la carta)”, en el Blog *Trabajo, persona, derecho y mercado*, 9 de diciembre de 2020, disponible en: <http://grupo.us.es/inpr/2020/12/09/igualdad-no-discriminacion-y-accion-positiva-un-apunte-desde-la-carta/>.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Extinción del contrato durante enfermedad o dolencia de larga duración: Doctrinas Chacón Navas, Danmark, Daouid y Ruiz Conjero y su recepción interna”, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/03/19/extincion-del-contrato-durante-enfermedad-o-dolencia-de-larga-duracion-doctrinas-chacon-navas-danmark-daouidi-y-ruiz-conjero-y-su-recepcion-interna/>.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, “Igualdad y no discriminación en el acceso al empleo”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea*, España, 2017.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborals*, Tecno, 2011.

- OLARTE ENCABO, Sofía, “La aplicación de la inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020.
- PÉREZ DOMÍNGUEZ, Fernando, “Pasaporte COVID: ¿pasaporte hacia un empleo?”, *Blog Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 30 de octubre de 2020, disponible en: <http://grupo.us.es/impr/2020/10/30/pasaporte-covid-los-efectos-negativos-de-un-mero-anuncio-por-que-los-experimentos-conviene-hacerlos-con-gaseosa-en-lugar-de-con-derechos-fundamentales-pasaporte-hacia-un-empleo/>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, citando la STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni*.
- VAL TENA, Ángel Luis de, “La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores, en particular, aquellos datos especialmente sensibles”, *Documentación Laboral*, núm. 119, 2020.

LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD A EFECTOS DE DISCRIMINACIÓN: VALORACIONES EN CLAVE CONSTITUCIONAL DE UN DEBATE ABIERTO*

THE NOTION OF DISABILITY FOR DISCRIMINATION PURPOSES:
CONSTITUTIONAL KEY ASSESSMENTS OF AN OPEN DEBATE

A NOTION DE HANDICAP À DES FINS
DE DISCRIMINATION: ÉVALUATIONS
CONSTITUTIONNELLES CLÉS D'UN DÉBAT OUVERT

Fernando PÉREZ DOMÍNGUEZ**

RESUMEN: A raíz del debate suscitado por la extensión de la noción de discapacidad como causa de discriminación a realidades como las enfermedades de incierta duración o situaciones como la obesidad, el presente trabajo analiza el concepto de discapacidad desde su gestación en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y trata de identificar los elementos integrantes del mismo. Sobre esa base, se explican los motivos que permiten acoger bajo la discapacidad realidades o situaciones personales no planteadas con anterioridad, y se identifica un modelo de tratamiento normativo de la discapacidad integrado por medidas de

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de septiembre de 2021.

El presente trabajo se inscribe en los resultados de los proyectos “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (Proyectos I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020, Referencia: US-1264479) y “La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España” (Proyectos de I+D «Generación de Conocimiento», Referencia: PGC2018-094527-B-I00).

** Desde el año 2004 he compaginado la investigación y la docencia universitaria. En relación con la labor investigadora, la etapa predoctoral viene marcada por la obtención de becas en procesos competitivos: la Ayuda para la formación de doctores en universidades andaluzas (2004-08) con la que me incorporo a la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva en el área de Derecho del Trabajo; y la beca del Real Colegio de España que posibilitó la estancia de dos años (2007-08) y la realización de la tesis doctoral en la Universidad de Bolonia (2009).



diversa naturaleza que, en ocasiones, pueden apreciar la discapacidad bajo matices y lógicas jurídicas diferentes. Finalmente, se pondrá de manifiesto la incorporación y consolidación a nivel constitucional de esa concepción de la discapacidad gestada en el contexto internacional sobre la base de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 51/2021.

Palabras clave: discapacidad, igualdad de trato, discriminación, igualdad de oportunidades, modelo médico, modelo social.

Abstract: As a result of the debate raised by the extension of the notion of disability as a cause of discrimination to realities such as diseases of uncertain duration or situations such as obesity, this work analyzes the concept of disability from its design by international instruments for the protection of human rights, and tries to identify its constituent elements. On this basis, the reasons that allow receiving under the disability realities or personal situations not previously raised are explained; and a model of normative treatment of disability is identified, made up of measures of various kinds that, on occasions, can appreciate disability under different legal nuances and reasons. Finally, the incorporation and consolidation at the constitutional level of this conception of disability established at the international context will be highlighted on the basis of the recent Judgment of the Constitutional Court 51/2021.

Key words: disability, equal treatment, discrimination, equal opportunities, medical model, social model.

RÉSUMÉ: À la suite du débat soulevé par l'extension de la notion de handicap comme cause de discrimination à des réalités telles que des maladies de durée incertaine ou des situations comme l'obésité, cet ouvrage analyse la notion de handicap dès sa conception par les instruments internationaux de protection. Droits de l'homme et tente d'en identifier les éléments constitutifs. Sur cette base, les raisons qui permettent de recevoir sous le handicap des réalités ou des situations personnelles non évoquées auparavant sont expliquées; et un modèle de traitement normatif du handicap est identifié, composé de mesures de divers types qui, à l'occasion, peuvent apprécier le handicap sous différentes nuances et raisons juridiques. Enfin, l'incorporation et la consolidation au niveau constitutionnel de cette conception du handicap ancrée dans le contexte international seront mises en évidence sur la base de l'arrêt récent de la Cour constitutionnelle 51/2021.

Mots-clés: handicap, égalité de traitement, discrimination, égalité des chances, modèle médical, modèle social.

SUMARIO: I. *Introducción y justificación.* II. *Aproximaciones a la noción de discapacidad desde los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.* III. *Identificación de los elementos integrantes del concepto de discapacidad.* IV. *La recepción constitucional de un concepto acuñado internacionalmente (valoraciones al hilo de la reciente STC 51/2021).* V. *Valoración final: la necesidad de equilibrio entre la parte y el todo en el modelo de protección jurídica de la discapacidad.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

La aprobación en el año 2006 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) supuso la afirmación de una nueva concepción de la discapacidad y el consiguiente establecimiento de un nuevo modelo de tratamiento jurídico de la misma. La asimilación e integración de dicho cambio de concepción y enfoque por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales viene suponiendo un enorme esfuerzo para las autoridades legislativas y judiciales nacionales. A pesar de que muchos de los contenidos y obligaciones establecidas en la Convención han dado lugar a la reforma de numerosas normas internas, la experiencia de su aplicación concreta ofrece muestras de falta de asimilación de los nuevos conceptos y principios normativos de aquélla; así como desajustes y dificultades de integración coherente, adaptación o interpretación conforme de algunas regulaciones nacionales sobre discapacidad (seguridad social, asistencia y servicios sociales...) anteriores a la Convención y, por tanto, elaboradas bajo un modelo de tratamiento de la discapacidad diferente.

En particular, el motivo que justifican estas páginas se encuentra en la extensión del concepto de discapacidad que algunas resoluciones judiciales (europeas y españolas) en materia de tutela antidiscriminatoria vienen llevando a cabo, al amparo de la CDPD, para acoger situaciones personales que, general y tradicionalmente, han sido consideradas diferentes o que, incluso, tienen reflejo expreso separado entre las causas de los listados de algunas cláusulas generales antidiscriminatorias. Tal es el caso de la enfermedad, la obesidad o, en menor medida, la edad.¹

¹ Dicho debate se ha suscitado fundamentalmente en materia laboral al ser calificados como discriminatorios los despidos de trabajadores que presentaban enfermedades de larga o incierta duración, así como otras condiciones de salud, como la obesidad. Los pronunciamientos en este

La consideración de tales situaciones como supuestos de discapacidad para apreciar el carácter discriminatorio de una conducta (en la mayoría de esos casos, se trata de decisiones adoptadas en el contexto de una relación laboral²) ha generado cierta confusión y dudas sobre el alcance de las causas de discriminación contenidas en las cláusulas generales antidiscriminatorias, y sobre los propios contornos del concepto de discapacidad. Asimismo, la afirmación de un concepto de discapacidad complejo y dinámico en el marco de la tutela antidiscriminatoria revela, a su vez, determinadas distorsiones o disfunciones con algunas medidas orientadas a la protección, asistencia o, incluso, acción positiva en favor de las personas con discapacidad.

sentido provienen de la interpretación dada por el TJUE a la cláusula antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la cual contiene expresamente la discapacidad como causa de discriminación. Algunos de los pronunciamientos más relevantes de la referida línea jurisprudencial son, entre otros: SSTJUE de 11 de julio de 2006, C-13/2005, asunto Chacón Navas; de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, asunto *HK Danmark y otros*; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, asunto *Z. contra A Government department and the Board of management of a community school*; 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*; 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros*, y la de 9 de marzo de 2017, C-406/15, asunto *Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sled-privatizatsionen kontrol*.

² La doctrina laboralista ha analizado profusamente el impacto de las sentencias europeas referidas en la nota 1 en el ordenamiento y la jurisdicción laboral española. Si bien en este trabajo se adoptará un enfoque distinto (jurídico-constitucional) resulta conveniente dejar constancia de algunos de tales estudios: Benavente Torres, M^a. Inmaculada, “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en Molina Navarrete, Cristóbal (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del TJUE*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 99-132; Barreira Igual, M^a Begoña, “Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, 2018, pp. 196-217; Rodríguez Padrón, Patricia, “La alteración de la salud del trabajador como factor de discriminación en las relaciones laborales: discapacidad y enfermedad”, *Revista Atlántida*, n. 11, 2020, pp. 145-162; Fernández Martínez, Silvia, “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 1, 2015, pp. 1-17; Carrizosa Prieto, Esther, “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, 2016, pp. 1-30; Monereo Pérez, José Luis, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019, 681-746; Goñi Sein, José Luis, “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 6, 2017, y Martínez-Gijón Machuca, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad/ discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2018, entre otros muchos.

Por tal motivo, se antoja conveniente acudir a las fuentes internacionales generales y específicas en cuyo seno se ha gestado, desarrollado y definido la configuración vigente de la discapacidad y de su tratamiento normativo. A través de un análisis evolutivo y comparado de tales fuentes, se tratará de “deconstruir” el concepto de discapacidad identificando sus elementos constitutivos. Ello permitirá, de un lado, explicar los motivos que llevan a considerar como discapacidad realidades o situaciones personales no planteadas con anterioridad; y de otro, advertir un modelo de tratamiento normativo de la discapacidad integrado por medidas de diversa naturaleza que, en ocasiones, pueden apreciar la discapacidad bajo matices y lógicas jurídicas diferentes. Finalmente, se pondrá de manifiesto la incorporación y consolidación a nivel constitucional de esa concepción de la discapacidad gestada en el contexto internacional sobre la base de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, STC 51/2021, del 15 de marzo, que concede el amparo, precisamente, por vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad (artículo 14 CE) en el contexto de un supuesto de imposición de sanción disciplinaria en el ámbito laboral a un empleado que presentaba una discapacidad mental.

II. APROXIMACIONES A LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD DESDE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Instrumentos internacionales de alcance general*

Es sabido que las cláusulas generales de prohibición de discriminación contenidas en los grandes tratados internacionales de protección de los derechos humanos no incluyen, como regla general, una referencia expresa a la discapacidad entre las causas de discriminación.³ También es sabido que esa circunstancia no ha sido óbice para que la discapacidad haya sido considerada un criterio especialmente rechazable para justificar diferencias de trato jurídico al amparo

³ Véanse, en este sentido, los artículos 7 DUDH, 26 PIDCP, 2.2 PIDESC, en el marco de la ONU; los artículos 1.1 CADH y 3 del Protocolo de San Salvador, en el marco normativo propio de la OEA; el artículo 14 CEDH junto con su Protocolo 12 e incluso el artículo E de la Carta Social Europea Revisada (CSER), en el contexto regional del Consejo de Europa. La excepción se encuentra en el marco normativo de la Unión Europea, donde tanto el artículo 19 TFUE, como el artículo 21.1 CDFUE, sí contemplan la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas.

de la clásica apertura de los listados de causas o criterios de discriminación que terminan aludiendo a “cualquier otra condición o situación social” que integre o comprometa la dignidad humana.⁴

Las razones de esa ausencia hay que encontrarlas, de un lado, en un factor temporal o histórico: la afirmación y consolidación de una serie de atributos esenciales de la dignidad humana que, a mediados del siglo XX, se habían confirmado como los instigadores constantes de los ataques más espeluznantes al ser humano; lo que obligaba a la proscripción sin paliativos, y en todo caso, de la raza, el sexo, la religión y la opinión política.⁵

De otro lado, cabe apreciar una cuestión de concepción de la discapacidad como circunstancia de la existencia humana y, consecuentemente, de enfoque o diseño de su tratamiento jurídico. Así, hasta finales del siglo XX, la discapaci-

⁴ El proceso de desarrollo, enriquecimiento y matización que caracteriza al concepto de discriminación y, por tanto, a sus causas se ha materializado, sobre todo, por la extensión interpretativa de las causas clásicas u originarias propias del modelo regulatorio de la DUDH, y a partir de su cláusula final abierta. La inclusión de nuevas causas concretas (v.gr. la discapacidad) ha tenido lugar a través de Tratados internacionales posteriores que ofrecen un tratamiento jurídico específico de la discriminación por tal circunstancia. Sobre esta cuestión, véase el clarificador trabajo de Fernández López, Ma. Fernanda, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 11-57. En relación con la suficiencia y el mantenimiento de esos listados clásicos o tradicionales de causas de discriminación destaca el hecho de que con motivo de la elaboración del Protocolo núm. 12 al CEDH (garantía colectiva de la prohibición general de discriminación), ya en el siglo XXI (aprobado en noviembre de 2000), se acabara optando por mantener el listado original de causas de discriminación contenido en el artículo 14 CEDH (1950) y, por tanto, por no dar entrada expresa a nuevas realidades dignas de tutela antidiscriminatoria ya consolidadas como la discapacidad. A este respecto, resulta interesante el modo en que la Memoria explicativa del Protocolo 12 resuelve el dilema entre la inclusión de nuevas causas o la confianza en la proclamación general de la prohibición de discriminación no sujeta a una *numerus clausus*: “la lista de motivos de discriminación que figura en el artículo 1 (del Protocolo) es idéntica a la del artículo 14 del Convenio. Esta solución se ha considerado preferible a otras, como la que consistía en incluir expresamente ciertos motivos adicionales (por ejemplo, la discapacidad física y psíquica, la orientación sexual, la edad), no por desconocer que, en las sociedades actuales, esos motivos han adquirido una importancia particular frente a la época de la redacción del artículo 14 del Convenio, sino porque tal inclusión se ha considerado inútil desde el punto de vista jurídico, ya que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva, y la inclusión de cualquier motivo adicional particular podría engendrar interpretaciones a contrario indeseables relativas a la discriminación fundada en los motivos no mencionados” (parágrafos 17 a 20). Llamen la atención sobre este revelador episodio de diseño normativo *Ibidem*, nota 8, p. 17 y Jimena Quesada, Luis, “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, p. 1402.

⁵ Tales causas son consideradas un “núcleo duro» de la prohibición, que se reiteran en cada Tratado, y que constituyen un acervo internacional en materia de lucha contra la discriminación”, Fernández López, Ma. Fernanda, “Las causas de...”, *cit.*, p. 15.

dad era considerada una circunstancia deficitaria, que devaluaba la plena consideración de la persona a título individual y lastraba inevitablemente su potencial desarrollo personal y social. Sobre la base de dicha premisa, el tratamiento jurídico de las situaciones de discapacidad se acometía desde la perspectiva de la protección, la rehabilitación y la asistencia orientada a completar o sustituir las carencias (físicas, sensoriales, mentales...) de las personas afectadas por tales circunstancias.⁶ Dicho en términos técnico-jurídicos, la discapacidad era considerada, como regla general, un argumento legitimador (objetivo y razonable) de tratos jurídicos diferenciados o especiales pues la persona discapacitada era, por principio, diferente. De acuerdo con ello, sí pueden encontrarse en algunos de los textos internacionales generales sobre derechos humanos referencias expresas a la discapacidad; ahora bien, no como causa o criterio de discriminación prohibida (lo que supone la exigencia de un trato igual en el ejercicio de los derechos), sino con motivo del reconocimiento de determinados derechos *ad hoc* de carácter prestacional o del mandato a los Estados parte de llevar a cabo una particular acción asistencial, protectora y compensadora de la discapacidad.⁷

Por los motivos expuestos, no se encuentra en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos una definición expresa de la discapacidad a los efectos de la prohibición general de discriminación. No obstante, sí es posible realizar otras lecturas o aproximaciones a tales textos para extraer algunas consideraciones sobre el modo en que se concibe la discapacidad y su diferenciación de otras circunstancias que, en ocasiones (pero no siempre ni necesariamente), concurren con ella, con el consiguiente riesgo de confusión.

En ese sentido, se observa una concepción economicista de la discapacidad en tanto que las únicas referencias expresas a ésta que se contemplan en los instrumentos internacionales generales de protección de los derechos humanos

⁶ Tal enfoque de tratamiento normativo es también conocido como “modelo médico” de atención de la discapacidad.

⁷ En esa línea se inscribe el reconocimiento a toda persona del “derecho a un nivel de vida adecuado” y particularmente a “los seguros en caso de desempleo, enfermedad, *invalidéz*, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (artículo 25 DUDH). Precizando dicha protección en el ámbito de la Seguridad Social, el Protocolo de San Salvador reconoce a toda persona el “derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la *incapacidad* que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa” (artículo 9.1), para después evidenciar el enfoque asistencial o prestacional referido mediante el reconocimiento del derecho de “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales a recibir una *atención especial* con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad” (artículo 18). Énfasis añadido.

guardan relación con el reconocimiento de derechos de sustitución de las rentas del trabajo, ya sea bajo el régimen de seguridad social u otros (artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 9.1 del Protocolo de San Salvador). Ello sugiere una visión reduccionista de la discapacidad, pues la única discapacidad jurídicamente relevante parece ser aquella que, por su entidad, impide a las personas obtener por sí mismas los medios económicos para mantenerse y desarrollarse. De esta manera, se obvian las consecuencias de la discapacidad en otros ámbitos y contextos del desarrollo personal y social de las personas distintos al laboral, y la respuesta protectora adopta una clara función compensadora en términos económicos.

En directa relación con lo anterior, los instrumentos internacionales de referencia recogen, junto a la “invalidez” —en la terminología de la época, hoy superada—, otras circunstancias como la enfermedad o la vejez; cuya atención y tutela se encomiendan a los mismos sistemas de previsión social. Esta circunstancia puede explicar, en parte, la confusión y las dificultades de diferenciación entre la discapacidad, la vejez (o la edad) y la enfermedad (o la salud). A dicha confusión ha contribuido también el hecho de que tratados internacionales (generales o específicos) posteriores hayan incorporado a sus listados de causas de discriminación alguna de tales circunstancias, pero no otras⁸ (la salud pero no la discapacidad, o viceversa); dando lugar a ejercicios interpretativos que o bien apuestan por diferenciar tajantemente unas de otras, o bien extienden el alcance de la causa positivizada para acoger aquellas otras que no han sido expresamente incorporadas.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre ello, baste advertir en este momento que la coincidencia en el tipo o medio de reacción o tutela (seguros de rentas, determinados servicios sociales) no supone la equiparación o igualación de las circunstancias objeto de protección, cuya naturaleza y esencia puede ser diversa; circunstancia ésta que determinará finalmente el sentido y alcance de la

⁸ Es el caso de la Carta Social Europea Revisada (1996), cuyo artículo E incluye a la salud en el listado de causas de su prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en la misma. Ni la discapacidad ni la edad (u otras) son incorporadas en este caso, si bien es cierto que la CSER ofrece en su artículo 15 una completa atención a la discapacidad mediante el reconocimiento a las “personas minusválidas” del “derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad”; así como a las dificultades asociadas a la edad mediante el reconocimiento en su artículo 23 de un específico “derecho de las personas de edad avanzada a la protección social”. Otro tanto sucede con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya prohibición de discriminación se caracteriza por la incorporación de nuevas causas de discriminación, entre las que se encuentran la discapacidad y la edad, pero no la salud o la enfermedad, entre otras (artículo 21 CDFUE).

tutela antidiscriminatoria en relación con cada causa concreta. De ahí que, en principio, no toda enfermedad, ni la vejez, por sí mismas, generan o presuponen una discapacidad.

Tratamiento aparte merecen las referencias a la discapacidad contenidas en la CSER (1996) y en la CDFUE (2000). Por lo que respecta a la CSER, como ya se ha apuntado, ésta no incorpora a la discapacidad como causa de discriminación concreta en su cláusula general antidiscriminatoria (artículo E). Sin embargo, con motivo del reconocimiento en el artículo 15 del derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, es posible advertir dos aportaciones relevantes.⁹ La primera de ellas atañe a la concepción misma de la discapacidad, pues al precisar el titular del derecho enunciado en su artículo 15 se refiere a las “personas minusválidas con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su minusvalía”. De ello se deduce una consideración amplia de la discapacidad, autónoma e independiente de otros factores como la edad o la enfermedad que, si bien pueden estar en el origen de la discapacidad de una persona, no reducen, limitan o vinculan su consideración a la concurrencia de tales supuestos (edad o enfermedad). A esa misma idea de diferenciación entre la discapacidad y otros factores condicionantes del pleno desarrollo e integración de las personas (como la edad o la salud), contribuye el hecho de que la Carta Social reconozca derechos específicos diferenciados para atender a tales realidades: un derecho general a la protección de la salud (artículo 11), el derecho de los niños y adolescentes a la protección social, jurídica y económica (artículo 17) y el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (artículo 23).

La segunda aportación en materia de discapacidad de la CSER consiste en reflejar en gran medida el cambio de modelo jurídico de atención a la discapacidad¹⁰ que la posterior Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de

⁹ Tales aportaciones son fáciles de advertir si se contrasta la redacción del artículo 15 en la versión original de la CSE de 1960 y la versión del artículo 15 de la CSE Revisada de 1996.

¹⁰ Se trata del cambio del modelo médico o rehabilitador (antes descrito brevemente) al modelo social o de derechos. La literatura científica sobre esta evolución en la forma de responder jurídica y socialmente a la discapacidad es vastísima y diversa en perspectivas. A título ilustrativo, véanse López Masís, Rocío, “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”, *Alteridad, Revista de Educación*, vol. 6, núm. 2, 2011, pp. 102–108; Conde Melguizo, Rafael, “Evolución del concepto de discapacidad en la sociedad contemporánea: de cuerpos enfermos a sociedades excluyentes”, *Praxis Sociológica*, núm. 18, 2014, pp. 155–175; Hernández Ríos Mónica I., “El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos”, *Revista CES Derecho*, vol. 6, núm. 2, 2015, pp. 46–59; Padilla-Muñoz, Andrea, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”,

las personas con discapacidad consagrará con alcance universal en 2006. Entre los indicios que apuntan en esa dirección, destaca —por contraste con lo apuntado anteriormente respecto de los instrumentos generales de protección de los derechos humanos clásicos— el hecho de que no se mencione expresamente a las personas con discapacidad como particulares destinatarios de los instrumentos de seguridad y asistencia social. En su lugar, el ámbito subjetivo de ambos derechos (artículos 12 y 13 CSER) se formula de forma universal o abierta a “toda persona”; lo que supone dejar de concebir a la persona con discapacidad como alguien “condenado” a la exclusión y, por tanto, a una existencia subvencionada, asistida o suplementada. En coherencia con ello, el derecho específico que la CSER reconoce a las personas “minusválidas” (artículo 15 CSER) se fundamenta en la consideración plena de su dignidad humana integrando su diversidad, de forma que la concurrencia de la discapacidad no suponga, por sí misma, menoscabo en sus opciones de desarrollo personal y social. Es por ello que, el objeto del derecho sea la autonomía, la integración y la participación social;¹¹ derecho cuya realización efectiva se concibe, como regla general, desde la perspectiva de la igualdad de trato y, sólo secundariamente, desde la perspectiva de la diferenciación y la acción positiva.¹² Así lo evidencia el propio artículo

International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 16, 2010, pp. 381-414; Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI-Cinca, 2007; Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la CDPD*, CERMI-Cinca, 2008; Victoria Maldonado, Jorge A., “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, 2013, pp. 1093-1109; Cabra de Luna, Miguel A., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 50, 2004, pp. 21-46.

¹¹ Sobre la relevancia de la formulación de este derecho como reflejo de una consideración o concepción de la discapacidad como un atributo de la condición humana no disminuida o devaluada, sino desde la diversidad consustancial de la dignidad humana, véase el detallado estudio de Jimena Quesada, Luis, “El derecho a...”, *cit.*, pp. 1393-1486.

¹² Sobre la compleja construcción de la igualdad y su articulación en igualdad de trato, prohibición de discriminación e igualdad de oportunidades, véase el estudio realizado por Rey Martínez, Fernando, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucionales. Igualdad”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 337-360; *idem*, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171; Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, M.ª Fernando, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, 1986; *Idem*, “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en Rodríguez-Piñero, Miguel y Casas Bahamonde, Ma. Emilila (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer-BOE, 2018, pp. 334-352; Fernández López, Ma. Fernanda, “Igualdad Real” y “La prohibición de discriminación”, *cit.*, pp. 164-174 y 353-371.

15 CSER cuando, tras proclamar el derecho, procede a precisar las medidas de realización efectiva del derecho a la autonomía en el ámbito de la orientación, educación, formación profesional y del empleo. Establece para ello una suerte de graduación en los instrumentos o técnicas jurídicas¹³ a utilizar de las que se deduce la preferencia por que las personas con discapacidad puedan ejercer con plenitud sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de sujetos. Es por ello, que tras la afirmación de la igualdad de trato para las personas con discapacidad que se desprende del artículo 15 CSER, puede advertirse sin dificultad la correlativa prohibición de discriminación por tal motivo, a pesar de que el artículo E de la misma no lo refiera expresamente.¹⁴

Por su parte, la CDFUE —cuyo Preámbulo revela su sintonía con el CEDH y la CSE— destaca, en primer lugar, por ser el único instrumento internacional de protección de los DDHH de alcance general que incluye expresamente a la discapacidad en el listado de causas de discriminación de su cláusula general antidiscriminatoria (artículo 21 CDFUE). Si bien la trascendencia jurídico-práctica de este reconocimiento formal es relativa en el contexto de listados no exhaustivos de causas de discriminación, no deja de suponer un reconocimiento más al tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de la igualdad de trato como cuestión de principio, antes que desde el solo enfoque prestacional y asistencial. A ello contribuye igualmente, la proclamación en el artículo 26 del derecho a la autonomía e integración de las personas con discapacidad, en línea con el artículo 15 CSER aunque mucho más escueto en su formulación.

En segundo lugar y por último, la CDFUE también ofrece argumentos que avalan una consideración de la discapacidad diferenciada de otras situaciones personales y sociales que suelen identificar a colectivos en posiciones de desventaja o, en los casos más graves, de exclusión. Así, a la ya apuntada referencia

¹³ En relación con la orientación, educación y formación profesional, las medidas se adoptarán “en el marco del *régimen general*, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas” (artículo 15.1 CSER). Por lo que respecta al acceso al empleo de las personas con discapacidad, éste se promoverá mediante medidas que estimulen su contratación “en el *entorno habitual* de trabajo... o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos” (artículo 15.2 CSER). La cursiva ha sido añadida. En este mismo sentido, véase como los apartados 1 y 2 del artículo 15 de la CSE de 1960 optan preferentemente por la prestación o disposición de servicios y medios diferenciados y especializados en tales ámbitos para las personas con discapacidad.

¹⁴ Así lo confirma el órgano de control y garantía de la Carta Social Europea: el Comité Europeo de Derechos Sociales al respecto de los arts. 15 y E CSER. Véase *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, 2018, pp. 157-162 y 231. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/case-law> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2021).

expresa a la edad entre las causas de discriminación del propio artículo 21, se unen la formulación universal del derecho a la protección de la salud (artículo 35) y, sobre todo, la referencia a la “dependencia” (y no a la discapacidad) entre las contingencias o situaciones de protección por las prestaciones de seguridad y los servicios sociales (artículo 34). El contraste con la formulación del derecho a la seguridad y asistencia social en textos internacionales de protección de los derechos humanos anteriores —en los que se aludía a la invalidez o discapacidad a estos efectos— parece introducir un elemento de graduación o gravedad que obliga a distinguir entre discapacidad y dependencia, de forma que no toda discapacidad coloca a la persona afectada en situación de dependencia siempre que medien “condiciones de accesibilidad para salvaguardar su autonomía”.¹⁵

2. Instrumentos internacionales específicos en materia de discapacidad

Entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que tratan específicamente de la discapacidad, debe distinguirse entre aquellos que presentan un ámbito objetivo general, en la medida en que contemplan todos los derechos de las personas con discapacidad (incluyendo, obviamente, entre ellos el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación), y los que ofrecen un alcance objetivo limitado, ya sea por restricción al concreto derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, ya sea por conocer de los derechos de las personas sólo en relación con un ámbito o sector de relaciones en particular.

Entre los instrumentos del primer grupo se encontrarían la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de la ONU del 13 de diciembre de 2006 (CDPD, en adelante), y las Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de alcance general sobre integración y participación de las personas con discapacidad.¹⁶ Por su parte, entre los instrumentos

¹⁵ Sobre el deslinde entre las nociones de dependencia y discapacidad, a pesar de sus evidentes conexiones, véase Jimena Quesada, Luis, “El derecho a...”, *cit.*, pp. 1393-1394.

¹⁶ En particular, merecen destacarse a los efectos que aquí interesan la Resolución AP(84)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1984, sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas minusválidas; la Recomendación R(92)6, de 9 de abril de 1992, relativa a una política coherente para las personas discapacitadas; y la Recomendación Rec(2006)5, del 5 de abril de 2006, sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: “mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015”. El resto de

específicos, pero de alcance limitado a la no discriminación, interesa la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEFDPD, en adelante), adoptada el 6 de julio de 1999. Y finalmente, entre los instrumentos específicos sobre discapacidad circunscritos a un ámbito o sector de relaciones concreto, destacan los relativos al trabajo y el empleo; en particular, determinados Convenios y Recomendaciones de la OIT que atienden a la realidad de las personas con discapacidad¹⁷ y, en el marco normativo de la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Todos esos instrumentos, a excepción de la Directiva 2000/78/CE, contienen previsiones orientadas a intentar esclarecer qué se entiende por discapacidad. Sin embargo, ninguna de ellas constituye una definición en sentido estricto¹⁸ y categórico de discapacidad que permita por la vía de la simple subsumción identificarla en la realidad material. De hecho, la mayoría de tales previsiones no se refieren directamente a la discapacidad —sólo el artículo I.1 CIEFDPD lo hace—, sino que optan, indirectamente, por describir qué se entiende por “persona con discapacidad”, “inválido” o “persona inválida”, así como “discriminación por discapacidad”. Tales aproximaciones indirectas ponen de manifiesto que, desde el punto de vista jurídico, lo relevante no es tanto qué es la discapacidad (en genérico o abstracto) sino cómo tratarla; lo que la convierte en una cuestión dilemática.

La propia diversidad de términos que se han usado históricamente para representar la realidad a la que hoy nos referimos generalmente como discapacidad, evidencia esa naturaleza dilemática, pues tras esos distintos vocablos¹⁹

actos adoptados por el Consejo de Europa en esta materia puede consultarse en: <https://www.coe.int/en/web/disability/adopted-texts> (fecha de consulta: 27 de abril de 2021).

¹⁷ En particular, contienen definiciones de “inválido” y “persona inválida” la Recomendación n. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos de 1955 (artículo 1.b) y el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de 1983 (artículo 1.1), respectivamente. Otros convenios y recomendaciones de la OIT contienen referencias a las personas con discapacidad a efectos de identificarlas entre los colectivos destinatarios de medidas específicas de política y servicios de empleo o para el diseño de prestaciones concretas de seguridad social (v.gr. Convenios 88, 102, 111, 128 Recomendaciones 122, 169, 198 y 204, entre otras).

¹⁸ Según el DRAE, definición es la “proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial”. Disponible en: <https://dle.rae.es/definici%C3%B3n> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2021).

¹⁹ Sobre la evolución terminológica que va desde las expresiones enajenado, retrasado, inca-

subyace, antes que una definición dogmática y categórica, una determinada manera de afrontar el desarrollo personal y social de las personas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de diverso tipo y relativo alcance.

En nuestra historia reciente, han sido dos, principalmente, los modos de tratamiento de la discapacidad que, partiendo de concepciones diferentes de la misma, han determinado regulaciones internacionales y nacionales igualmente diversas. Muy sucintamente,²⁰ el primero de ellos, el modelo médico (ya referido anteriormente), entiende la discapacidad como un rasgo o atributo individual derivado, sin más, de una determinada condición de salud que limita, incapacita o invalida a la persona para la realización de distintas funciones vitales a nivel individual o social. Ante ello, procede una actuación reparadora, compensadora o protectora de la persona afectada, diferente por su deficiencia, para adaptarla, en la medida de lo posible, a la dinámica social normal o general. Por su parte, el modelo social, entiende que la situación de exclusión o los impedimentos para que una persona con discapacidad pueda desarrollarse y participar plenamente en todos los ámbitos no derivan de sus condiciones individuales y funcionales sino de las actitudes, el entorno y la dinámica social que no tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad; siendo ésa —y no su condición de salud— la causa de su exclusión o falta de integración. Como consecuencia, las personas con discapacidad son unos miembros más de la sociedad en pie de igualdad con el resto en cuanto a sus derechos y posibilidades de desarrollo y participación; de forma que debe ser la sociedad la que, aceptando la diversidad de aquéllas, elimine las barreras que las excluye y disponga los apoyos y demás medidas necesarias para hacer posible esa integración plena con normalidad e igualdad.

La evolución entre un modelo y otro encuentra reflejo tanto en normas de carácter técnico como en normas jurídicas, advirtiéndose una estrecha influencia entre ellas. Desde el punto de vista técnico, la relación de la discapacidad con una determinada condición de salud explica que la Organización Mundial de la

paz, inválido, deficiente, minusválido o discapacitado hasta la actual expresión “personas con discapacidad”, véanse Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, 2009, pp. 19-29, disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/384628#page=1> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2021); así como Cordero Gordillo, Vanessa, “Minusválidos”, en Baylos Grau, Antonio *et al.* (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1477-1482.

²⁰ Para un análisis más detallado desde una perspectiva jurídica, véase Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las personas...*, *cit.*, pp. 12-19.

Salud haya abordado la cuestión de la discapacidad con una voluntad unificadora mediante dos clasificaciones sucesivas que evidencian, desde el plano médico, la evolución de un modelo o concepción a otro.²¹ Se trata de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980, y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de 2001; siendo esta última a la que se debe la generalización del término discapacidad como comprensivo de la compleja realidad que ésta encierra actualmente.²²

Desde el punto de vista normativo, el cambio de modelo se articula, particularmente, mediante un proceso de construcción internacional. A raíz del debate desarrollado en el seno de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en las dos últimas décadas del siglo XX,²³ los distintos instrumentos internacionales generales²⁴ y, sobre todo, los específicos antes mencionados van dando cuenta de la evolución en la concepción de la discapacidad, en la terminología a utilizar y, cómo no, en el modelo regulatorio correspondiente. Dicha evolución —aún inconclusa,²⁵ como corresponde a una cuestión de dimensión social y humana— habría encontrado su último hito más relevante en la aprobación y entrada en vigor de la CDPD antes referida. El impulso unificador que la CDPD está teniendo en el tratamiento jurídico de la discapacidad merece ser subrayado como un ejemplo de construcción de tutela multinivel de los derechos fundamentales que se deja sentir tanto en su conexión con los sistemas regionales de protección de derechos humanos,²⁶ como por su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales.

²¹ En relación con la aproximación a la discapacidad por parte de la OMS, véase *ibidem*, pp. 19-26; Cáceres Rodríguez, Celsa, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Revista Electrónica de Audiología*, vol. 2, 2004, pp. 74-77.

²² Siguiendo a Biel Portero, “La CIDDDM sigue el modelo de las consecuencias de las enfermedades, a través de una secuencia lineal. En esta secuencia, es la enfermedad o trastorno la que origina la aparición de una deficiencia, que dará lugar a una discapacidad que, a su vez, determinará la existencia de una minusvalía en el individuo”; mientras que “la CIF se refiere a la discapacidad, no como un componente, sino como un término genérico global que determina el fenómeno multidimensional resultante de la interacción de las personas con su entorno físico y social”. Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las personas...*, *cit.*, pp. 22-25.

²³ Sobre el desarrollo de dicho proceso en el seno de la ONU, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, véase, *Ibidem*, pp. 337-172, 172-238 y 240-300, respectivamente.

²⁴ Recuérdese lo ya apuntado sobre la inclusión de la discapacidad en la CSER y CDFUE.

²⁵ Así lo pone de manifiesto la propia CDPD al reconocer en su Preámbulo que la “discapacidad es un concepto que evoluciona” y, sobre todo, lo evidencia jurisprudencia como la señalada *supra* en la nota 1.

²⁶ En este ámbito destaca particularmente la adhesión de la UE a la CDPD mediante la De-

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

Del análisis evolutivo y comparado de los instrumentos internacionales específicos en materia de discapacidad, hasta la propia CDPD, es posible identificar y sistematizar los elementos que integran el concepto jurídico de discapacidad adecuado a ese enfoque o modelo social de la misma. Si bien tales elementos no ofrecen una definición categórica de discapacidad, sí permiten identificar los criterios y argumentos de los que depende su tratamiento normativo.

1. *Elemento técnico u objetivo*

Así, la discapacidad se compone, en primer lugar, de un elemento técnico u objetivo que los instrumentos internacionales más recientes identifican con la concurrencia de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales” (artículo 1o. CDPD) en cualquier persona. Se trata, por tanto, de un elemento atinente a la integridad física y la salud de las personas que abarca toda pérdida o anormalidad de una estructura corporal o de una función fisiológica. En cuanto a la tipología de tales deficiencias, los instrumentos internacionales han acabado por confirmar una consideración universal de todas ellas,²⁷ ya sea por la vía de agotar la enumeración de todas sus clases (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales *ex* artículo 1o. CDPD) o por la vía de la consideración de la discapacidad con independencia de su naturaleza y origen (*ex* artículo 15 CSER). En ese sentido, tampoco restringe o condiciona la consideración de este primer elemento, la causa a la que se deba la existencia de la deficiencia en cuestión, de forma que ésta podrá tener su origen en una enfermedad, en un accidente o cualquier condición de salud, ser congénita o adquirida. Igualmente, tampoco resulta relevante, a los efectos de advertir y dar respuesta a la situación de discapacidad, la participación o el nivel de intervención del sujeto en el surgimiento de la deficiencia. Conforme a tales consideraciones, la apreciación de este pri-

ción 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su repercusión en la aplicación de Directiva CE/78/2000 al no precisar ésta el concepto de discapacidad como causa de discriminación.

²⁷ En el marco de la OIT, se ha manejado una consideración limitada a disminuciones de la capacidad o deficiencias de carácter físico y mental (véase artículo 1.b Recomendación n. 99 de 1955 y artículo 1.1 Convenio n. 159, 1983). En época más reciente, la CIEFDPD se refiere a una deficiencia “física, mental o sensorial” (artículo I.1).

mer elemento del concepto de discapacidad requiere de un criterio técnico de carácter médico basado en la experiencia de la salud. De acuerdo con ello los operadores jurídicos no pueden más que considerar la concurrencia de una deficiencia cuando efectivamente así lo considere la ciencia médica; sin perjuicio de que en ocasiones el criterio médico sea evidente (*v.gr.* ante la pérdida o amputación de un miembro).

Por encima de tales consideraciones sobre la identificación y caracterización de las deficiencias, la verdadera dimensión que este primer elemento juega en la apreciación de la discapacidad la da el hecho de ser consideradas una muestra de la diversidad del ser humano y, por tanto, rasgo integrante de su dignidad. Así lo expresan con particular énfasis los preámbulos de los instrumentos internacionales de referencia.²⁸ Con ello, evidencian, de un lado, una clara reacción frente a la tradicional consideración diferenciada, anormal o minusvalorada de las personas afectadas por deficiencias de todo tipo, y de otro, sientan el fundamento principal del tratamiento normativo de las personas con discapacidad basado en la integración y participación plenas y efectivas a partir de la igualdad de trato como regla general (artículo 1o. CDPD).

2. *Elemento relacional o contextual*

En segundo lugar, cabe apreciar un elemento relacional o contextual que introduce de manera esencial en la concepción de la discapacidad la interacción de las personas con deficiencias con su entorno físico y social. La consideración de esa interacción es la principal consecuencia de la asunción del modelo social de la discapacidad, en cuya virtud ésta no trae causa exclusivamente de la condición de salud que supone la deficiencia de una persona —cualquiera que ésta sea—, sino del contexto físico y social y el modo en que éste la percibe, gestiona, responde o reacciona ante ella. La definición de discapacidad ofrecida por la CIEFDPD pone particular énfasis en señalar ese origen social, y no individual, de la discapacidad al indicar que ésta “puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (artículo I.1 *in fine*). La CDPD, por su parte, parece optar por subrayar la idea de relación o interacción entre la deficiencia padecida y el entorno físico o social; lo que sugiere una cierta bidireccionalidad y mayor dinamismo²⁹ (véase apartado e del Preámbulo y artículo 1o., segundo inciso).

²⁸ Véanse los apartados a, b, h e i del Preámbulo de la CDPD, así como el primer párrafo del Preámbulo de la CIEFDPD.

²⁹ En tal sentido, algunos autores matizan que la CDPD acoge un modelo evolucionado del

En efecto, esta perspectiva relacional o contextual dota a la discapacidad de un carácter dinámico y de cierto relativismo que, si bien puede generar dificultades de interpretación y calificación en el ámbito de la práctica jurídica,³⁰ resulta coherente con el rechazo al efecto estigmatizante de la discapacidad y la afirmación de la diversidad como rasgo inherente a la dignidad humana. La decisiva introducción de este elemento contextual supone que no toda deficiencia es en sí y por sí discapacitante o, en otros términos, que la concurrencia aislada de una deficiencia será condición necesaria, pero no suficiente, para apreciar la existencia de discapacidad. En consecuencia, la valoración del entorno y el efecto condicionante que éste suponga sobre el pleno ejercicio de los derechos de la persona con deficiencias es lo que dará la clave para la apreciación de una discapacidad y de su intensidad o alcance.

En relación con el contexto o entorno, los instrumentos internacionales no realizan acotaciones o precisiones sobre los contextos o entornos a considerar, pues el enfoque de tales normas se pone en la garantía de integridad, plenitud e igualdad de los derechos de las personas con discapacidad en cualquiera de las situaciones y contextos en que pretendan ejercerlos y desarrollar su existencia³¹ (movilidad, libertad personal, integridad física, educación, acceso a la justicia, empleo, acceso a la cultura, participación política...). De acuerdo con ello, se maneja una noción abierta de contexto y entorno que incluye todo factor ambiental externo al individuo, tanto si es de carácter físico o natural, como si resulta de una organización o dinámica social. Junto a los factores ambientales de todo tipo, forman parte también del contexto los factores personales que concurren en el individuo más allá de su deficiencia, como es el caso de la edad, la raza o el sexo. Estos factores personales también interaccionan con las deficiencias pu-

modelo médico. Se trataría del enfoque “biopsicosocial” o “perspectiva ecológica” que, al poner énfasis en la interacción del individuo y el entorno, trata de “conseguir una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social”. Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las personas...*, *cit.*, pp. 18 y 25.

³⁰ *Ibidem*, p. 26.

³¹ Da buena cuenta de ello la completa relación de derechos que la CDPD reconoce en su articulado. Entre ellos no se proclaman nuevos derechos, sino que se precisan los medios y obligaciones a observar por los Estados (y particulares ex artículo 4.1.e) para que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente los mismos derechos que se predicán de cualquier ser humano. Sin perjuicio de lo anterior, destaca el tratamiento más preciso y detallado que reciben determinados derechos para los que la discapacidad supone una particular desventaja, como el derecho a la educación, a la salud, al trabajo y a la participación política, entre otros (artículos 24-29 CDPD).

diendo dar lugar a situaciones de desigualdad y exclusión más complejas y comprometidas que requieren, asimismo, un tratamiento normativo específico.³²

La consideración amplia de todo contexto con el que interaccione una persona con deficiencias no obsta al hecho de que haya contextos físicos o sociales más o menos hostiles (o integradores) ante unas u otras deficiencias. Tales aspectos deberán ser tomados en consideración tanto a la hora de advertir o calificar una discapacidad, como a la hora de precisar el tratamiento normativo que corresponda en cada caso a las situaciones de discapacidad advertidas.³³ Dicho tratamiento normativo podrá adecuarse y concretarse, de forma alternativa o concurrente, en medidas para asegurar la igualdad de trato, de tutela antidiscriminatoria o medidas específicas para promover la igualdad real o de hecho de las personas con discapacidad en contextos concretos.

3. *Elemento finalista o funcional*

En directa relación con la consideración del contexto, se aprecia un tercer elemento integrante de la noción de discapacidad. Un elemento finalista o funcional que atiende al efecto “barrera” o impeditivo que el entorno físico o social tiene sobre el ejercicio pleno y efectivo de cualquiera de los derechos de las personas con deficiencias y su participación social. Así, la disposición física del entorno o la actitud colectiva con la que se percibe o responde en cualquier ámbito a las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales debe generar una consecuencia o impacto limitativo o diferenciador sobre los concretos derechos de esas personas y sus actividades esenciales. Es esa barrera derivada del entorno o de la interacción entre éste y las deficiencias la que genera o lleva a apreciar, en último término, la discapacidad (*v.gr.* espacios no accesibles y con barreras arquitectónicas para personas con deficiencias sensoriales o físicas que, sin esas barreras u obstáculos, no verían tan afectada su movilidad y desplazamiento). De acuerdo con ello, los elementos contextual y funcional dotan a la discapacidad de una naturaleza dinámica que obliga a admitir que ante un

³² A ello responden las previsiones específicas sobre las mujeres, niños y niñas con discapacidad que se contienen en los artículos 6o. y 7o. CDPD, y la referencia a situaciones de discriminación múltiple (apartado p del Preámbulo y artículo 6.1 CDPD, Considerando 3 de la Directiva 2000/78/CE).

³³ De acuerdo con ello, los instrumentos del marco normativo de la OIT que se han considerado para configurar la noción de discapacidad —Recomendación núm. 99 y Convenio núm. 159— atienden a las circunstancias de las personas con discapacidad en el concreto ámbito o contexto del acceso y mantenimiento del empleo.

mismo tipo de deficiencia unos entornos generen barreras y otros no, que la tipología e intensidad de éstas varíe y que cada entorno pueda generar barreras diferentes (afectando o impidiendo el pleno ejercicio de derechos diversos) en función de la deficiencia con que interaccionen.³⁴

Por lo que respecta a la apreciación de la barrera y su alcance, parece evidente que basta con que el efecto impeditivo u obstaculizador sobre los derechos y la participación plena de las personas con discapacidad suponga una diferencia de trato en cualquier aspecto del derecho afectado (facultad concreta, condición de ejercicio...) respecto del resto de personas; de forma que no es exigible la negativa absoluta al reconocimiento y ejercicio del derecho. Por tanto, la defensa de los derechos de las personas con discapacidad se activará igualmente ante perturbaciones y restricciones parciales, menos intensas o condicionantes adicionales que les afecten sólo a ellas a causa de su deficiencia. Sin perjuicio de esto último, cabe apreciar en los diferentes instrumentos internacionales específicos cierta evolución y matices en el rigor o intensidad con que exigen la materialización o ejecución de dicha barrera o efecto impeditivo sobre el ejercicio de cualquier derecho. De la realización efectiva, necesaria y material de dicho efecto que requieren los textos más lejanos en el tiempo,³⁵ la CDPD entiende que basta *la posibilidad* de que dicho impedimento se produzca para considerar la discapacidad.³⁶

La consideración potencial, gradual y en distintos niveles de ejecución del efecto impeditivo derivado de las barreras generadas por el entorno en su interacción con las deficiencias, resulta coherente con la configuración del derecho

³⁴ A título ilustrativo, considérese el diverso impacto que sobre las personas con deficiencias sensoriales o físicas con restricciones de movilidad generan las zonas rurales respecto a las zonas urbanas, o las zonas y edificios históricos de una ciudad frente a la zonas y edificios de reciente urbanización y construcción. Igualmente, cabe identificar sectores y actividades económicas que presentan mayores posibilidades de integración de personas con deficiencias físicas o sensoriales que otros en los que las “barreras” son contundentes y, en algunos casos, difíciles de evitar.

³⁵ En relación con el derecho al trabajo, la Recomendación 99 y el Convenio 159 OIT, entienden por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener, conservar un empleo adecuado y progresar en el mismo *se hallen realmente o queden sustancialmente reducidas* a causas de las deficiencias que concurren. Por su parte, el artículo I.1 CIEFDPD establece que discapacidad significa “una deficiencia física, mental o sensorial... *que limita la capacidad* de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. La cursiva ha sido añadida.

³⁶ Artículo 1.2 CDPD: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, *puedan impedir* su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Énfasis añadido.

de la discapacidad como un complejo normativo llamado a “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (artículo 1.1 CDPD). De acuerdo con ello, la existencia real o potencial de barreras requerirá medidas no sólo reactivas sino también preventivas, promocionales o de otro tipo.

4. *Elemento temporal*

De las aproximaciones directas o indirectas a la noción de discapacidad que contienen los instrumentos internacionales específicos considerados, cabe identificar un cuarto elemento de carácter temporal como parte integrante del concepto de discapacidad. La definición de discapacidad que ofrece la CIEFDPD incluye una referencia temporal atinente a la “naturaleza permanente o temporal” de la deficiencia, admitiendo ambas. Con dicha precisión temporal la CIEFDPD viene a ampliar el ámbito objetivo del primer elemento integrante del concepto de discapacidad que se viene analizando, pues no sólo se van a considerar las deficiencias o condiciones de salud permanentes o irreversibles. De esta forma, el resultado o desenlace final de la deficiencia resulta irrelevante pues lo que realmente interesa es el tiempo en que las consecuencias o efectos de dicha deficiencia permanecen activos o vigentes, independientemente de que puedan evolucionar, superarse o desaparecer en algún momento, o que vayan a acompañar a la persona hasta su muerte.

De acuerdo con ello, resulta más precisa y clarificadora la identificación de personas con discapacidad que recoge la CDPD. Su artículo 1o. incluye a aquellas personas que tengan deficiencias (de cualquier tipo) “a largo plazo”. De esa forma, se pone el acento en la duración de sus consecuencias y no en el pronóstico final de la deficiencia. En consecuencia, los efectos sobre las actividades cotidianas individuales y sociales de una deficiencia (ya sea producto de un accidente, una enfermedad, una afección congénita, etcétera) podrán ser permanentes o temporales, reversibles o irreversibles, progresivos o regresivos, pero el dato relevante a efectos de considerar una discapacidad es que su duración sea prolongada, independientemente de cómo evolucionen o que puedan llegar a desaparecer.

La consideración de la duración de los efectos de la deficiencia es también coherente con la lógica jurídica que subyace en el derecho de la discapacidad; esto es, la evitación de la anulación individual y exclusión social de las personas con discapacidad y la lucha contra todo acto o situación que conduzca a ello.

En esa perspectiva, resulta evidente que la duración prolongada de las consecuencias de una deficiencia —que nadie está libre de padecer— es uno de los factores que más determina la necesidad de protección de las personas con discapacidad y, al mismo tiempo, más contribuye a la devaluación, estigmatización, aislamiento y expulsión de las mismas. De ahí que ese factor o elemento temporal sea parte esencial del concepto de discapacidad, pues la prolongada duración de los efectos de las deficiencias es la que, en muchos casos, hace emerger la barrera que impide el pleno ejercicio de los derechos de las personas que las sufren y limitan su plena participación social.

Entendido en tales términos el elemento temporal de la noción de discapacidad, su función no es la de trazar con taxatividad y exactitud la frontera entre lo que es y no es una discapacidad por referencia a una magnitud temporal exacta. La trascendencia del tiempo en el concepto de discapacidad reside en justificar la necesidad de tutela jurídica y determinar la concreción y alcance de la misma. De hecho, la consideración y determinación del elemento temporal puede diferir según la técnica de tutela normativa que se despliegue en relación con las personas con discapacidad. Así, desde el punto de vista de las medidas de protección social, asistencial o económica de la discapacidad, la duración de una discapacidad puede ser determinante en tanto que condición de acceso para el reconocimiento de unos determinados servicios u otros, o de mecanismos de sustitución de rentas de mayor o menor alcance. En este caso, el carácter duradero de la discapacidad es tenido en cuenta en el diseño normativo por ser indicativo de una situación de exclusión o dificultad más grave —por más prologada— que debe ser considerada para ofrecer medidas de protección proporcionadas y adecuadas. De acuerdo con ello, no es extraño que, en este contexto, algunas normas de carácter prestacional establezcan plazos temporales taxativos que definen no la discapacidad en sí misma, sino el supuesto objetivo de la medida de protección concreta (acceso a determinados servicios sociales, reconocimiento de prestaciones económicas de seguridad social, etcétera) o, si se quiere, una forma cualificada de discapacidad que justifique determinadas medidas tuitivas.

Por su parte, desde la óptica de la tutela antidiscriminatoria, el elemento temporal de la discapacidad juega un papel diferente. En concreto, la negativa percepción que se tiene de la prologada duración de los efectos de las deficiencias es la que, en muchos casos, hace emerger la barrera que impide el pleno ejercicio de sus derechos a las personas que las sufren y que limita su plena participación social. Ese cálculo temporal sobre la prolongación de los efectos de una deficiencia que precede y fundamenta la decisión que impacta sobre los

derechos de una persona con discapacidad encierra un evidente desprecio a la dignidad humana que determina su carácter discriminatorio.

En el contexto de la tutela antidiscriminatoria, la duración de la discapacidad no requiere, por tanto, de un cómputo y acreditación exacta, sino de su apreciación y ponderación como argumento justificativo del acto discriminatorio. Así, lo fundamental para apreciar una conducta discriminatoria no es tanto que la discapacidad esté formalmente acreditada y determinada temporalmente, sino que la percepción razonablemente fundada de la prolongación de los efectos derivados de una deficiencia —cualquiera que sea su causa u origen (una enfermedad, un accidente...)— sea el motivo de una decisión que suponga un trato diferente de la persona con discapacidad respecto al resto.

Es ese entendimiento del elemento temporal de la noción de discapacidad a efectos discriminatorios el que está detrás de la amplia serie de resoluciones judiciales que han motivado, en gran medida, estas páginas. Resoluciones judiciales que han considerado incluidas bajo la causa de discriminación basada en la discapacidad algunos casos de enfermedad de trabajadores que no ofrecían una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización en el corto plazo, o que presentaban indicios suficientes de prolongación y carácter duradero.³⁷ Las decisiones empresariales de extinción de los contratos de tales trabajadores adoptadas sobre la base del (impreciso) cálculo temporal antes descrito —relativo a la prolongación de los efectos derivados de la enfermedad— ha llevado a su calificación como discriminatorios.

Esta línea de interpretación y desarrollo de la prohibición de discriminación basada en la discapacidad no deja de confirmarse en pronunciamientos judiciales tan recientes como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 975/2021, del 13 de abril de 2021. Esta resolución lleva la tutela antidiscriminatoria hasta el punto de considerar una discriminación por “discapacidad aparente”, o por “apariencia de discapacidad”, en el despido realizado por un empresario el mismo día en que el trabajador despedido sufrió un accidente laboral cuyo pronóstico —conocido por el empresario— apuntaba a una larga y duradera convalecencia y una incierta recuperación.³⁸

³⁷ Véanse *supra* notas 1 y 2.

³⁸ En relación con la calificación de los hechos sostenida en el caso, el Tribunal precisa en relación con el concepto de discriminación directa por razón de discapacidad que éste no “exige en la definición comunitaria (que prevalece) que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad (este matiz ya ha sido destacado en la jurisprudencia comunitaria para admitir la discriminación por asociación: STJUE de 17.7.2008, Caso Coleman, C-303/06). En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por

Casos como el recién referido, confirman que, en el plano de la tutela anti-discriminatoria, la consideración del elemento temporal de la discapacidad no requiere un juicio de constatación o subsunción cuantitativa, sino un juicio de ponderación que atiende al peso cualitativo y efecto inspirador que la duración temporal de la discapacidad ha tenido en la decisión cuyo carácter discriminatorio se analiza. Por ello, lejos de relativizar o desdibujar el elemento temporal del concepto de discapacidad, éste se reafirma y juega —en el sentido apuntado— un importante papel en el terreno del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad al extraerse relevantes consecuencias jurídicas de ese rasgo integrante del concepto de discapacidad.

5. *Elemento formal*

Finalmente, resulta mucho más discutible la consideración de un quinto elemento formal como parte integrante necesaria del concepto general o matriz de discapacidad. La exigencia de un reconocimiento, certificación o acreditación formal de la discapacidad, o de su grado o alcance, aparece mencionada en algunos de los instrumentos internacionales específicos que se han considerado para realizar este análisis del concepto de discapacidad. En particular, así ocurre en algunos convenios y recomendaciones de la OIT que tratan de las personas con discapacidad en relación con la readaptación profesional y el empleo³⁹ (Convenio núm. 159 y Recomendación núm. 99). Tales normas suelen plantear la adopción de medidas consistentes en el establecimiento de servicios de orientación, formación y colocación para facilitar el acceso y la conservación de un empleo por parte de personas con discapacidad, así como la previsión de fórmulas o regímenes especiales de empleo para éstas. La naturaleza de este tipo de medidas —de acción protectora o incluso de acción positiva— justifican la necesidad de contar con un reconocimiento formal de la discapacidad que acredite, incluso, su grado o nivel de intensidad y alcance, pues tal información no sólo puede ser relevante a efectos de cumplimiento de los requisitos formales para el reconocimiento o la prestación del servicio en cuestión, sino que tam-

la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad” (FJ 3 in fine).

³⁹ El artículo 1.1 del Convenio núm. 159 establece: “se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental *debidamente reconocida*”. Énfasis añadido.

bién puede ser determinante de la selección concreta de la medida a aplicar en cada caso y de su efectividad.

Desde esa concreta perspectiva, sí resulta razonable y conveniente que la discapacidad se formalice, acredite y acote a determinadas exigencias. Sin embargo, no parece razonable hacer depender, con carácter general, la tutela jurídica de la discapacidad de la exigencia de una suerte de certificación oficial con efectos “constitutivos” de la misma. Es más, la exigencia de ese elemento formal resulta difícilmente conciliable con algunos de los otros elementos analizados; particularmente, con los elementos contextual y funcional que dotan a la noción de discapacidad de un carácter complejo y dinámico difícilmente trasladable a una certificación oficial, y que demandan un análisis “sobre el terreno”, cuando no caso a caso. Asimismo, el tratamiento normativo de la discapacidad, como ya se ha apuntado, puede articularse conforme a diversas técnicas normativas. Una de ellas, la tutela antidiscriminatoria, no requiere que haya una discapacidad formalmente acreditada para apreciar una conducta discriminatoria por tal motivo y desplegar sus efectos, pues la gravedad del acto discriminatorio no depende de que la discapacidad de la víctima esté o no acreditada formalmente, o de que ésta establezca una mayor o menor graduación, sino del carácter especialmente rechazable de la motivación del acto, para cuya apreciación puede ser suficiente la constancia de meros indicios de discapacidad. Por tales motivos, no parece que la exigencia de ese elemento formal deba considerarse, como regla general, parte integrante necesaria del concepto de discapacidad.

El proceso de “deconstrucción” realizado permite concluir que el concepto de discapacidad derivado del conjunto de instrumentos internacionales —particularmente de la CDPD— presenta una naturaleza compleja y dinámica que lo hace capaz de acoger realidades diversas como la enfermedad, la obesidad u otras condiciones de salud que, tradicionalmente, se han entendido diferentes o ajenas a la realidad de la discapacidad y su tratamiento jurídico. El modo en que se integran bajo la noción de discapacidad los distintos elementos que se han identificado, la particular configuración que presenta cada uno y el modo en que se relacionan entre ellos, explican esa posibilidad de extensión del concepto de discapacidad. En particular, merece destacarse la amplitud con que se consideran las deficiencias (elemento técnico u objetivo) que están en la base de una situación de discapacidad, y, sobre todo, el dinamismo de que dotan al concepto los elementos contextual y funcional, con los que el modelo social de la discapacidad adquiere respaldo y alcance jurídico.

El carácter dinámico de la discapacidad, que deriva fundamentalmente de la realidad viva y variable de las barreras y los entornos concretos con que interac-

cionan las personas con deficiencias, obliga al derecho a salir del estático y rígido planteamiento normativo tradicional, más propio del modelo médico. Dicho planteamiento se centraba fundamentalmente en el establecimiento de medidas de carácter prestacional o asistencial concebidas con una lógica protectora y compensadora de la diferencia con que era percibida la discapacidad. Asimismo, dicho enfoque normativo se enmarca fundamentalmente en el principio de igualdad de oportunidades; mientras que los instrumentos internacionales responsables de esta nueva comprensión de la discapacidad invitan a un tratamiento normativo más rico, amplio e integrador de estrategias y técnicas tuitivas que se conciben, primordialmente, desde la igualdad de trato y la no discriminación.

La apertura del tratamiento normativo de la discapacidad a un abanico más amplio de técnicas y fundamentos, e incluso el desplazamiento del eje de dicho tratamiento hacia la igualdad de trato y la no discriminación, provoca que algunos de los elementos del concepto de discapacidad sean percibidos con ciertas diferencias o matices según la lógica jurídica desde la que se aborde (la igualdad de trato o la diferencia). Así ha sido puesto de manifiesto, particularmente, en relación con los elementos temporal y formal que son los que más situaciones de conflicto o contradicción han planteado en relación con la constatación de la discapacidad.

Finalmente, cabe señalar que el carácter dinámico de la noción de discapacidad resulta mejor acogido desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria. En efecto, esta permite valorar en cada caso y circunstancias concretas los elementos contextual y funcional que se han apuntado y, sobre todo, cuenta con una enorme fuerza transformadora al servicio de la igualdad de trato que corresponde a la consideración de la igual dignidad y derechos de las personas con discapacidad.⁴⁰ Esa fuerza transformadora del derecho antidiscriminatorio llega a operar, incluso, por encima de medidas de carácter prestacional y asistencial cuya aplicación y ejecución queda condicionada en las normas que las prevén a concepciones legales o supuestos de discapacidad limitados o acotados a unas concretas condiciones de duración, grado o intensidad (como ocurre con las incapacidades en el terreno laboral y de la Seguridad Social, o con la calificación del grado o nivel de discapacidad o minusvalía para el acceso a determinados

⁴⁰ Rey Martínez atribuye ese potencial afirmador al siguiente motivo: “el nuevo Derecho antidiscriminatorio, más concreto y más intenso que el clásico derecho de igualdad, ofrece una enorme capacidad de penetración y transformación de la sociedad porque el derecho clásico de igualdad juega frente al Estado mientras que el Derecho antidiscriminatorio lo hace también, y quizá, sobre todo, frente a otros particulares”. Rey Martínez, Fernando, “Igualdad y prohibición de...”, *cit.*, p. 128.

servicios sociales). Es en esos casos donde cabe advertir ciertas distorsiones o disfunciones en el conjunto del sistema normativo de atención a la discapacidad que, sin embargo, está llamado a integrar de forma coherente bajo el concepto de discapacidad que aquí se ha descrito a todas las medidas y técnicas normativas de distinta naturaleza.

IV. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN CONCEPTO ACUÑADO INTERNACIONALMENTE (VALORACIONES AL HILO DE LA RECIENTE STC 51/2021)

Las dudas que genera en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales el concepto de discapacidad que se ha expuesto y las tensiones entre las diversas medidas con que se acometen las situaciones de discapacidad, se vienen reflejando en la práctica de los tribunales ordinarios con cierta frecuencia.⁴¹ En virtud de ello, era de esperar que tales controversias llegaran en algún momento a sede constitucional y así ha ocurrido con la STC 51/2021, del 15 marzo, que ilustra con particular interés el análisis realizado en las páginas precedentes.

La STC 51/2021, dictada en resolución de un recurso de amparo, es la última de las pocas sentencias del Tribunal Constitucional dictadas tras la entrada en vigor en España de la CDPD. Además, es la primera⁴² que acomete (y aprecia)

⁴¹ Buena cuenta de ello dan los estudios de la doctrina laboralista indicados *supra* en la nota 2.

⁴² Con anterioridad, la STC 62/2008 había afrontado desde la discriminación por razón de enfermedad o estado de salud un caso que, muy probablemente tendría hoy una resolución diferente desde la prohibición de discriminación por discapacidad, como se verá a continuación. La sentencia denegó el amparo a un albañil con una enfermedad grave de espalda que fue despedido por su empresa. Aunque el Tribunal reconoció la enfermedad o el estado de salud como una de las causas de discriminación amparables en el art. 14 CE, consideró que en el caso concreto el despido no obedecía a la enfermedad del trabajador y a una intención excluyente, sino al hecho de que el trabajador ocultara su dolencia el empresario en el momento de su contratación. El voto particular discrepante del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez exponía con elocuencia: “Las circunstancias expuestas sitúan (al recurrente) en un dilema de consecuencias indeseables... Las resoluciones del INSS le fuerzan... a continuar en el mercado de trabajo, ya que el Estado social y democrático de Derecho le niega la acción protectora de la Seguridad Social, mediante el reconocimiento de una situación de discapacidad... Si acude, no obstante, a la relación laboral... se verá despedido... por vulnerar la buena fe contractual y ocultar que sufre una lesión-enfermedad”. Ante ello, el magistrado señalaba: “que existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los arts. 4.2 c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias”. Esa categoría intermedia que re-

una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de las relaciones laborales⁴³ por denegación de ajustes razonables.⁴⁴ Es de suponer⁴⁵ que tales circunstancias hayan llevado al Tribunal a considerar que el caso revestía especial trascendencia constitucional a efectos de su admisión a trámite por plantear un problema o afectar “a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal” (antecedente de hecho n. 4).

Los hechos de los que trae causa la sentencia derivan de la sanción disciplinaria impuesta a un trabajador, empleado público (letrado de la Administración de Justicia), por graves y reiterados incumplimientos, desatenciones y retrasos en las funciones inherentes a su puesto de trabajo. La detección de tales incumplimientos se produce en el marco de una inspección rutinaria del órgano judicial en que el trabajador desempeñaba sus funciones. Fruto del seguimiento realizado se apunta a que el motivo de los incumplimientos advertidos se debe a la idoneidad y capacidad del trabajador para el concreto puesto que ocupaba, y no a una cuestión de indisciplina.

A la luz de tales circunstancias, la administración empleadora optó por acudir al régimen de la Seguridad Social incoando un expediente de jubilación por incapacidad permanente del trabajador. Sin embargo, esta vía resultó infructuosa pues, tras las valoraciones pertinentes, el órgano correspondiente de la

clamaba se habría reconocido actualmente mediante la extensión del concepto de discapacidad a determinadas enfermedades de larga duración.

⁴³ El Tribunal Constitucional consideró por primera vez en sus resoluciones la CDPD en la STC 208/2013, si bien entonces lo hizo sin efectos vinculantes en la medida en que la Convención no estaba en vigor en el momento de los hechos objeto de enjuiciamiento. Con posterioridad, y ya vigente en España la CDPD (desde el 3 de mayo de 2008), el TC ha considerado las previsiones de la CDPD en relación, sobre todo, con el derecho a la tutela judicial efectiva y sus garantías y la necesidad de incorporar apoyos en el marco de los procesos jurisdiccionales, al objeto de que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente su derecho en igualdad de condiciones con el resto (SSTC 7/2011, 77/2014 y 31/2017). Al margen de ello, se ha acometido puntualmente la discriminación por razón de discapacidad en relación con el derecho a la educación (STC 10/2014), y la discriminación por razón de edad y discapacidad en relación con el derecho a determinadas prestaciones del sistema de atención a la dependencia (STC 3/2018); siendo estos dos últimos casos los antecedentes más inmediatos del caso que nos ocupa.

⁴⁴ A pesar de su innegable relevancia, la doctrina que la sentencia precisa y amplía en relación con las condiciones de ejercicio del derecho a esos ajustes (FFJJ 3.a, y 4) no será aquí objeto de análisis por exceder del objeto de estudio de este trabajo.

⁴⁵ Se supone y no se afirma porque el Tribunal Constitucional mantiene su costumbre de indicar de forma genérica el motivo por el que aprecia especial trascendencia constitucional para admitir a trámite una demanda de amparo, pero no procede a aplicarlo, contrastarlo y justificarlo en las circunstancias del caso concreto.

Seguridad Social consideró que el trabajador-funcionario no sufría afecciones que le imposibilitaran totalmente para las funciones de su puesto de trabajo. En la medida en que los incumplimientos en el desempeño de sus funciones continuaban, la administración empleadora decidió iniciar la vía disciplinaria entendiéndolo que la denegación de la incapacidad permanente a efectos de la Seguridad Social respaldaba la culpabilidad del empleado al descartarse razones médicas que justificaran sus incumplimientos.

Es en el marco de la tramitación del expediente disciplinario donde el trabajador, al contestar al pliego de cargos, revela que sufre síndrome de Asperger aportando informe psiquiátrico acreditativo del diagnóstico y de su seguimiento desde hace más de diez años. Con tal motivo, propone diligencia de reconocimiento psiquiátrico, alega una posible discriminación por razón de discapacidad, así como el derecho a ajustes razonables en su puesto de trabajo. Adicionalmente, solicita la suspensión del procedimiento disciplinario alegando la conveniencia de esperar a la resolución del procedimiento administrativo de reconocimiento de discapacidad⁴⁶ que, de forma paralela, había iniciado. La resolución de dicho procedimiento —que se incorporó al expediente disciplinario tan pronto fue emitida— reconoció al trabajador, inicialmente, “un trastorno del desarrollo de etiología no filiada con una discapacidad del 10%”; si bien, fuera ya del marco temporal del procedimiento disciplinario, y a resultas de un procedimiento de revisión, se verá elevada posteriormente a un grado total del 34%.

Ninguna de las peticiones, diligencias y alegaciones del trabajador en relación con su discapacidad resultó atendida, de forma que la administración empleadora concluyó apreciando una infracción muy grave e imponiendo una sanción de suspensión de empleo y sueldo. El trabajador recurrió la sanción en vía administrativa y judicial alegando la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad,⁴⁷ sin que en ninguna de las instancias fueran estimadas sus pretensiones; quedando, por tanto, expedita la vía del recurso de

⁴⁶ Al amparo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDPD).

⁴⁷ Además de este argumento, el trabajador alega en sus recursos la vulneración de distintos aspectos y garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, algunos de los cuales, incluso, resultó parcialmente estimado en vía ordinaria, si bien otras relevantes cuestiones relativas a los artículos 24 y 25 CE son sostenidas también en el recurso de amparo ante el TC. En la medida que tales cuestiones no atañen al objeto de estudio, se opta por dejarlas al margen de este análisis.

amparo ante el Tribunal Constitucional, donde el trabajador encuentra, finalmente, amparo.⁴⁸

En primer término, la fundamentación jurídica del Tribunal en esta sentencia destaca por confirmar, al amparo del artículo 10.2 de la CE, la recepción de todo el acervo jurídico internacional derivado de la CDPD a los efectos de definir y afirmar el modelo constitucional de tratamiento de la discapacidad, en general, y de la discriminación por razón de discapacidad, en particular. Si bien dicha recepción ya había sido afirmada en sentencias precedentes, como la STC 3/2018, en este caso se afirma que el Tribunal otorga “especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad” (FJ 3.a).

Además, el Tribunal observa que dicha recepción tiene lugar no sólo mediante la influencia directa de la CDPD sobre el legislador español⁴⁹ derivada del compromiso internacional adquirido con su ratificación, sino también como consecuencia de la aceptación e integración del modelo normativo de la CDPD como fuente interpretativa por parte del TEDH y el TJUE; esto es, los dos marcos regionales de protección internacional de los derechos humanos que más influencia ejercen en el ordenamiento jurídico español tanto por su vigencia en España como por la vía del artículo 10.2 de la CE (FJ 3 a).

De esta forma, el Tribunal evidencia que el marco jurídico de protección de la discapacidad constituye uno de los ejemplos más claros del sistema de tutela multinivel de los derechos humanos determinado decididamente, en este caso, por una acción normativa surgida del marco ONU. La penetración del modelo establecido en la Convención en los demás sistemas de protección internacional, lo refleja el Tribunal de forma particularmente pormenorizada. En el caso del CEDH, se señalan las concretas referencias jurisprudenciales en las que el TEDH ha afirmado, primero, la inclusión de la discapacidad en su cláusula general antidiscriminatoria (artículo 14 CEDH) y, segundo, en las que ha tomado la CDPD como fuente para la interpretación de los derechos y garantías del CEDH.⁵⁰ Y en el caso del derecho de la Unión Europea, por su parte, se indica

⁴⁸ En dicho proceso de amparo destaca el hecho de que tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal coincidieran en instar la denegación del amparo por vulneración del derecho a la no discriminación. Esta circunstancia extraña sobremanera en el caso de la Fiscalía que en procesos de amparo anteriores había mostrado un particular y loable activismo en la aplicación de los principios y criterios de tratamiento jurídico de la discapacidad dimanantes de la CDPD (v.gr. SSTC 10/2014, 34/2016, 31/2017, 3/2018).

⁴⁹ En particular, el Tribunal refiere como resultado directo de la Convención el TRLGDPD.

⁵⁰ Véase un estudio detallado sobre la atención prestada por el TEDH a algunos derechos

el triple fundamento que en este contexto tiene la protección de la discapacidad: el reconocimiento expreso en la CDFUE (artículos 21 y 26), la adhesión de la propia UE a la CDPD y su integración en el propio ordenamiento de la UE y, finalmente, la labor jurisprudencial del TJUE en aplicación, particularmente, de la Directiva 2000/78/CE. Esta última referencia comporta particular relevancia, pues la interpretación de esta Directiva a la luz del CDPD ha dado lugar a las sentencias del TJUE en las que, con motivo del despido de trabajadores con enfermedad o condiciones de salud previsiblemente prolongadas, se ha procedido a extender la noción de discapacidad para considerar discriminatorias tales decisiones empresariales. La referencia del Tribunal Constitucional a tales resoluciones —que han generado importantes incertidumbres en la jurisdicción social—⁵¹ puede entenderse como una confirmación indirecta del concepto complejo y dinámico de discapacidad que se ha analizado anteriormente.

En segundo lugar, con esta sentencia el Tribunal Constitucional tiene una nueva oportunidad de consolidar el modelo constitucional de la discapacidad, ya avanzado en algunas resoluciones anteriores,⁵² basado en la tríada formada por los artículos 14, 9.2 y 49 de la CE.⁵³ El tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva integrada de esas tres previsiones constitucionales supone una relevante evolución que Rey Martínez⁵⁴ describe con elocuencia:

[d]esde el punto de vista conceptual, se ha transitado de un modelo constitucional inicial de corte asistencialista, al que se suele denominar «modelo médico» porque comprendía al discapacitado, básicamente, como un enfermo al que proteger (de hecho, el artículo 49 CE habla de «disminuidos»), una palabra que suena ofensiva en la actualidad), a otro modelo que hace gravitar el régimen jurídico en torno a la idea de la autonomía de la persona con discapacidad. En el modelo médico, la tutela constitucional de las personas con discapacidad era, desde el punto de vista de la técnica jurídica, la de un prin-

sociales desde la perspectiva del CEDH, que recoge los casos de atención a la discapacidad en Carmona Cuenca, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1209-1238.

⁵¹ Véase *supra* notas 1 y 2.

⁵² *V.gr.* SSTC 269/1994, 3/2018.

⁵³ Sobre este particular véanse Álvarez García, Héctor, “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pp. 1027-1055; y Bastida Freijeido, Francisco J., “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en Presno Linera, Miguel (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General de Asturias-Universidad de Oviedo, 2013, pp. 147-184.

⁵⁴ Rey Martínez, Fernando, “Igualdad y prohibición de...”, *cit.*, p. 163-164.

cipio (art. 49 CE), en el vigente modelo de autonomía, estamos en presencia de un auténtico derecho fundamental (art. 14 CE), con un contenido que en gran parte es exigible judicialmente.

Tras el triple fundamento constitucional de la atención a la discapacidad es posible identificar las diferentes técnicas normativas, ya apuntadas en páginas anteriores, que pueden aplicarse bajo el común objetivo de la plena integración de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con el resto (FJ 3.a § 1, artículo 1 CDPD): la protección contra toda forma de discriminación como garantía de la igualdad de trato (artículo 14 CE), de un lado, y las medidas promocionales de protección, incluidas aquellas de acción positiva, para procurar la igualdad real de oportunidades (artículos 9.2 y 49 de la CE).

En tercer lugar y en relación con el concepto de discapacidad que se ha expuesto y los correspondientes elementos que lo integran, la STC 51/2021 ofrece interesantes motivos para la reflexión sobre los mismos. Por lo que respecta al primero de los elementos identificados —el relativo a la concurrencia de una deficiencia— cabe deducir de la sentencia la confirmación de su carácter técnico, de manera que desde el plano jurídico no procede hacer valoraciones ni, por tanto, entrar a cuestionar el criterio médico en relación con la concurrencia de la deficiencia en cuestión ni con los síntomas y trastornos en que se manifiesta. El juicio, por tanto, sobre este primer elemento es exclusivamente técnico;⁵⁵ cuestión que adquiere mayor relevancia práctica, como ocurre en el caso, en relación con deficiencias “invisibles” o de difícil percepción como son las de tipo mental, cognitivo o intelectual.

En relación con los elementos que dotan al concepto de discapacidad de un carácter dinámico —esto es, los elementos contextual (interacción con el entorno) y finalista (generación de barreras)— sí que corresponde al Tribunal

⁵⁵ Reveladora resulta en este sentido la afirmación del Tribunal sobre este punto en el FJ 6, al remitirse a normas técnicas propias del ámbito de la medicina: “queda fuera del ámbito de esta sentencia cualquier consideración general sobre la naturaleza del síndrome de Asperger, o sobre el grado o supuestos en que puede llegar a limitar de manera significativa la capacidad de quien lo padece. Baste aquí con recordar que recientemente la Organización Mundial de la Salud ha incluido el síndrome de Asperger en la categoría de «Trastornos del Espectro del Autismo» (Clasificación Internacional de Enfermedades, CIE-11, 2018), y que conforme a la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud Sobre «Medidas integrales y coordinadas para gestionar los trastornos del espectro autista», las manifestaciones de esos trastornos «varían mucho en cuanto a las combinaciones y la gravedad de los síntomas», y que las personas que los sufren pueden encontrar «barreras para participar en condiciones de igualdad en la sociedad» y ser, en definitiva, víctimas de discriminación por razón de discapacidad (WHA67.8, 19-24 de mayo de 2014, p. 13)”.

realizar una labor de enjuiciamiento de los hechos y circunstancias concretas concurrentes para determinar si, efectivamente, los impedimentos u obstáculos sufridos por el afectado en sus derechos derivan del modo en que su entorno (laboral, en este caso) afronta o responde (por acción u omisión) a su trastorno.⁵⁶ En el caso concreto resuelto por la sentencia analizada, es de destacar, más allá de la evidencia de los incumplimientos y retrasos en las funciones del empleado y la conexión con su trastorno, el hecho de que en el curso del seguimiento a su actividad realizado durante la tramitación de expediente disciplinario se observara una cierta mejoría en su desempeño asociada a una puntual acción formativa; lo que acredita la capacidad de influencia decisiva del entorno laboral en la intensificación o mitigación de las dificultades que experimentaba el trabajador (FJ 6.a).

Finalmente, la STC 51/2021 sugiere un par de reflexiones adicionales relacionadas con el que se ha denominado elemento formal del concepto de discapacidad. De una parte, se pone de manifiesto el carácter contingente de dicho elemento formal en el particular ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Obsérvese a este respecto que el Tribunal no considera relevante el hecho de que el trabajador no acreditara mediante una certificación oficial de algún tipo la discapacidad asociada a su trastorno. Inicialmente, éste se limitó en el curso de la tramitación del expediente sancionador a aportar el informe particular de su psiquiatra al objeto de ofrecer una justificación de sus incumplimientos y solicitar ajustes razonables en su puesto de trabajo. Posteriormente, puede deducirse de los hechos, que el trabajador sí trató de obtener certificación administrativa de reconocimiento de discapacidad al amparo del TRLGDP al objeto de reforzar sus alegaciones y oposición al expediente disciplinario.

Sin embargo, ni el hecho de carecer inicialmente de certificación oficial, ni el hecho de que ésta fuera aportada posteriormente acreditando una discapacidad “ciertamente menor” (FJ 6.a), resultan decisivos, a juicio del Tribunal, para dar efectividad al derecho a la no discriminación por denegación de ajustes razonables. Lo realmente relevante a tales efectos parece ser la presentación de un panorama indiciario de discriminación por discapacidad suficiente; el cual —a la luz del caso concreto— no requiere necesariamente de la aportación de un

⁵⁶ Queda patente esta forma de discurrir cuando el Tribunal afirma: “Partiendo de que en este caso estamos, por tanto, ante un trastorno que puede derivar en discapacidad mental, corresponde al Tribunal analizar si... esa discapacidad debió provocar en la Administración, y no lo hizo, una serie de ajustes razonables en el puesto de trabajo, y si de la falta de ajustes pudo derivarse la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones laborales que desencadenó la apertura del expediente disciplinario” (FJ 6).

concreto tipo de certificado oficial, sino que puede deducirse de otros elementos tales como la propia declaración del trabajador y los datos acreditados por la actuación inspectora sobre el funcionamiento del órgano judicial en que trabajaba el empleado y las concretas evaluaciones y seguimientos realizados sobre su desempeño.⁵⁷

Por otra parte, de los hechos del caso llama poderosamente la atención el juego de certificaciones de incapacidad (laboral) y discapacidad que pretenden acreditar, en distintos momentos y con distinta finalidad el trastorno del trabajador. El primer intento tiene por objeto la declaración de incapacidad permanente del trabajador (antecedente 2.c) impulsada por la propia administración empleadora bajo el régimen de la Seguridad Social con el objeto de promover su jubilación a modo de seguro de rentas y, en consecuencia, su “destierro” del ámbito del empleo. El recurso a este mecanismo sugiere, en primera instancia, una lógica propia del llamado modelo “médico” o asistencialista de la discapacidad ante la advertencia de una serie de incumplimientos laborales achacables íntegra y exclusivamente al trastorno o deficiencia del trabajador, sin consideración alguna del entorno o contexto del puesto de trabajo.

No obstante, más preocupante resulta, como segunda apreciación, las consecuencias que para el trabajador se derivan de la negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social al reconocimiento de la incapacidad permanente pretendida. Como apunta la propia Sentencia, esta circunstancia fue interpretada por la empleadora conforme al “sofisma de que al no ser declarado como «totalmente incapacitado» por el informe del Equipo de Valoración de Incapacida-

⁵⁷ Sobre este particular, el Tribunal afirma en primer lugar que “[c]uando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y *se acredite* – conforme a la normativa aplicable – el alcance de la discapacidad”. Sin embargo, a continuación, distingue y precisa que “la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, *aun cuando no se haya procedido a su petición formal* por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad” (FJ 4). Esta última circunstancia —sugiere el Tribunal— resulta particularmente frecuente en el caso de las personas con discapacidad mental por “los prejuicios y discriminación que han sufrido secularmente” (FJ 4). De acuerdo con todo ello, el Tribunal destaca posteriormente en su FJ 6.a que: “[e]n este caso, además, la Administración pudo advertir tempranamente indicios de que don A.M.Z. experimentaba dificultades particulares que menoscababan su capacidad para desempeñar correctamente sus funciones como letrado de la Administración de Justicia (como las asociadas al uso de nuevos instrumentos o tecnologías o de índole relacional)”, refiriendo a continuación, precisamente, hechos conocidos por la empleadora a resultas de los informes de inspección y seguimiento previos a las decisiones disciplinarias adoptadas contra el funcionario. Énfasis añadido.

des del INSS, está «totalmente posibilitado» para las funciones que desempeña en su puesto de trabajo” (FJ 6); de donde deducía con simpleza la culpabilidad del empleado respecto a los incumplimientos de sus funciones. Sin embargo, como afirma con contundencia el Tribunal: “El hecho de que una persona no esté totalmente imposibilitada para ejercer una actividad profesional, que es lo que afirma el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades, no es óbice para que experimente obstáculos o barreras en el ejercicio de la misma debido a una discapacidad” (FJ 8.d.i).

La segunda manifestación de confusión en torno a las certificaciones de la discapacidad del trabajador tiene lugar en relación con el procedimiento de reconocimiento administrativo de discapacidad iniciado por el trabajador al amparo del TRLGDPD, en cuya virtud se le reconoció inicialmente un grado de discapacidad (leve) del 10%. Durante la vía de recurso contra la sanción disciplinaria impuesta ante la jurisdicción ordinaria, esta circunstancia fue tenida en cuenta para determinar que, por su grado de discapacidad acreditado, el trabajador no tenía derecho a exigir la aplicación de determinadas garantías de protección previstas en el referido TRLGDPD conforme a una interpretación errónea del ámbito subjetivo de esta norma ex artículo 4o. TRLGDPD (antecedente de hecho n. 2.j).

Las dos últimas situaciones referidas ponen de manifiesto la improcedente relevancia que se le da a las certificaciones oficiales acreditativas de incapacidad (laboral) o de discapacidad a efectos administrativos en el contexto de una situación de posible discriminación. El enjuiciamiento de tales situaciones no requiere necesariamente la concurrencia de tales certificaciones si, conforme a otros datos, se verifica el injustificado trato diferenciado y la consiguiente ofensa a la dignidad de la persona con discapacidad. Ambos pasajes extraídos de la STC 51/2021 constituyen ejemplos suficientemente representativos y reveladores de las dificultades que genera el entendimiento de la discapacidad a la luz de distintas situaciones y al amparo de distintas lógicas jurídicas; cuestión que se tratará de precisar seguidamente a modo de conclusión.

IV. VALORACIÓN FINAL: LA NECESIDAD DE EQUILIBRIO ENTRE LA PARTE Y EL TODO EN EL MODELO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD

El concepto complejo y dinámico de discapacidad que se ha expuesto en estas páginas, y que deriva de la asunción del llamado modelo social por parte de

la CDPD, se asimila con más facilidad desde la lógica antidiscriminatoria que desde la lógica prestacional. Ello se debe fundamentalmente a que la CDPD apuesta decididamente por la igual dignidad de las personas con discapacidad y, en consecuencia, afirma como criterio principal la inclusión basada en la igualdad de trato, al servicio de cuya eficacia se pone la prohibición de discriminación.

De acuerdo con ello, y a la luz de casos como el recién expuesto, cabe apreciar una cierta confusión o falta de encaje entre los conceptos legales de discapacidad que se establecen en el marco de regímenes normativos de naturaleza prestacional (como el que corresponde a la seguridad social o al acceso a determinados servicios y prestaciones sociales de diverso tipo) y el modo más complejo, dinámico (y menos formalista) en que se considera la discapacidad cuando se afronta desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria. Estas apreciaciones sugieren, finalmente, un cierto desequilibrio o falta de ajuste entre los instrumentos normativos de ambos tipos que forman el sistema constitucional de protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad (ex artículos 14, 9.2 y 49 CE). Tales instrumentos deben integrar de forma coherente, bajo la noción de discapacidad expuesta en estas páginas, la acción promocional y prestacional al servicio de la igualdad de oportunidades, y la acción antidiscriminatoria al servicio de la igualdad de trato. Sin embargo, la fuerza transformadora de la tutela antidiscriminatoria estaría poniendo en evidencia la necesidad de adaptaciones y mejoras en las normativas prestacionales, de forma que su configuración y su aplicación práctica estén en sintonía con la lógica de la plena integración de las personas con discapacidad en lugar de inducir, en ocasiones, a ofrecer soluciones diferenciadoras materialmente discriminatorias. En tal sentido, quizá la acción prestacional y promocional debiera ampliarse para actuar también sobre los “nuevos” garantes de la igualdad de trato y la no discriminación a través de la obligación de establecer ajustes razonables de forma que se evite caer en hábitos asistencialistas adquiridos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor, “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.
- BARREIRA IGUAL, M^a Begoña, “Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, 2018.

- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en PRESNO LINERA, Miguel (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General de Asturias-Universidad de Oviedo, 2013.
- BENAVENTE TORRES, Ma. Inmaculada, “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del TJUE*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 99-132.
- BIEL PORTERO, Israel, *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, 2009, disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/384628#page=1> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2021).
- CABRA DE LUNA, Miguel A., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 50, 2004.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, Celsa, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Revista Electrónica de Audiología*, vol. 2, 2004.
- CARMONA CUENCA, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017.
- CARRIZOSA PRIETO, Esther, “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, 2016.
- CONDE MELGUISO, Rafael, “Evolución del concepto de discapacidad en la sociedad contemporánea: de cuerpos enfermos a sociedades excluyentes”, *Praxis Sociológica*, núm. 18, 2014.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa, “Minusválidos”, en BAYLOS GRAU, Antonio et al. (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, “Igualdad Real”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y CASAS BAHAMONDE, Ma. Emilila (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer-BOE, 2018.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, “La prohibición de discriminación”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y CASAS BAHAMONDE, Ma. Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer-BOE, 2018.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 1, 2015.
- GOÑI SEIN, José Luis, “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número monográfico 6, 2017.
- HERNÁNDEZ RÍOS, Mónica I., “El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos”, *Revista CES Derecho*, vol. 6, núm. 2, 2015.
- JIMENA QUESADA, Luis, “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012.
- LÓPEZ MASÍS, Rocío, “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”, *Alteridad, Revista de Educación*, vol. 6, núm. 2, 2011.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad/ discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2018.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019.
- PADILLA-MUÑOZ, Andrea, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 16, 2010.
- PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI-Cinca, 2007.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la CDPD*, CERMI-Cinca, 2008.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucionales. Igualdad”, en ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, Patricia, “La alteración de la salud del trabajador como factor de discriminación en las relaciones laborales: discapacidad y enfermedad”, *Revista Atlántida*, núm. 11, 2020.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y CASAS BAHAMONDE, Ma. Emilila (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer-BOE, 2018.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986.
- VICTORIA MALDONADO, Jorge A., “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, 2013.

LOS PASAPORTES DE SALUD EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN Y SUS POSIBLES LEGITIMACIONES EN EL MUNDO REAL*

HEALTH PASSPORTS IN THE INFORMATION AGE
AND THEIR POSSIBLE LEGITIMATIONS IN THE WORKPLACE

PASSEPORTS DE SANTÉ À L'ÈRE DE L'INFORMATION
ET LEURS LÉGITIMATIONS POSSIBLES
DANS LE MONDE DU TRAVAIL

Illuminada R. FERIA BASILIO**

RESUMEN: Este trabajo aborda el debate provocado en torno a los pasaportes COVID como instrumento para construir una nueva normalidad. Nos preguntamos si estos pasaportes pueden ser la base para condicionar derechos y libertades y, de este modo, proteger la salud pública. Se analizan diferentes propuestas y posiciones y se comprueba cómo los meses de pandemia han acabado por legitimar el recurso a estos pasaportes. Esta idea evoca otros documentos de salud que están proliferando en la sociedad de la información: carnés de vacunación, pasaportes genéticos y pasaportes biológicos. Analizando los correspondientes debates, observamos que un conocimiento científico sólido podría sustentar una

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social” (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479).

** Egresada de la Universidad de Huelva, donde se licenció en derecho con mención honorífica en 2009. Durante el último curso compaginó su labor como becaria ministerial de colaboración en el área de Derecho Internacional con varios cargos de representación estudiantil. Durante los siguientes cuatro años formó parte del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad en la misma institución, siendo beneficiaria de sendas becas de docencia e investigación. Compaginó este trabajo con la consecución del grado de magíster en Asesoría Jurídica de Empresa y Prevención de Riesgos Laborales. Alcanzó el grado de doctora en derecho, *cum laude*, con una tesis titulada “La tutela del patrimonio genético del trabajador”.



Revista Latinoamericana de Derecho Social
Núm. especial, pp. 151-186

legitimación en sede laboral: la protección y mejora de la salud ocupacional. Este análisis demuestra que estos documentos son una realidad; por ello, el ordenamiento jurídico laboral no puede mantenerse al margen, sino que debe ofrecer una regulación que garantice la no discriminación, proteja la intimidad y los datos, y favorezca la autonomía personal del trabajador.

Palabras clave: pasaporte, coronavirus, vacunas, genética, salud ocupacional.

ABSTRACT: This paper addresses the debate relating to COVID passports as a tool to build a new normality. We wonder if these passports could be a foundation for creating conditions in civic rights and freedoms and, in turn, protect public health. Different proposals and positions are analyzed, and by doing so, verifying the legitimacy of COVID passports based on what we have experienced during the months of the pandemic. This idea evokes other health documents that are proliferating in the digital age: vaccination cards, genetic passports, and biological passports. Analyzing the corresponding debates, we observe that solid scientific knowledge could support a legitimization in labor court: the protection and improvement of occupational health. This analysis shows that these documents are a reality; for this reason, the labor legal system cannot remain on the sidelines, but it must offer a regulation that guarantees non-discrimination, protects privacy and data, and favors the personal autonomy of workers.

Key words: passport, coronavirus, vaccines, genetics, occupational health.

RÉSUMÉ: Ce travail aborde le débat suscité autour des passeports COVID comme instrument pour construire une nouvelle normalité. Nous nous demandons si ces passeports peuvent être la base pour conditionner les droits et libertés et, ainsi, protéger la santé publique. Différentes propositions et positions sont analysées et on vérifie comment les mois de la pandémie ont fini par légitimer l'utilisation de ces passeports. Cette idée évoque d'autres documents de santé qui prolifèrent dans la société de l'information: les cartes de vaccination, les passeports génétiques et les passeports biologiques. En analysant les débats correspondants, nous constatons qu'une solide connaissance scientifique pourrait soutenir une légitimation sur le lieu de travail: la protection et l'amélioration de la santé au travail. Cette analyse montre que ces documents sont une réalité; Pour cette raison, le système juridique du travail ne peut pas rester à l'écart, mais doit proposer une réglementation qui garantit la non-dis-

crimination, protège la vie privée et les données et favorise l'autonomie personnelle du travailleur.

Mots-clés: pasaporte, coronavirus, vaccins, génétique, santé au travail.

SUMARIO: I. *Abreviaturas.* II. *Introducción.* III. *La pandemia por coronavirus como escenario de prueba.* IV. *Otros posibles pasaportes de salud con relevancia en el mundo laboral.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. ABREVIATURAS

ABP	Pasaporte Biológico del Atleta (por sus siglas en inglés)
ACLU	American Civil Liberties Union
CAV-AEP	Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría
CDC	Centers for Disease Control and Prevention of USA
CGCOM	Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos
EASA	European Union Aviation Safety Agency
ECDC	European Center for Disease Prevention and Control
FJ	Fundamento jurídico
GTM	Grupo de Trabajo Multidisciplinar del Ministerio de Ciencia e Innovación sobre el COVID-19
LGS	Ley 14/1986, del 25 de abril, General de Sanidad
LGSP	Ley 33/2011, del 4 de octubre, General de Salud Pública
LOMEMSP	Ley Orgánica 3/1986, del 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública
OMC	Organización Médica Colegial de España
RGPD	Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
SAGE	Scientific Advisory Group for Emergencies
SEMPSPH	Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene
SESPAS	Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria
SPI-B	Scientific Pandemic Influenza Group on Behaviours

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TUE/TFUE Tratado de la UE y del Tratado de Funcionamiento de la UE
2012/C 326/01

II. INTRODUCCIÓN

La pandemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2 (en adelante, coronavirus) ha puesto de manifiesto las dimensiones que puede alcanzar la salud pública en un mundo globalizado. La inutilidad de las fronteras políticas en la lucha contra una enfermedad de morbilidad e impacto socioeconómico hasta ahora desconocidos ha generado el debate en torno a documentos que atañen a información altamente sensible del ser humano, y a cuyo acceso pueden ser legitimados terceros, quizá también las propias empresas empleadoras, como medio para proteger bienes jurídicos merecedores de tutela. La era de la información y los avances científicos no son, ni mucho menos, ajenos a los datos de salud, y el mundo laboral no va a quedarse al margen, por lo que puede ser un buen momento para plantear la legitimidad de su uso.

III. LA PANDEMIA POR CORONAVIRUS COMO ESCENARIO DE PRUEBA

En una situación de pandemia, tendría una lógica totalmente práctica identificar a aquellos afortunados que hayan desarrollado inmunidad frente al coronavirus, bien sea por haber sobrevivido a la infección, bien por haber completado el correspondiente proceso de vacunación. Toda vez que esta identificación pudiera ser acreditada ante terceros, podría permitirse la concesión de ciertos “privilegios”, como la libre circulación, *ad intra* y *ad extra* de las fronteras nacionales, o el acceso a cualquier lugar o negocio. Esta ideación social ha ido avanzando a través de documentos con distintas denominaciones (certificado serológico,¹ pasaporte de inmunidad, cartilla COVID, certificado de riesgo cero...), pero bajo la misma filosofía. Al cierre de este artículo, las posiciones se han acercado bastante, ya que, pasado más de un año tras la

¹ SEMPSPH, “Certificados de estado serológico”, abril de 2020, p. 1, disponible en: <https://tinyurl.com/5sj86ema>, define como “un documento emitido por la autoridad sanitaria que certifica la inmunidad de un ciudadano con base en unos resultados serológicos concretos sobre una enfermedad determinada”.

declaración de la pandemia, se ponderan en su justa medida los intereses en juego.

1. *Sucesión de propuestas y posiciones*

Efectivamente, la imperiosa necesidad económica y social de generar una “nueva normalidad” segura ha impulsado el debate sobre la utilización de documentos que acrediten la situación de riesgo individual. En el marco interno español son ejemplo las propuestas madrileñas y catalanas. En junio de 2020, la Comunidad de Madrid lanzó la idea de una tarjeta sanitaria virtual, que permitiría al usuario acceder a todas sus pruebas diagnósticas, y mostrarlas a terceros mediante códigos QR verificados.² Sin embargo, las críticas hicieron que la Comunidad matizara esta idea hasta limitar su uso a los servicios de salud, sin controlar el acceso a ninguna instalación o servicio público/privado.³ También la Comunidad de Cataluña contempló dentro de su plan de desconfinamiento un pasaporte de inmunidad, basado en un código QR de colores, según PCR y serología, que permitiría el acceso a empresas, universidades y locales de ocio mediante barrera automática con lector.⁴ Esta propuesta también recibió críticas por su obligatoriedad, por el riesgo de usos extra-pandémicos⁵ y por el temor a episodios de rechazo o xenofobia.⁶

En el plano internacional, la pionera fue China, la cual, en la primavera de 2020, comenzó a implantar como medio de prevención un código QR disponible también en los teléfonos móviles. Este semáforo permitió modular la libertad de movimiento de los portadores de un código rojo o amarillo (diagnóstico confirmado, sospecha de serlo o contacto estrecho), quienes no

² Comunidad de Madrid, “La tarjeta sanitaria virtual de la Comunidad recoge desde hoy la información sobre pruebas COVID”, 14 de diciembre de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/bj63ukas>.

³ Barcala, Carlota, “Madrid mantiene la cartilla COVID a pesar de las críticas: «No es ningún pasaporte de inmunidad»”, *ABC*, 29 de julio de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/y9dyjujz>.

⁴ Mitjà, Oriol *et al.*, *Eines i estratègies pel desconfinament durant el brot de coronavirus a Catalunya. Posicionaments i recomanacions d'un grup d'experts*, Generalitat de Catalunya, 22 de abril de 2020, pp. 41 y 42, disponible en: <https://tinyurl.com/ny7s9kmm>.

⁵ Rodríguez, Pau y Solé, Oriol, “El pasaporte de inmunidad que se plantea el Govern genera dudas y rechazo entre juristas y expertos en salud pública”, *elDiario.es*, 20 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/dxef2epp>.

⁶ *Idem*.

podrían traspasar la demarcación provincial de Hubei, salir a la calle o acceder a lugares públicos. En Latinoamérica, la experiencia chilena muestra las dudas en torno a la duración de la inmunidad. Aunque el temor a la discriminación provocó que también Chile suspendiese la implantación del carnet COVID anunciado,⁷ se apostó por una suerte de certificados de liberación para quienes superaban la enfermedad por entender que eran inmunes durante, al menos, tres meses.⁸ No obstante, Chile sí ha exigido un pasaporte, en forma de declaración jurada expresada, mediante el consabido semáforo QR, a todas las personas provenientes del extranjero o de otra comuna del país, que pretendiesen acceder a una zona con aduana sanitaria.⁹ Por su parte, Israel, referente desde el comienzo de la vacunación, emite un “pase verde” a cualquier persona que haya sido vacunada o haya superado la enfermedad, vigente desde una semana después de completar la vacunación y hasta seis meses después, o hasta el 30 de junio de 2021 en el supuesto de los supervivientes.¹⁰ Correlativamente, los lugares públicos se abren en morado si son accesibles para todo el mundo, o en verde si están reservados para los titulares de tal pase. Se trata de una medida que busca motivar la vacunación, gratuita y abierta a todos los mayores de 16 años.¹¹ En el sector europeo, desde los primeros envites de la pandemia se ha vaticinado un certificado de inmunidad o vacunación para la obtención del visado Schengen.¹² Islandia ha sido el primer país de este espacio en emitir un certificado digital de vacunación que permite a los portadores atravesar las fronteras Schengen sin necesidad de otras medidas anti-pandémicas.¹³

⁷ Retamal, Felipe, “Gobierno da marcha atrás y anuncia que no se implementará el carnet Covid en Chile”, *LaTercera*, 10 de mayo de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/nfazbamv>.

⁸ Reuters, “In reversal, Chile says coronavirus release certificates will not prove immunity”, *Reuters*, 29 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/7nb8uz>.

⁹ Ministerio de Salud, “Pasaporte sanitario COVID-19”, *Chile Atiende*, 11 de enero de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/yududmum>.

¹⁰ Ministry of Health, “What is a Green Pass?”, *Government of Israel*, visitado por última vez el 26 de abril de 2020 en: <https://corona.health.gov.il/en/directives/green-pass-info/>.

¹¹ AFP, “En Israel, 4 millones de vacunados y un «distintivo Covid» para entrar en los restaurantes”, *France24*, 17 de febrero de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/zqjpv2d8>.

¹² SchengenvisaInfo, “COVID-19 Test results and later on vaccination might be required for Schengen visa application”, *SchengenvisaInfo News*, 14 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/v2ceys25>.

¹³ Ministry for Foreign Affairs and Ministry of Health, “COVID 19: Digital vaccine certificates”, *Government of Iceland*, 25 de enero de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/eabzj2ju>.

En la UE se ha tardado mucho en alcanzar un acuerdo en torno al “certificado verde digital”,¹⁴ que permitiría a los residentes vacunados/con inmunidad adquirida (con limitación temporal) o con PCR negativa viajar dentro del bloque sin sometimiento a otras restricciones preventivas. La experiencia ha demostrado que la existencia de tantas políticas como Estados miembros es inoperante e ineficaz. Aferrarse a los “privilegios” de los declarados “inmunes” para defender a ultranza la equidad y la justicia social ha resultado excesivamente simplista y ha replanteado la necesidad de ponderar otros valores, como la libertad individual o la recuperación económica.¹⁵ Ahora bien, experiencias como la de Islandia, de los primeros países en declarar la exención de mascarillas para los inmunes,¹⁶ muestra la existencia de un temor real al estigma social,¹⁷ pues la mayoría de los islandeses inmunes continúan portándola.

2. Paralización por temor a la discriminación

La discriminación basada en la no/inmunidad no está expresamente prevista por los ordenamientos jurídicos actuales, pero sí creemos que puede invocarse a través de causas discriminatorias adyacentes, como el estado de salud en general, o a partir de causas indirectas referidas a colectivos para quienes la enfermedad puede representar un mayor riesgo.¹⁸ Comprobada la existencia de la cláusula antidiscriminatoria invocable, cabe plantear la naturaleza de una eventual diferenciación. Estos pasaportes evocan la idea de “inmunocapital”, es decir, del reconocimiento social de la inmunidad ante un virus letal proporcionando un acceso, anteriormente negado, a ámbitos

¹⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados interoperables de vacunación, de test y de recuperación para facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. Bruselas, 17 de marzo de 2021, COM(2021) 130 final, 2021/0068(COD).

¹⁵ Brown, Rebecca C.H. *et al.*, “Passport to freedom? Immunity passports for COVID-19”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 46, 2020, p. 655, doi: 10.1136/medethics-2020-106365.

¹⁶ Official Information about COVID, “Effective restrictions on gatherings”, Government of Iceland, disponible en: <https://www.covid.is/categories/effective-restrictions-on-gatherings>.

¹⁷ McLean, Scott y Davey-Attlee, Florence, “‘Immunity passports’ are already here. But they come with warnings”, CNN, 7 de diciembre de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/ckpb3kjf>.

¹⁸ Phelan, Alexandra L., “COVID-19 immunity passports and vaccination certificates: scientific, equitable, and legal challenges”, *The Lancet Journal*, vol. 395, núm. 10237, 23 de mayo de 2020, p. 1597, disponible en: <https://doi.org/10.1016/>.

económicos, políticos y sociales.¹⁹ El antecedente más aludido es la fiebre amarilla en la Nueva Orleans del siglo XIX, cuando los esclavos supervivientes valían mucho más y la inmunidad entre los blancos condicionaba el empleo, la financiación y las relaciones sociales. En los primeros tiempos de esta pandemia se llegaron a ofertar empleos entre cuyos requisitos estaba el ser inmune al coronavirus, y algunos demandantes de empleo empezaron a incluir en sus currículos dicha característica. Así, la inmunidad podría generar dos categorías de demandantes de empleo, no/inmunes, entre las que se elegiría a los que no van a padecer la enfermedad o tienen menos probabilidad de padecerla, y podría ocasionar también una diferenciación frente a los ya trabajadores, a quienes no se les exigió, y entre los ya compañeros, a la hora, por ejemplo, de promocionar o formarse.

En una nueva vuelta de tuerca, los pasaportes serían un nuevo escenario donde expresar discriminaciones tradicionales. En esta epidemia, se ha acusado a China de poner el foco en las personas originarias de África; la mayoría de los países han apuntado hacia los ciudadanos chinos, y en EE.UU. se ha hecho un seguimiento más estrecho de los residentes negros y latinos.²⁰ Por otra parte, los colectivos que sufren discriminación histórica se han visto afectados en mayor medida por la crisis económica generada (peores condiciones de empleo y trabajo o desempleo) e, incluso, han tenido que asumir un mayor riesgo de exposición (puestos sin posibilidades de teletrabajo).²¹ Sobre todo en EE.UU. se ha estudiado cómo el riesgo de enfermar, hospitalizar, morir y padecer las consecuencias sociales y económicas de la pandemia es más elevado para los colectivos tradicionalmente discriminados.²² Una clasificación de la sociedad basada en estados inmunes consagraría esta desigualdad: a lo mencionado se sumaría la configuración de un pretexto perfecto para un mayor seguimiento

¹⁹ Olivarius, Kathryn, “Immunity, capital, and power in antebellum New Orleans”, *The American Historical Review*, vol. 124, núm. 2, abril de 2019, p. 425, disponible en: <https://doi.org/10.1093/ahr/rbz176>.

²⁰ Kofler, Natalie y Baylis, Françoise, “Ten reasons why immunity passports are a bad idea”, *Nature*, vol. 581, 28 de mayo de 2020, p. 380, disponible en: <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01451-0>.

²¹ Olivarius, Kathryn, “The Dangerous History of Immunoprivilege”, *The New York Times*, 12 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/3z69p224>, y un recopilatorio de estadísticas españolas y extranjeras en Salas, Javier, “La andemia golpea más a los que menos tienen”, *El País*, 17 de mayo de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/p556f43b>.

²² CDC, “COVID-19 Racial and Ethnic Health Disparities”, CDC, 20 de diciembre de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/et2cw24b>.

de las minorías raciales o étnicas.²³ Ahora bien, se puede contraargumentar que precisamente por esa mayor tasa de infección entre estos colectivos (superior cohabitación, ocupación en puestos de trabajo de mayor exposición...), que les concede una mayor tasa de inmunidad, se les situaría en una posición privilegiada.²⁴ También pudiera ser que lo que hoy se considera un beneficio, haber pasado la enfermedad, se tornara en un perjuicio en el futuro. Como muestra, el ejército estadounidense se planteó, en mayo de 2020, descalificar a los solicitantes que hubieran pasado la enfermedad, hipotetizándose quizá con secuelas actuales o potenciales, o una mayor probabilidad de reinfección,²⁵ aunque, finalmente, se eliminó esta restricción al carecerse de certezas médicas.²⁶ Para el conjunto de la sociedad, la mayor prevalencia de la enfermedad y una política de vacunación universal bloquearían la idea de que los pasaportes quedarían restringidos a “ricos y poderosos”.²⁷ También se ha considerado que estos pasaportes podrían incentivar a quienes no tienen acceso a vacunación, o la misma les está programada para fechas lejanas, para buscar el contagio intencionado,²⁸ tal y como ocurrió en el caso de la fiebre amarilla, como único medio de medrar.²⁹ De llegar a ser así, para evitar premiar a quienes menos “se lo merecen” (como a quienes se han contagiado al no respetar la distancia social), se podría compensar a quienes han cumplido con las medidas, por ejemplo, mediante apoyo financiero³⁰ o exenciones fiscales.³¹

En otro orden de ideas, el inmunocapital es predicable respecto a cualquier contexto social en el que pueda obtenerse inmunidad ante una enfer-

²³ Karimi, Faith y Fox, Maggie, “Los «pasaportes de inmunidad» del nuevo coronavirus son una idea terrible que podría ser contraproducente, advierten los expertos”, *CNN Español*, 22 de mayo de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/2sn5sb4p>.

²⁴ Brown, Rebecca C.H. *et al.*, *op. cit.*, p. 655.

²⁵ Myers, Meghann, “Coronavirus survivors banned from joining the military”, *Military Times*, 6 de mayo de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/bfvr36v4>.

²⁶ Myers, Meghann, “The ban on COVID-19 survivors joining up has lifted, but some cases could still be denied”, *Military Times*, 21 de mayo de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/3vyp4bt>.

²⁷ GTM, *Posicionamiento del GTM sobre un posible pasaporte inmunológico*, 3 de junio de 2020, p. 2, disponible en: <https://tinyurl.com/d9sjxcx>.

²⁸ Woodyatt, Amy, “Antibody tests could lead to job discrimination and encourage workers to play «Russian roulette»”, *CNN Business*, 12 de mayo de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/4mw3yyau>.

²⁹ Olivarius, Kathryn, “The Dangerous...”, *cit.*

³⁰ Mitjà, Oriol *et al.*, *op. cit.*, p. 33.

³¹ Brown, Rebecca C.H. *et al.*, *op. cit.*, pp. 656 y 657.

medad grave (malaria, dengue, ébola...), en distintos momentos del globo y la historia.³² Por ello, las reglas que condicionan el ejercicio de libertades y derechos en aras de la salud pública no son una novedad. Por ejemplo, durante la epidemia de ébola, Liberia entregaba certificados de inmunidad a los supervivientes para bloquear el miedo de las comunidades, y ocho Estados requirieron un certificado médico de no-infección a los viajeros procedentes de países afectados.³³ Es cierto que se contaba con un bagaje de décadas de estudio sobre el ébola, y los supervivientes podían estar razonablemente seguros de su inmunidad, lo que no es predicable en esta pandemia,³⁴ pero sí podemos extrapolar que una diferencia de trato basada en la inmunidad no es injusta en la medida en que no es arbitraria: tampoco parece “justo” coartar la libertad de los “inmunes” sólo porque se deben imponer restricciones a los demás.³⁵ Asimismo, esta diferencia de trato quedaría circunscrita al tiempo en el que las restricciones fuesen precisas, es decir, hasta que la mayoría de la población hubiera sido vacunada o hubiese pasado la enfermedad. El temor a la discriminación tiene sentido en un escenario en el que la seroprevalencia, adquirida o por vacunación, es aún muy baja y evoca la existencia de un pequeño grupo de privilegiados,³⁶ desapareciendo cuando una vacunación mundial permita erradicar este coronavirus o tornarlo testimonial:³⁷ “with a fast-moving pandemic, no one is safe, unless everyone is safe”.³⁸ En definitiva, el trato diferenciado está justificado por la situación de emergencia: la afectación a la salud pública y la economía es tan grave como para sustentar un condicionamiento temporal de derechos y libertades, que debería aquejar al conjunto de la población, y que poco a

³² Olivarius, Kathryn, “Immunity, Capital...”, *cit.*, p. 431.

³³ Rhymer, Wendy y Speare, Rick, “Countries’ response to WHO’s travel recommendations during the 2013-2016 Ebola outbreak”, *Bulletin of the World Health Organisation*, vol. 95, núm. 1, 2017, pp. 10-17, doi: 10.2471/BLT.16.171579.

³⁴ Gronvall, Gigi *et al.*, “Developing a national strategy for serology (antibody testing) in the United States”, *Johns Hopkins University*, 22 de abril de 2020, p. 17, disponible en: <https://tinyurl.com/nt3c7uuq>.

³⁵ Brown, Rebecca C.H. *et al.*, *op. cit.*, p. 655.

³⁶ Gronvall, Gigi, *COVID-19 Antibody Testing: Uses, Abuses, Limitations, and the Federal Response*, Testimony to United States House of Representatives, Committee on Oversight & Reform, Subcommittee on Economic & Consumer Policy, 9 de junio de 2020, p. 2, disponible en: <https://tinyurl.com/eqw4569>.

³⁷ Smith-Spark, Laura, “Is an «immunity certificate» the way to get out of coronavirus lockdown?”, *CNN Health*, 3 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/cfpm7b9v>.

³⁸ Fundamentalmente, COVAX: <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax>.

poco iría siendo menor conforme la vacunación avanzara alrededor de un país, área geopolítica o globo.

3. Particularidades del juicio de proporcionalidad

A nuestro entender, los pasaportes COVID contarían con título legal habilitante en el ordenamiento jurídico español³⁹ como medio para atender la emergencia sanitaria. Aunque se ha señalado que las restricciones a los derechos y libertades individuales que el pasaporte implicase constituirían una medida “completamente desproporcionada”,⁴⁰ podría superar el juicio de proporcionalidad al permitir alcanzar el bien social perseguido que, tras más de un año de pandemia, no puede alcanzarse a través de una limitación menor. Se incardinarían dentro de la categoría de las “autorizaciones administrativas”,⁴¹ un acto administrativo que permitiría a su titular el ejercicio de una o varias actividades, si bien por abordar derechos y libertades fundamentales, se habría de regular muy pausadamente qué condiciones se han de reunir, quién y cómo las han de comprobar, en justa ponderación con la salud general a proteger. El problema es que el cálculo de la bondad social potencial es poco preciso⁴² y se requiere un buen soporte científico. Ahora bien, esta pandemia se caracteriza por la falta de certeza, pues la comunidad científica no ha dispuesto de tiempo para investigar con amplitud la naturaleza, expansión e inmunización del coronavirus. Las principales debilidades a la hora de juzgar la proporcionalidad de estos pasaportes son, a nuestro entender, dos: la sensibilidad de las pruebas de detección⁴³ y la falta de evidencias alrededor de la inmunidad adquirida tras la enfermedad (se desconoce si los anticuerpos son protectores/neutralizantes, su duración, la posibilidad de re-infección/reactivación...)⁴⁴ o la inoculación de una vacuna.

³⁹ Artículos 1o. y 3o. de la LOMEMSP.

⁴⁰ GTM, *op. cit.*, p. 3.

⁴¹ Cantero Martínez, Josefa y Hernández Aguado, Ildelfonso, “¿Sería útil (y legal) usar el pasaporte serológico en España?”, *The Conversation*, 21 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/2n475s9h>.

⁴² Gostin, Lawrence O., “A theory and definition of public health law”, *O’Neill Institute Papers*, núm. 8, 2008, p. 12, disponible en: https://scholarship.law.georgetown.edu/ois_papers/8.

⁴³ Mallapaty, Smriti, “Will coronavirus antibody tests really change everything?”, *Nature*, vol. 580, 30 de abril de 2020, p. 572, disponible en: <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01115-z>.

⁴⁴ SEMPSPH, *op. cit.*, p. 10.

El coronavirus se detecta fundamentalmente a través de PCR, la cual, realizada en la ventana de tiempo en el que la presencia del ARN del virus es suficiente, detecta si el sujeto está infectado;⁴⁵ test de antígenos, que permite detectar si existe una infección activa, y test serológico, que diferencia si existe una infección activa o se ha superado ya. Los dos últimos se basan en la búsqueda de anticuerpos, aunque de diferente tipología: IgM, que aparecen primeras en el proceso de la enfermedad, e IgG, que confieren inmunidad al organismo que las genera.⁴⁶ Estas pruebas de anticuerpos no han podido ser validadas extensamente, de modo que presentan una alta tasa de falsos positivos (especificidad) y de falsos negativos (sensibilidad).⁴⁷ Además, la literatura científica hace confiar en una respuesta inmune tras la vacunación o la superación de la enfermedad, pero aún se desconoce su naturaleza y duración:⁴⁸ se deben estudiar los anticuerpos neutralizantes; el nivel de anticuerpos disminuye con el paso de los meses; se teme que las nuevas variantes del coronavirus reduzcan la efectividad de las vacunas actuales, y se comienza a hablar de dosis de recuerdo. Esto nos lleva a pensar en la conveniencia de establecer un periodo de vigencia para estos pasaportes. Para supervivientes, el pasaporte debería emitirse inmediatamente después del padecimiento de la enfermedad, retirándose una vez que la persona afectada arroja resultado negativo en un test serológico. Para los pasaportes emitidos tras la vacunación, la vigencia comenzaría el día a partir del cual se considera que el elixir despliega su máxima efectividad y finalizaría tras el transcurso del tiempo que lleva a cuestionar el mantenimiento de la inmunidad. Asimismo, la implantación de estos certificados requeriría la oportuna homologación de las pruebas serológicas, evitando la obtención de resultados diferentes en función de la prueba empleada, así como un amplio suministro de las mismas, de forma que su cadencia permi-

⁴⁵ Rodríguez, Guillermo, “El futuro de la ciencia siempre está por hacer y con la COVID-19 iremos hacia el pasaporte biológico individualizado”, *Farmaespaña Industrial*, 17 de noviembre de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/3n6x8uet>.

⁴⁶ Explicación de la problemática: CDC, “Interim Guidelines for COVID-19 Antibody Testing”, CDC, 17 de marzo de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/psbse8r7>.

⁴⁷ Nanche, Denise, “¿Es el pasaporte de inmunidad una opción adecuada para la estrategia de desconfinamiento?”, ISGlobal, *Serie: COVID-19 y estrategia de respuesta*, núm. 9, Barcelona, 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/4jwb3en2>.

⁴⁸ Huang, Angkana T. *et al.*, “A systematic review of antibody mediated immunity to coronaviruses: antibody kinetics, correlates of protection, and association of antibody responses with severity of disease”, *medRxiv: the preprint server for health sciences*, 17 de abril de 2020, doi: 10.1101/2020.04.14.20065771.

ta ir testeando la sucesión de los diferentes estatus de inmunidad (negativa/adquirida/revertida).⁴⁹ Efectivamente, los pasaportes tendrían sentido en un contexto de pruebas masivas, no privadas o a nivel de empleador.⁵⁰ Esta falta de certeza llevó a la OMS,⁵¹ a la EASA y al ECDC⁵² a no respaldar provisionalmente los pasaportes de inmunidad, sobre todo porque podía llevar a los calificados erróneamente como inmunes a no respetar las medidas higiénicas, facilitando con ello la propagación del coronavirus. También ha llevado a señalar que los pasaportes constituirían una aparente solución rápida, que desincentivaría a los gobiernos a la adopción de medidas para el conjunto de la sociedad,⁵³ e impulsaría a quienes arrojen un falso positivo a achacar los eventuales síntomas de la enfermedad a otras causas, facilitando su transmisión por no tomar medidas.⁵⁴ Por su parte, quienes obtuvieran un resultado serológico negativo podrían evitar en demasía el contacto social, lo que repercutiría en su salud mental.⁵⁵ Igualmente, se ha temido un “mercado negro de la inmunidad”,⁵⁶ en el que se comercialicen acreditaciones o muestras falsas.⁵⁷

Asimismo, se considera muy peligroso el dilema de optar entre salud o privacidad,⁵⁸ sobre todo cuando las propuestas que se presentan son digitales, formato con mayor potencialidad para la explotación de datos médicos.⁵⁹ No obstante, podemos argüir que se está trabajando ampliamente para garantizar

⁴⁹ Gronvall, Gigi *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁰ Brown, Rebecca C.H. *et al.*, *op. cit.*, p. 657.

⁵¹ World Health Organisation, “«Immunity passports» in the context of COVID-19”, Scientific Brief, 24 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/kx93up5u>.

⁵² EASA y ECDC, “Guidance for the management of airline passengers in relation to the COVID-19 pandemic”, *COVID-19 Aviation Health Safety Protocol*, núm. 1, 20 de mayo de 2020, p. 5, disponible en: <https://tinyurl.com/yebmjp36>.

⁵³ Phelan, Alexandra L., *op. cit.*, p. 1596.

⁵⁴ SPI-B, “Pre-empting possible negative behavioural responses to COVID-19 antibody testing”, Note to the SAGE, Government of United Kingdom, 13 de abril de 2020, p. 3, disponible en: <https://tinyurl.com/3jb97jwr>.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁶ Gronvall, Gigi *et al.*, *op. cit.*

⁵⁷ Por ejemplo: Burés, Elena, “Alerta por el uso de falsos certificados de PCR para poder viajar desde El Prat”, *Crónica Global*, 4 de enero de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/frc9z3xs>.

⁵⁸ Rodríguez, Pau y Solé, Oriol, *op. cit.*

⁵⁹ Ienca, Marcello y Vayena, Effy, “On the responsible use of digital data to tackle the COVID-19 pandemic”, *Nature Medicine*, vol. 26, 2020, pp. 463-464, disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41591-020-0832-5>.

la intimidad y la protección de datos personales. Ya existen en el mercado aplicaciones autocalificadas como “seguras”, que permiten a los usuarios verificar su estado de salud ante terceros, manteniendo el control exclusivo de su información.⁶⁰ La desescalada y la gestión de la pandemia ha potenciado el uso de plataformas ideadas para la actual y potenciales pandemias (por ejemplo, el IATA Travel Pass,⁶¹ la CommonPass⁶² o la exigencia de Apple para que los desarrolladores trabajen con “entities recognized by public health authorities”⁶³). Ante esta proliferación, es esperable que cada usuario tenga la libertad de elegir la plataforma que considere.⁶⁴ Se ha ostentado que la pandemia no puede ser una excusa para entregar derechos arduamente adquiridos,⁶⁵ pero, como casi cualquier instrumento, estos pasaportes no vulneran *per se* los derechos fundamentales, sino que todo dependerá del uso que se haga de ellos.⁶⁶ Desde una visión social pura, estos pasaportes representarían una óptica individualista en detrimento de medidas sociales (testeo, rastreo, aislamiento y vacunación universal).⁶⁷ Pero si cada quien debe tener el derecho a negarse a ser vacunado por cuestiones éticas, no debieran imponerse las restricciones generales a quienes no las precisan porque han decidido vacunarse. Por ello, no cabe reducir el debate a blanco o negro, pasaporte o confinamiento, rastreo o vacunación obligatoria. El miedo puede hacernos perder ventajas obtenibles desde un punto equidistante. En un escenario donde se suceden los meses y las olas, aumenta la prevalencia de esta enfermedad,⁶⁸ continúa la escasez de vacunas y aparecen nuevas variantes del coronavirus, esta medida se torna más ponderada.⁶⁹ Vamos a convivir con las preocupaciones que hoy

⁶⁰ Consultar: <https://www.aokpass.com/>.

⁶¹ Para mayor información: <https://www.iata.org/en/programs/passenger/travel-pass/>.

⁶² Consultar: <https://commonpass.org/>.

⁶³ Lovett, Laura, “Apple requires COVID-19 vaccine passport developers to work with public health authorities”, *MobiHealthNews*, 17 de febrero de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/jf62k449y>.

⁶⁴ Sorrells, Mitra, “Health passport standards, interoperability critical for revival of international travel”, *PhocusWire*, 12 de febrero de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/cb5y5w5c>.

⁶⁵ USO, “Cartilla COVID, pasaporte de inmunidad ¿son legales?”, 31 de julio de 2020, disponible en: <https://www.uso.es/pasaporte-de-inmunidad-cartilla-covid-son-legales/>.

⁶⁶ Cantero Martínez, Josefa y Hernández Aguado, Ildefonso, *op. cit.*

⁶⁷ Kofler, Natalie y Baylis, Françoise, *op. cit.*, p. 381.

⁶⁸ GTM, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁹ Fuentes, Verónica, “La falta de evidencia introduce incógnitas importantes sobre el pasaporte de inmunidad”, *Sinc*, 22 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/3aajrx6s>.

planteamos durante mucho tiempo,⁷⁰ por lo que los Estados deben prepararse para dar respuestas largoplacistas.

Instaurar el pasaporte serológico para viajar hace temer su expansión hacia otros fines, no ya para el acceso a espacios públicos,⁷¹ sino en contextos privados como el empleo.⁷² Se ha llegado a proponer que estos pasaportes se integren entre los requisitos exigidos por entidades o administraciones para trabajar.⁷³ Más allá de lo expuesto en relación con la discriminación, el deber de proteger a terceros y al propio trabajador confiere a los empleadores un margen de actuación para requerir/realizar test en un marco pandémico.⁷⁴ Sobre esta base, al menos debiéramos debatir la posibilidad de que los trabajadores con resultado positivo en test de anticuerpos, desde su disponibilidad y voluntad, puedan realizar voluntariamente los puestos y actividades con un mayor riesgo de exposición, reduciendo las probabilidades de contagio para los compañeros con resultado negativo.⁷⁵ Cuanto menos es una opción nada desdeñable para trabajadores “clave”⁷⁶ o que trabajan con personas de alto riesgo,⁷⁷ pero, en todo caso, debe desarrollarse una guía oficial para que los empleadores sepan cómo interpretar los resultados obtenidos⁷⁸ y para reforzar la tranquilidad de que en ningún caso sustituirían las medidas higiénico-sanitarias.⁷⁹ No obstante, puede que a los empleadores que han logrado adaptarse al teletrabajo les resulte más interesante esperar a poder retornar a todos sus empleados bajo las mismas condiciones, que realizar reincorporaciones en escaladas por inmunidad,⁸⁰ ya que el tener dos colectivos de empleados en situaciones tan diametralmente opuestas condiciona su relación con ambos y puede generar recelos y rivalidades entre compañeros.

⁷⁰ Gronvall, Gigi, *op. cit.*, p. 4.

⁷¹ Mitjà, Oriol *et al.*, *op. cit.*, p. 33.

⁷² Bhandari, Esha y Moore, ReNika, “Coronavirus «Immunity Passports» are not the Answer”, ACLU, 18 de mayo de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/8uzattvw>.

⁷³ Mitjà, Oriol *et al.*, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁴ Gronvall, Gigi *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁵ SPI-B, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

⁷⁶ Brown, Rebecca C.H. *et al.*, *op. cit.*, p. 655.

⁷⁷ Mitjà, Oriol *et al.*, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁸ Gronvall, Gigi, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹ SEMPSPH, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰ Bedingfield, Will, “Los pasaportes de inmunidad no son una buena manera de salir de la crisis del coronavirus”, *Wired*, 10 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/2b3mbnfr>.

IV. OTROS POSIBLES PASAPORTES DE SALUD CON RELEVANCIA EN EL MUNDO LABORAL

Los pasaportes serológicos generan el temor a otros documentos relativos a los datos de salud, desde la salud mental a la información genética,⁸¹ favoreciendo otras formas de discriminación basadas en éstos.⁸² Ahora bien, la existencia de estos documentos no es nueva ni es una cosa del futuro, al menos en cuanto a mera ideación.

1. *Carnés de vacunación*

El pasaporte serológico no constituye una idea nueva,⁸³ pues basta con pensar en el Certificado Internacional de Vacunación y Profilaxis⁸⁴ o “carta amarilla”, compuesto por vacunas o tratamientos profilácticos aprobados por la OMS,⁸⁵ pero que constituyen meras recomendaciones (salvo excepciones).⁸⁶ Como diferencia fundamental se ha señalado que esta carta fomenta la inoculación, mientras que el pasaporte incentiva la infección;⁸⁷ pero esta dicotomía entre el bien y el mal se va a ir diluyendo en la medida en que se despliegue una vacunación universal frente al coronavirus, y esta vacuna ocupe un lugar de honor en esa misma carta. Por ello, sólo resta acudir a los antecedentes sobre programas de vacunación y su obligatoriedad para no establecer paralelismos. La UE ha reconocido la importancia de la vacunación como principal herramienta de salud pública, por efectiva y rentable, en la prevención primaria de enfermedades potencialmente graves/mortales, contagiosas y/o prevenibles; por ello, trabaja en un calendario básico de vacunación, conforme a las recomendaciones de la OMS, y en una tarjeta de vacunación común.⁸⁸ Sin embargo, incluso con altas tasas de cobertura, la resistencia, especialmente por colectivos, ante las vacunas recomendadas, puede ocasionar, y ha ocasionado, brotes de

⁸¹ Koffer, Natalie y Baylis, Françoise, *op. cit.*, p. 381; GTM, *op. cit.*, p. 3.

⁸² Karimi, Faith y Fox, Maggie, *op. cit.*

⁸³ SEMPSPH, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁴ Reglamento Sanitario Internacional, 2a. ed., 2005, artículo 2o. del anexo 6.

⁸⁵ *Ibidem*, artículo 3o. del anexo 6.

⁸⁶ *Ibidem*, anexo 7.

⁸⁷ Phelan, Alexandra L., *op. cit.*, p. 1597.

⁸⁸ Apartado 9.a.i), Recomendación del Consejo, del 7 de diciembre de 2018, sobre la intensificación de la cooperación contra las enfermedades evitables por vacunación (2018/C 466/01).

enfermedades prácticamente erradicadas o ya controladas mediante la vacunación.⁸⁹ Tanto el recurso a las vacunas como la reticencia a las mismas se intentan explicar desde razonamientos políticos radicales.⁹⁰ En España se apuesta por una postura intermedia, inclinada hacia la promoción en detrimento de la obligatoriedad, que parece consagrarse en esta situación de pandemia.

El artículo 3o. de la LGS establece como finalidad prioritaria del sistema sanitario español, no ya la curación, sino “la promoción de la salud” y “la prevención de las enfermedades”. Por ello, la epidemiología es actividad fundamental del mismo (artículo 8.1 de la LGS), siendo la vacunación el eje de su prevención primaria (artículo 19.2.c) de la LGSP). El calendario vacunal infantil y las campañas anuales frente a la gripe constituyen puntales esenciales de dicha actividad; ahora bien, revisten la forma de meras recomendaciones, pudiendo las autoridades sanitarias imponer un tratamiento únicamente cuando concurren “razones sanitarias de urgencia o necesidad” (artículos 1o. y 2o. de la LOMEMSP) y estableciéndose como garantía una autorización judicial.⁹¹ En consecuencia, existiría “base legal suficiente” como para permitir a las autoridades sanitarias imponer la “vacunación forzosa, en determinados supuestos,⁹² y fundamentalmente, en el caso de epidemias”.⁹³ Sin embargo, esperar a que la

⁸⁹ Ejemplo en el colectivo romaní en relación con brotes de sarampión en España: Montañón Remacha, Carmen *et al.*, “Brotes epidémicos de sarampión en Andalucía durante el periodo 2010-2015”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 89, núm. 4, julio-agosto de 2015, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4321/S1135-57272015000400009>.

⁹⁰ La reticencia a la vacuna se asocia al auge del populismo (Kennedy, Jonathan, “Populist politics and vaccine hesitancy in Western Europe: an analysis of national-level data”, *European Journal of Public Health*, vol. 29, núm. 3, junio de 2019, pp. 512-516, disponible en: <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckz004>) y las recomendaciones vacunales al autoritarismo (Gervás, Juan, “España. Obligación de la vacunación para la inscripción en las escuelas infantiles-guarderías”, *Acta Sanitaria*, 9 de marzo de 2019, disponible en: <https://tinyurl.com/4u5mjffj>).

⁹¹ 2o. inciso del artículo 8.6 de la Ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁹² Cierco Sieira, César, “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 2, pp. 218 y 219, disponible en: <https://tinyurl.com/svmb5n4>; el Tribunal Constitucional español exige otras garantías para entender que la medida es ajustada a derecho: la dimensión de la restricción debe corresponder con la gravedad de la amenaza, y la medida ha de observar el juicio de proporcionalidad; es decir, ha de permitir alcanzar el objetivo (idoneidad), no debe darse otra medida menos lesiva de igual eficacia (necesidad) y no resulta desproporcional respecto al bien perseguido (proporcionalidad en sentido estricto).

⁹³ Comité de Bioética de España, “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, Informe adoptado el 9 de enero de 2016, p. 3, disponible en: <https://tinyurl.com/773tk7kk>.

epidemia sea declarada puede tenerse por claramente ineficaz, ya que, en este punto, el interés colectivo que se pretende proteger ha quedado fuertemente comprometido;⁹⁴ por lo tanto, la limitación a la autonomía individual debería predicarse en un estadio previo al daño colectivo ya inevitable.

La LGSP se ha ocupado, fundamentalmente, de la vertiente prestacional de la salud pública; es decir, de su configuración como derecho de los ciudadanos, pero no debemos obviar que aquella, aunque sea con menor peso, también presenta una vertiente de deber, legitimadora de medidas limitadoras de otros derechos.⁹⁵ La salud pública tiene un componente de deber gubernamental en correlativa aspiración de la población-electorado a la sociedad del bienestar, en la que el interés común es más que la suma agregada de los intereses individuales, y ello ha justificado limitaciones a la autonomía individual como la restricción a fumar en espacios cerrados.⁹⁶ En la misma lógica, las vacunas conforman una medida “idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido”.⁹⁷ Efectivamente, las vacunas constituyen la acción sanitaria con mejor relación coste-beneficio y mejor cumplimiento del principio de justicia, ya que, con una accesibilidad efectiva,⁹⁸ llegan al mayor número de personas e iguala a la población.⁹⁹ Ahora bien, cuando se pretende proteger la salud pública se corre el riesgo de que los poderes públicos acaben coartando la libertad de las personas o imponiendo una determinada moral en nombre de su bienestar.¹⁰⁰ Así, el pensamiento político parece desplazarse en las últimas décadas desde la obligación social hacia la responsabilidad individual, “thus relocating health from the public sphere to the private realm”.¹⁰¹ Por ello, el artículo 28.d) de la LGS consagra el principio *in dubio pro libertatis*, conforme al cual, cuando existan varias medidas igual-

⁹⁴ *Ibidem*, p. 4.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁶ Gostin, Lawrence O., *op. cit.*, pp. 6 y 7.

⁹⁷ FJ 4o. del auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada, del 24 de diciembre de 2010, por el que se autorizó la vacunación forzosa de treinta y cinco niños, cuyos padres se habían negado a vacunarlos con la triple vírica, como medio para controlar un brote de sarampión.

⁹⁸ SESPAS, *Responsabilidades individuales y colectivas de las instituciones, los profesionales y la población en relación a las vacunas*, Posicionamiento SESPAS 03/2016, 19 de septiembre de 2016, p. 2, disponible en: <https://tinyurl.com/3kprxby9>.

⁹⁹ CGCOM, *Declaración de la Comisión Central de Deontología de la OMC*, OMC, Madrid, 2016, p. 1, disponible en: <https://tinyurl.com/p599un4f>.

¹⁰⁰ Comité de Bioética de España, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰¹ Gostin, Lawrence O., *op. cit.*, p. 41.

mente eficaces, las autoridades deben inclinarse por la de menor restricción/injerencia en la vida del ciudadano.¹⁰² Una opción frente a la vía coercitiva es la del incentivo, social o económico, puesta en marcha en varios países en relación con la vacunación sistémica;¹⁰³ por ejemplo, en España existe normativa autonómica/local que exige la cartilla vacunal del niño/a al día para su matriculación escolar.¹⁰⁴ Este incentivo parece ser avalado por los tribunales, pues la vacunación de “cada niño resulta sanitariamente recomendable para la salud de todos los componentes del grupo”,¹⁰⁵ y su exigencia da “respuesta cabal... al derecho constitucional a la protección de la salud”.¹⁰⁶ En esta misma línea, todos los estados en EE.UU. requieren la vacunación para poder acceder a la escuela, si bien cada uno tiene, o no, sus propias exenciones.¹⁰⁷

A contrario sensu, se ha planteado la posible responsabilidad de los poderes públicos por los daños derivados de una infección para la que no se había impuesto vacunación; en este sentido, el tribunal estimó que la vacunación obligatoria se dirigiría a “personas sujetas a una relación especial (por ejemplo, militares o personal sanitario)”, pues de hablarse de “ciudadanos en general” sólo cabría predicarse “para determinados viajes al extranjero”, “como condición para entrar en España” o “en una situación extraordinaria”.¹⁰⁸ Aludido el mundo laboral, ¿cabría imponer la vacunación en función de los riesgos laborales? El artículo 8.3 del Real Decreto 664/1997, del 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, y el artículo 6o. de la Orden ESS/1451/2013, del 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario, establecen que deben ponerse a disposición informada del trabajador las vacunas que existan para

¹⁰² Cierco Sieira, César, *op. cit.*, p. 214.

¹⁰³ Destaca la regulación australiana, que ha elevado las tasas de vacunación infantil mediante fuertes incentivos económicos, directos y reducciones fiscales: A New Tax System (Family Assistance) Act 1999, no. 80. Compilation no. 95, 1 January 2019.

¹⁰⁴ Por ejemplo, en Cataluña: <https://web.gencat.cat/es/temes/educacio/vull-portar-el-men-fill-a-l-lar-dinfants/proces-dinscripcio-i-matricula/> (consultado el 27 de abril de 2021).

¹⁰⁵ FJ 4o., STSJ La Rioja 222/2002, del 2 de abril, que respaldó dejar sin efecto la concesión de plaza en una guardería por no tener el menor al día la cartilla de vacunación.

¹⁰⁶ FJ 4o., STSJ Cataluña 4377/2000, del 28 de marzo.

¹⁰⁷ Bednarczyk, Robert A. *et al.*, “Current landscape of nonmedical vaccination exemptions in the United States: impact of policy changes”, *Expert Review of Vaccines*, vol. 18, no. 2, 2019, pp. 175-190, doi: 10.1080/14760584.2019.1562344.

¹⁰⁸ FJ 29o., Sentencia de la Audiencia Nacional 4184/2010, del 29 de septiembre.

domeñar los riesgos detectados ante una exposición biológica. Asimismo, el Protocolo ministerial, conforme al cual se realiza la vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos a riesgos biológicos, recomienda la vacunación en caso de carecer de inmunidad acreditada frente a determinadas enfermedades.¹⁰⁹ No obstante, el rechazo a la vacunación sólo es contemplado por dicho Protocolo, previéndose únicamente dejar constancia escrita en la ficha del trabajador, valorándose la declaración de “no apto” por parte del Servicio de Prevención. En todo caso, el valor de este Protocolo es el de mera recomendación, por lo que la falta de aptitud o la vacunación impuesta habría de ponderarse judicialmente.¹¹⁰ Sólo cabría abrir un procedimiento disciplinario de conformarse la vacunación como una obligación para los trabajadores sanitarios en situación de urgencia o necesidad, como parte de su deber de colaboración en materia de salud pública y laboral.¹¹¹ Ni siquiera se diferencia entre vacunas que sólo protegen a los profesionales¹¹² y aquellas que conjuran riesgos también para sus pacientes,¹¹³ y eso que el “principio *primun non nocere*... permite afirmar que la negativa... no parece aceptable desde una perspectiva ética”.¹¹⁴ Y ello contrasta tanto con la experiencia del pasado¹¹⁵ como con la experiencia comparada, ya que en países como EE. UU. se ha llegado a imponer la vacunación como condición anual de empleo.¹¹⁶ Quizá por una inadecuada percepción del riesgo,¹¹⁷ la experiencia

¹⁰⁹ Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, *Protocolo de vigilancia sanitaria específica para los/as trabajadores/as expuestos a agentes biológicos*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2001, pp. 42, 44 y 45, disponible en: <https://tinyurl.com/2zv3mrm3>.

¹¹⁰ CAV-AEP, *Manual de vacunas en línea de la Asociación Española de Pediatría*, Madrid, AEP, 2020, disponible en: <http://vacunasae.org/documentos/manual/manual-de-vacunas>.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² Comité de Bioética de España, *op. cit.*, p. 22.

¹¹³ El anteproyecto de la LGSP contenía la obligación de informar sobre su decisión de no vacunación a los pacientes, quienes podían decidir que no les atendiesen.

¹¹⁴ Comité de Bioética de España, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁵ Base 12a. de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, del 25 de noviembre de 1944, prohíbe a los leprosos “el ejercicio de profesiones o trabajos” con riesgo de transmisión.

¹¹⁶ Normas estatales promulgadas en el convencimiento de que diversos brotes de gripe eran atribuibles a personal sanitario no vacunado y de que éstos habían coadyuvado al agravamiento/muerte de pacientes, si bien varían en cuanto al personal sanitario al que se dirigen, exenciones y consecuencias: Stewart, Alexandra M. y Cox, Marisa A., “State law and influenza vaccination of health care personnel”, *Vaccines*, vol. 31, núm. 5, 2013, pp. 827-32, doi: [10.1016/j.vaccine.2012.11.063](https://doi.org/10.1016/j.vaccine.2012.11.063).

¹¹⁷ Doornekamp, Laura *et al.*, “Determinants of vaccination uptake in risk populations: a comprehensive literature review”, *Vaccines*, vol. 8, núm. 3, 2020, doi: [10.3390/vaccines8030480](https://doi.org/10.3390/vaccines8030480).

demuestra que la obligatoriedad resulta más efectiva que la accesibilidad y la comodidad,¹¹⁸ siendo esa la senda que parece seguirse.¹¹⁹ Ahora bien, la imposición de vacunas puede tener por efecto el rechazo de la población a éstas. En tiempos de continua aparición de nuevas vacunas, la recomendación médica no puede tener la misma intensidad para todas, sino que debe ponderarse con base en la enfermedad que se pretende conjurar y del nivel de protección que confiere,¹²⁰ llegándose a la obligatoriedad sólo cuando la inmunidad de rebaño se viese comprometida¹²¹ (cuestionamiento en las vacunas anti-COVID).¹²²

La desatención a la dimensión colectiva del derecho a la salud responde al momento histórico en el que se forjó, coincidente con la eclosión del Estado de bienestar, cuando habían quedado en el olvido las mortales epidemias.¹²³ El coronavirus le ha devuelto el protagonismo y ha reabierto el debate en torno a la vacunación obligatoria. Una interpretación flexible del concepto jurídico indeterminado de “urgencia” o “necesidad sanitaria” impediría imponer la vacunación tras decaer la epidemia.¹²⁴ Sin embargo, en un mundo globalizado la vacunación masiva constituye un arma esencial para evitar una pandemia prevenible por esta vía, lo que confiere una naturaleza global a nuestras responsabilidades colectivas e individuales.¹²⁵ La protección universal puede hacer que el principio de beneficencia se imponga al de autonomía¹²⁶ y se considere justa su obligatoriedad,¹²⁷ o, al menos, el establecimiento de incentivos

¹¹⁸ Quan, Kathleen *et al.*, “Voluntary to mandatory: evolution of strategies and attitudes toward influenza vaccination of healthcare personnel”, *Infection Control and Hospital Epidemiology*, vol. 33, núm. 1, pp. 63-70, doi: [10.1086/663210](https://doi.org/10.1086/663210).

¹¹⁹ Gallagher, Megan *et al.*, “Influenza vaccination and healthcare personnel compliance”, *Current Treatment Options in Infectious Disease*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 71-76, doi: [10.1007/s40506-020-00211-y](https://doi.org/10.1007/s40506-020-00211-y).

¹²⁰ CGCOM, *op. cit.*, pp. 2, 3 y 6.

¹²¹ CAV-AEP, *op. cit.*

¹²² Aschwanden, Christie, “Five reasons why COVID herd immunity is probably impossible”, *Nature*, 18 de marzo de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/umafatfz>.

¹²³ Cierco Sieira, César, *op. cit.*, p. 211.

¹²⁴ Comité de Bioética de España, *op. cit.*, p. 21.

¹²⁵ Cave, Emma, “Voluntary vaccination: the pandemic effect”, *Legal Studies (Society of Legal Scholars)*, vol. 37, núm. 2, 2017, pp. 279-304, doi: [10.1111/lest.12144](https://doi.org/10.1111/lest.12144).

¹²⁶ En similitud respecto al sarampión: Fadel, Mark, “360 years of measles: limiting liberty now for a healthier future”, *The Journal of Legal Medicine*, vol. 39, núm. 1, 2019, pp. 1-13, doi: [10.1080/01947648.2019.1568937](https://doi.org/10.1080/01947648.2019.1568937).

¹²⁷ SESPAS, *op. cit.*, p. 3.

sociales como en el acceso escolar¹²⁸ o al ocio, compaginados con campañas multifacéticas¹²⁹ que incluyesen puestos de vacunación también en los centros de trabajo.¹³⁰ Si se alude a la peliaguda dignidad humana, podríamos encontrar bastantes personas que considerarían más atentatorio el aislamiento como medida de salud pública,¹³¹ que la vacunación.

2. Pasaportes genéticos

Al hilo de su posicionamiento respecto a los pasaportes de inmunidad, el GTM expresó su temor a que éstos y otros documentos “limiten, hasta incluso anular, los derechos y las libertades individuales por razones biológicas o genéticas”.¹³² ¿Por qué alude a la cuestión genética? Quizá por el temor extendido a que los datos de salud se conviertan en la piedra angular del sistema, o quizá por la curiosidad que despiertan los estudios sobre contagiosidad/gravedad de la COVID en relación con los Rh y la genética. Por pasaporte genético se viene entendiendo un documento en el que se recogen los datos resultantes del análisis molecular y celular del genoma humano,¹³³ único para la persona por basarse en su ADN. De este modo, a partir de una pequeña cantidad de sangre/saliva/pelo/uña puede obtenerse información a partir de la cual adoptar desde una decisión médica hasta una opción de vida. Tradicionalmente, el ADN ha ofrecido la esperanza de obtener información valiosa para la predicción, prevención, diagnóstico y tratamiento de patologías. Ya se comercializan pasaportes genéticos para recién nacidos, fundamentalmente para su identificación como portador/a de enfermedades de fuerte componente genético, pero también para cuestiones más peliagudas como la resistencia al VIH-1.¹³⁴ Cualquiera puede pretender acceder a otros datos sanita-

¹²⁸ Paquette, Erin T., “In the wake of a pandemic: revisiting school approaches to non-medical exemptions to mandatory vaccination in the United States”, *The Journal of Pediatrics*, 20 de enero de 2021, doi: [10.1016/j.jpeds.2021.01.022](https://doi.org/10.1016/j.jpeds.2021.01.022).

¹²⁹ Schumacher, Sofie *et al.*, “Increasing influenza vaccination coverage in healthcare workers: a review on campaign strategies and their effect”, *Infection*, diciembre de 2020, pp. 1-13, doi: [10.1007/s15010-020-01555-9](https://doi.org/10.1007/s15010-020-01555-9).

¹³⁰ Así, los trabajadores esenciales en otros países: <https://tinyurl.com/2cb3svef>.

¹³¹ Caso de los enfermos de lepra. Cierco Sicira, César, *op. cit.*, p. 219.

¹³² GTM, *op. cit.*, p. 3.

¹³³ Genobiosis, “Genetic passport what is it, who needs it and how is it processed?”, disponible en: <https://genobiosis.com/en/blog/about-passport> (consultado el 27 de abril de 2020).

¹³⁴ Por ejemplo: <https://ivfrigastemcells.lv/en/useful-information/genetic-passport/>.

rios propios, como la reacción del organismo a la medicación¹³⁵ o la condición del sistema inmunológico (incluyendo virus y bacterias).¹³⁶ En los últimos tiempos asistimos a una expansiva comercialización de pruebas genéticas con fines no sanitarios, tales como relaciones familiares, origen étnico, fertilidad o nutrición,¹³⁷ pero también para la determinación del carácter, habilidades o talentos,¹³⁸ entre otros ámbitos del comportamiento.¹³⁹ En la medida en que el acceso a esta información y su tratamiento sean exclusivamente personales, la cuestión se reduce fundamentalmente a la validación de las pruebas y a su efectiva utilidad. Pero pensemos en el potencial que dicha información podría tener, por ejemplo, para los empleadores;¹⁴⁰ por ello, cuando esta información se pretende destinar a terceros, a las anteriores reservas se unen las de proporcionalidad y finalidades permisibles. Cada vez que esa información se plasme en un informe, cabe plantear el mismo debate que el originado en relación con los pasaportes de inmunidad o carnés de vacunación: ¿se debe optar por la prohibición o por la regulación?

La premisa es comprender que existen tres formas de pruebas genéticas:¹⁴¹ a) diagnósticas, que revelan enfermedades; b) de identificación como portador, que determinan si un individuo posee un determinado rasgo genético dominante/recesivo, asociado a un trastorno, c) y predictivas, que pretenden identificar un rasgo genético con mayor/menor probabilidad de desembocar en un trastorno de inicio tardío. En este ámbito, como ya viéramos en supuestos anteriores, existe un componente individual y otro social, aunque,

¹³⁵ Wouden, Cathelijne H. van der *et al.*, “Development of the PGx-Passport: a panel of actionable germline genetic variants for pre-emptive pharmacogenetic testing”, *Clinical Pharmacology and Therapeutics*, vol. 106, núm. 4, octubre de 2019, pp. 866-873, doi: [10.1002/cpt.1489](https://doi.org/10.1002/cpt.1489).

¹³⁶ Wilson, Richard, “DNA sequencing can give everyone a genetic passport”, *Electronic Weekly*, 26 de enero de 2017, disponible en: <https://tinyurl.com/3nnrudf7>.

¹³⁷ Por ejemplo, el “Nutripass” determinaría las necesidades de cada persona para elaborar una dieta personalizada “to postpone the onset of some diseases and to live healthier”: <https://genepredictis.com/products-services-2/products-services/>.

¹³⁸ Genobiosis, *op. cit.*

¹³⁹ Por ejemplo, el “Genetic Passport IQ” mostraría el coeficiente intelectual determinado por el ADN: <https://www.geneticpassport.org>.

¹⁴⁰ Por todo ello, el Protocolo 108 a la Convención para la Protección de los Datos Personales Procesados Automáticamente incluye explícitamente los datos genéticos como datos sensibles, y en el ámbito de la UE, el artículo 9o. del RGPD los reconoce como una categoría especial de datos personales.

¹⁴¹ Fulda, Kim G. y Lykens, Kristine, “Ethical issues in predictive genetic testing: a public health perspective”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 32, núm. 3, 2006, pp. 143-147, doi: [10.1136/jme.2004.01027](https://doi.org/10.1136/jme.2004.01027).

a nuestro entender, no tan contrapuestas. En primer término, podemos plantearnos qué relación se entabla entre pruebas genéticas y salud pública. A nivel supranacional, el artículo 168.1 del TUE/TFUE, y a nivel nacional, el artículo 16.1 de la LGSP, establecen el derecho de las personas no sólo a la curación, sino también a la prevención de enfermedades y mejora de la salud, esperando de las autoridades sanitarias las acciones oportunas para la educación y promoción sanitaria de la población. A ello puede coadyuvar el integrar la genética en las políticas de salud pública rutinarias.¹⁴² Para la generación de este conocimiento se hace fundamental la creación de bancos de datos genéticos, a partir de los cuales se puede extraer el conocimiento poblacional preciso y, posteriormente, estudiar prevalencias e impactos. En este punto, destaca la reciente experiencia británica.¹⁴³ Como primera aplicación práctica de este conocimiento estaría el *screening*, es decir, la detección.¹⁴⁴ El artículo 20.1 de la LGSP ya reconoce el papel de los cribados ofrecidos “activamente al conjunto de la población susceptible de padecer la enfermedad, aunque no tenga síntomas ni haya demandado ayuda médica”, si bien sólo contempla los cribados orientados “a la detección precoz de la enfermedad, su diagnóstico y tratamiento temprano”. En el diseño e implementación de estos programas de salud pública creemos que debemos resaltar los principios de pertinencia, el recurso a los cribados debe corresponder a la magnitud de las enfermedades que se pretenden atajar conforme a criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad (apartado c); precaución, el recurso a los cribados debe darse en caso de “indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica” (apartado d), y transparencia, la información relativa a los cribados debe ser “clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos” (apartado f) del artículo 3o. de la LGSP). Así, podrían realizarse cribados genéticos cuando exista un tratamiento eficaz para una etapa previa a la aparición de los primeros síntomas y del diagnóstico clínico.¹⁴⁵ Pero la salud pública ha de tener

¹⁴² Khoury, Muin J. *et al.* (eds.), *Genetics and public health in the 21st century: using genetic information to improve health and prevent disease*, New York, Oxford University Press, 2000.

¹⁴³ En septiembre de 2019, Reino Unido lanzó un proyecto por el que pretende secuenciar el código genético de 500.000 voluntarios para su Biobanco con el fin de avanzar en la prevención, diagnóstico y tratamiento de numerosas de enfermedades mortales/crónicas. Government of United Kingdom, “World’s largest genetics project to tackle deadly diseases launches”, 11 de septiembre de 2019, <https://tinyurl.com/85avk42y>.

¹⁴⁴ Gostin, Lawrence O., *op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁵ Holtzman, Neil A., “Is public health ready for genetics?”, *Archives of pediatrics & adolescent medicine*, vol. 155, núm. 2, 2001, pp. 117 y 118, doi: 10.1001/archpedi.155.2.117.

también un fuerte componente preventivo,¹⁴⁶ lo que se traduce en acciones de las autoridades sanitarias para evitar lesiones/enfermedades, superando la concepción tradicional de la medicina como restablecimiento de la salud.¹⁴⁷ Por ello, creemos que un conocimiento genético, sustentado en una educación suficiente como para entender el alcance y sentido de estas pruebas, permitiría el desarrollo de cribados, no sólo para la detección precoz, sino también para una valoración predictiva¹⁴⁸ orientada hacia una promoción individual de la salud. Y ello desde una perspectiva puramente teleológica, en cuanto al derecho de cada persona a “acceder a la prevención sanitaria”,¹⁴⁹ y en términos de eficiencia, en la medida en que el costo de las pruebas genéticas debe confrontarse con todos los gastos médicos que se vienen destinando, por ejemplo, a un diagnóstico correcto,¹⁵⁰ a un tratamiento farmacológico eficaz o a una estrategia preventiva individual/colectiva.¹⁵¹ Salvo para el caso de enfermedades crónicas y comunes, en el que prima el principio de solidaridad, el cribado poblacional genético sólo debería aplicarse si el beneficio social supera a la carga.¹⁵²

No obstante, existe un país que ha hecho de los pasaportes genéticos una política nacional. Rusia ha decretado, bajo el paraguas de la “seguridad química y biológica nacional”,¹⁵³ la obligatoriedad de que todos sus ciudadanos

¹⁴⁶ Apartados 1 y 3 del artículo 6.1 de la LGS y artículo 11.2 de la Ley 16/2003, del 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, a la hora de desglosar las prestaciones de la salud pública.

¹⁴⁷ Gostin, Lawrence O., *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁸ Khoury, Muin J. *et al.*, “Population screening in the age of genomic medicine”, *The New England Journal of Medicine*, núm. 348, 2003, pp. 50-58, doi: [10.1056/NEJMra013182](https://doi.org/10.1056/NEJMra013182).

¹⁴⁹ Artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016/C 202/02).

¹⁵⁰ Wilson, Richard, *op. cit.*

¹⁵¹ Grann, Victor R. *et al.*, “RE: The genetic passport”, *American Journal of Epidemiology*, vol. 149, núm. 2, 1999, p. 198, doi: [10.1093/oxfordjournals.aje.a009787](https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.aje.a009787).

¹⁵² Fulda, Kim G. y Lykens, Kristine, *op. cit.*, pp. 143-147: ello se traduce en valorar la “intensidad” del dolor, reducida gracias a la intervención temprana; la “duración” de los síntomas, que también minoraría a través de aquélla; la “certeza”, cuantificada en términos de probabilidad; la “propinquidad”, pudiéndose actuar para retrasar la aparición de los síntomas; la “pureza”, pudiendo esa actuación aumentar la calidad de vida, y la “extensión”, apoyando una toma de decisiones, que puede prevenir la transmisión de la característica genética.

¹⁵³ Rusia pretende hacer del pasaporte genético una herramienta más de su política de seguridad nacional, la cual dice destinarse a la protección de la su población y medio ambiente del impacto de factores químicos y biológicos peligrosos, apostando por el monitoreo de dichos riesgos y la cooperación internacional en este ámbito.

cuenten con un pasaporte genético para 2025,¹⁵⁴ si bien será la normativa de desarrollo la que concretará el tipo de datos que contendrá. Se espera que dicho desarrollo siga dos vías diferentes: perseguir únicamente una finalidad de identificación personal (fundamentalmente para la prevención/investigación criminal, la búsqueda de desaparecidos y la identificación de cuerpos)¹⁵⁵ y étnica,¹⁵⁶ o detallar además concretas características del individuo, incluyendo temas de salud. De hecho, la primera aplicación “laboral” estaría en un pasaporte genético específico para el soldado ruso, el cual permitiría que cada soldado fuese asignado a la rama militar más adecuada en atención a su predisposición y resistencia genética frente al estrés,¹⁵⁷ conforme a una ideación cibernética de las guerras del futuro.¹⁵⁸ También es una realidad próxima que todo el mundo disponga de un pasaporte genético que identificará genes nocivos y susceptibilidades;¹⁵⁹ por el momento, ya se ofrecen pruebas directas al consumidor con la promesa de guiar el futuro educativo y profesional de los niños.¹⁶⁰ El debate público debe determinar qué tipo de sociedad queremos construir,¹⁶¹ pero ya es observable cómo las brutales ventajas que pueden obtenerse a partir del conocimiento genético son empujadas por el temor a la discriminación.¹⁶² El pasaporte genético representaría, al menos, la bondad de permitir una medicina mucho más personalizada, pero también la preocupación de incrementar la vigilancia y

¹⁵⁴ Decree of 11 March 2019 no. 9 on the fundamentals of the state policy of the Russian Federation in the area of chemical and biological safety.

¹⁵⁵ Federal Law of 3 December 2008 no. 242-FZ on State Genomic Registration.

¹⁵⁶ Kornienko, Igor V. *et al.*, “Prospects of genetic passport system in the Russian Federation”, en Troitsky, Aleksey y Rusin, Leonid (eds.), *Molecular Phylogenetics*, Moscow, Torus Press, 2018, p. 78.

¹⁵⁷ Vedyashkin, Sergei y Moskva News Agency, “Russian military seeks upper hand with «genetic passport» for soldiers, top scientist says”, *The Moscow Times*, 7 de junio de 2019, disponible en: <https://tinyurl.com/mf5nj84f>.

¹⁵⁸ Doffman, Zak, “Russia will genetically test soldiers to identify the best fighters and thinkers”, *Forbes*, 8 de junio de 2019, disponible en: <https://tinyurl.com/u9cft3sr>.

¹⁵⁹ Oduncu, Fuat S., “The role of non-directiveness in genetic counseling”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 5, núm. 1, 2002, pp. 53-63, doi: 10.1023/a:1014289418443.

¹⁶⁰ Por ejemplo: <https://www.geneticpassport.com.tr/egitim>.

¹⁶¹ Williams, Nigel, “Gene passport prospects raise concerns”, *Current Biology*, vol. 13, núm. 7, R255, 2003, doi: 10.1016/S0960-9822(03)00190-8.

¹⁶² Modan, Baruch, “The genetic passport”, *American Journal of Epidemiology*, vol. 147, núm. 6, 1998, p. 513, disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.aje.a009481>.

el control social¹⁶³ y generar una “genetic underclass”.¹⁶⁴ De hecho, el pasaporte genético evocaría en el pensamiento danés el recuerdo de la II Guerra Mundial y la ocupación nazi, cuyos líderes tuvieron mayor facilidad para las deportaciones masivas gracias al alto grado de orden y documentación del país.¹⁶⁵ La historia reciente ya nos muestra experiencias previas de diferenciación por causa genética, tanto en el ámbito de la salud pública¹⁶⁶ como en el campo laboral,¹⁶⁷ y efectivamente la información genética tendría una singularidad propia frente a otra información médica que la conformaría en una causa propia de discriminación. Aunque algunos autores consideran que no existe una diferenciación tan radical como para exigir pautas especiales en cuanto a consentimiento informado e intimidación,¹⁶⁸ otros entienden que presenta impacto expansivo por cuanto puede afectar a los familiares, causar estigmatización y condicionar las decisiones del individuo.¹⁶⁹ A nuestro entender, en la medida en que nos movamos en el campo de la medicina preventiva/predictiva, los pacientes pueden verse aquejados de la misma amenaza discriminatoria (sospecha o probabilidad de desarrollo futuro de una enfermedad) y presión psicológica (angustia que impulse la adopción de decisiones). Por otra parte, se puede pretender tomar decisiones sobre la base de una constitución genética presumida a partir de características personales, causas tradicionales de discriminación, como el género o el origen racial/étnico). Por ello, los instrumentos jurídicos internacionales se han preocupado expresamente por proscribir esta nueva forma de discrimina-

¹⁶³ Taussig, Karen S., *Ordinary genomes: science, citizenship, and genetic identities*, Durham-London, Duke University Press, 2009, p. 8.

¹⁶⁴ Williams, Nigel, *op. cit.*

¹⁶⁵ Taussig, Karen S., *op. cit.*, pp. 4, 53 y ss.

¹⁶⁶ Fulda, Kim G. y Lykens, Kristine, *op. cit.*, pp. 143-147: En los setenta varios estados de EE.UU. obligaron a los niños afroamericanos a someterse a pruebas genéticas para identificar a los portadores de la enfermedad de células falciformes, e informarles sobre los riesgos de tener hijos con otro portador; padecer la enfermedad o ser portador no impedía al niño entrar en la escuela, pero sí la negativa a someterse a la prueba.

¹⁶⁷ Gottlieb, Scott, “US employer agrees to stop genetic testing”, *BMJ*, vol. 322, núm. 7284, 24 de febrero de 2001, p. 449, disponible en: <https://doi.org/10.1136/bmj.322.7284.449/a>: a comienzos del milenio, se cerró mediante acuerdo por \$2,2 millones el caso judicial contra la Burlington Northern Santa Fe Railroad Company, que ocultó a sus empleados la realización de pruebas genéticas para identificar la predisposición a padecer el síndrome del túnel carpiano.

¹⁶⁸ Green, Michael J. y Botkin, Jeffrey R., “«Genetic exceptionalism» in medicine: clarifying the differences between genetic and nongenetic tests”, *Annals of Internal Medicine*, vol. 138, núm. 7, 2003, pp. 571-5, doi: 10.7326/0003-4819-138-7-200304010-00013.

¹⁶⁹ Fulda, Kim G. y Lykens, Kristine, *op. cit.*, pp. 143-147.

ción¹⁷⁰ y los ordenamientos nacionales comienzan a abordar esta cuestión en profundidad.¹⁷¹

En el ámbito laboral, el temor a esta discriminación podría traducirse en la identificación de aquellos que no son “buenos” para determinados trabajos.¹⁷² Aunque el estado de la ciencia genética es aún muy incipiente como para tomar decisiones sobre la propia educación o profesión, quizá puedan explorarse otras opciones. La promoción de la salud pública debe prestar especial atención a varios ámbitos, entre ellos el laboral (apartado 2 del artículo 16 de la LGSP); de hecho, la LGSP ya contempla la detección precoz de enfermedades durante los reconocimientos laborales (artículo 21.1), así como la realización de cribados ocupacionales (artículo 20.4), si bien sólo los “estrictamente” conectados a los “los riesgos específicos y enfermedades derivadas del trabajo”. Si apostamos por la utilización de la ciencia genética en el campo de la salud pública, no deberíamos rechazarla sin más en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, pues también allí aportaría bondades: permitiría una mejor comprensión de la etiología de las enfermedades profesionales, el monitoreo genético conformaría otra vigilancia de la salud basada en biomarcadores, y podrían abordarse predicciones y susceptibilidades individuales ante una enfermedad profesional.¹⁷³ No pensando en el beneficio social, sino en el concreto beneficio del trabajador,¹⁷⁴ el empresario podría tener en la genética una nueva vía para satisfacer su obligación de garantizar que los trabajadores, al momento de la inserción o de la reubicación, accedan a los entornos menos peligrosos para ellos,¹⁷⁵ y esta obligación le legitima indubitadamente para el tratamiento de los datos genéticos de salud.¹⁷⁶ La clave estaría en la confección de un pasaporte genético ocupacional; es decir, en limitar la información genética a disposición del servicio de prevención

¹⁷⁰ Así, el artículo 6o. de la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, del 11 de noviembre de 1997, y el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016/C 202/02).

¹⁷¹ Destaca el título II de la *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008* (USA).

¹⁷² Williams, Nigel, *op. cit.*

¹⁷³ Shulte, Paul A. y DeBord D. Gayle, “Public health assessment of genetic information in the occupational setting”, en Khoury, Muin J. *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁷⁴ Modan, Baruch, *op. cit.*, p. 199.

¹⁷⁵ Shulte, Paul A. y DeBord D. Gayle, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁷⁶ El artículo 9.2 del RGPD exceptúa de la prohibición de tratar datos de salud o médicos (apartado 1), el tratamiento “necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social”.

por cuanto sólo tendría legitimación para emplearse los datos genéticos que se conectasen a las enfermedades profesionales o a los riesgos propios de un puesto o lugar de trabajo. Por lo tanto, no cabría contar con un pasaporte estándar para cualquier empleo o tarea laboral, sino que debería establecerse uno *ad hoc* para cada puesto o lugar de trabajo. Creemos que los esfuerzos preventivos no acabarán centrándose en quienes presenten una constitución genética más propensa a los daños, obviando a quienes presenten un genoma más “resistente”,¹⁷⁷ pues los ordenamientos protegen a todos los trabajadores en igual medida; simplemente se trataría de abordar un nuevo supuesto de “especial sensibilidad” a los riesgos laborales, una singularidad preventiva. Se habría de determinar si un test genético permitiría disminuir el riesgo para el trabajador y si el beneficio que de ello obtendría sería superior a la amenaza potencial de la prueba.¹⁷⁸ Por eso, cuando el estado de la ciencia fuera más consistente, este sería un buen campo para el ejercicio de la autonomía personal, de modo que el recurso a la información genética se incardinase en la libertad del empleado o demandante de empleo, quien podría hacer primar su deseo de conocimiento sobre sus miedos,¹⁷⁹ y así decidir si desean trabajar en un concreto entorno laboral.¹⁸⁰ Sería cuestionable impedir el acceso a la mejor información disponible cuando pretendemos tomar decisiones trascendentes,¹⁸¹ siempre que esa información sea lo suficientemente sólida como para adoptar decisiones traumáticas.¹⁸²

3. Pasaportes biológicos

Ya a principios de la pandemia se planteó un pasaporte sanitario en el ámbito laboral. PwC¹⁸³ lanzó un pasaporte sanitario digital a mediados de abril de

¹⁷⁷ Posibilidad argüida respecto al cáncer en: Modan, Baruch, *op. cit.*, p. 514.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 513.

¹⁷⁹ Fulda, Kim G. y Lykens, Kristine, *op. cit.*, pp. 143-147.

¹⁸⁰ Shulte, Paul A. y DeBord D. Gayle, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁸¹ Grann, Victor R. *et al.*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁸² Modan, Baruch, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

¹⁸³ Esta plataforma, como las ya mencionadas, se basa en una tecnología *blockchain* y en garantizar la protección de datos; el código QR generado tiene de innovador el constituir una solución integrada para las empresas, ya que abarca desde pruebas hasta protocolos internos, empleando la información que introducen los proveedores de la prueba y sometiénola a una verificación del estado del empleado, que también puede ser comprobada por fuerzas y cuerpos de seguridad, organismos públicos y “otras entidades privadas”, disponible en: <https://www.pwc.es/es/covid-19/pasaporte-sanitario-digital.html>.

2020, como fórmula para reincorporar a las personas a su vida laboral, conteniendo, al mismo tiempo, la expansión del virus. Destaca de este pasaporte que parte fundamental de su legitimación se hace recaer en la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, por lo que ejemplifica cómo se está trabajando en la generación de documentos que sustenten el tratamiento de datos de salud en sede laboral sin suscripción pandémica.

Más allá del contexto de la crisis sanitaria actual, la instrumentalización de la vigilancia de la salud de los trabajadores a través de este tipo de documentos tiene su experiencia más conocida en el ABP, el cual descansa en el establecimiento de biomarcadores, así como de un rango de valores esperables en los módulos hematológicos, esteroides y endocrinos, a nivel personal, no poblacional, esto es, “el rango fisiológico esperado de un atleta”,¹⁸⁴ respecto a los que cualquier desviación puede ser atribuible al dopaje.¹⁸⁵ Actualmente se está proponiendo la inclusión de las métricas de rendimiento del atleta,¹⁸⁶ de modo que se genere un entorno de confianza respecto a su biología y fisiología,¹⁸⁷ desterrando dudas sobre la carrera de un deportista, para tranquilidad de empleadores, *sponsors*, entidades deportivas y afición. Pero, sobre todo, el ABP ha demostrado ser una buena herramienta antidopaje, ya que, pese a arrojar evidencias indirectas del uso de sustancias o métodos prohibidos,¹⁸⁸ tiene asociado un sistema de responsabilidad disciplinaria.¹⁸⁹

La lucha personalizada contra el dopaje tendría su siguiente escalón en la inclusión de datos genéticos en el ABP, no sólo para asegurar la identificación de los deportistas y sus muestras, sino también para sustentar la respuesta

¹⁸⁴ Schneider, Angela J. *et al.*, “Human genetic variation: new challenges and opportunities for doping control”, *Journal of Sports Sciences*, vol. 30, núm. 11, 2012, pp. 1117-1129, doi: 10.1080/02640414.2012.692480.

¹⁸⁵ Robinson, Neil *et al.*, “The athlete biological passport: how to personalize anti-doping testing across an athlete’s career?”, *Medicine and sport science*, núm. 62, 2017, pp. 107-118, doi: 10.1159/000460722.

¹⁸⁶ Menaspà, Paolo y Abbiss, Chris R., “Considerations on the assessment and use of cycling performance metrics and their integration in the athlete’s biological passport”, *Frontiers in Physiology*, 9 de noviembre de 2017, disponible en: <https://doi.org/10.3389/fphys.2017.00912>.

¹⁸⁷ Tucker, Ross y Dugas, Jonathan, “How to Fight Doping in Sports”, *The New York Times*, 1o. de agosto de 2015, disponible en: <https://tinyurl.com/3mpxcxbr>.

¹⁸⁸ Saugy Martial y Leuenberger, Nicolas, “Antidoping: From health tests to the athlete biological passport”, *Drug testing and analysis*, 28 de junio de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1002/dta.2773>.

¹⁸⁹ Agencia Mundial Antidopaje, Código Mundial Antidopaje, Montreal, 2021.

particular de éstos ante distintos agentes externos.¹⁹⁰ El ABP “tradicional” ya planteaba la problemática sobre cómo y a quién comunicar los hallazgos incidentales, a lo que el genotipado sumaría el temor a alimentar prejuicios contra ciertos colectivos, así como las restricciones propias de la recopilación y tratamiento de datos de salud en clave de genética ocupacional.¹⁹¹ Por lo tanto, vemos cómo la salud ocupacional avanza, también en el terreno del deporte de élite, hacia la asunción del conocimiento genético. A ello apuntan los propios cuerpos normativos que regulan el tratamiento de datos personales al abrir la vía para el uso no sólo de los datos de salud, sino también genéticos, en el ámbito laboral (por ejemplo, el artículo 9.2 del RGPD).

V. CONCLUSIONES

La pandemia por coronavirus ha puesto en primera plana el debate en torno a documentos, portadores de datos de salud, a partir de los cuales adoptar decisiones, no ya del propio individuo, sino de terceros. Dos años de crisis han colocado la vida social y las economías nacionales en una precariedad capaz de inclinar la balanza en favor de los pasaportes COVID. Así, Estados o entidades supranacionales han acabado por instrumentalizar estos documentos como medio de equilibrar la protección de la salud pública y un mayor o menor ejercicio de libertades que se habían visto mucho más restringidas en etapas previas de la pandemia. Al documentar estos pasaportes el estado de inmunidad, adquirida por vacunación y/o por superación de la enfermedad, se ha criticado lo que de discriminatorio pudieran tener. Sin embargo, una ponderada adecuación de los intereses en juego, unido al predicado carácter urgente y temporal de la situación, han terminado por poner el acento en la evitación de perversiones y en las garantías antidiscriminatorias, en detrimento de los temores.

Esta traumática experiencia que hoy vivimos ha evocado la problemática tradicional en torno a los carnés de vacunación. La vacuna frente al coronavirus y los consiguientes pasaportes de serología nos enfrentan a la necesidad de hacer un balance del presente, pero también del pasado, para adquirir un bagaje capaz de proyectarse hacia el futuro. Los brotes de viejas enfermeda-

¹⁹⁰ Schneider, Angela J. *et al.*, *op. cit.*, pp. 1117-1129.

¹⁹¹ Devriendt, Thijs *et al.*, “The athlete biological passport: challenges and possibilities”, *International Journal of Sport Policy and Politics*, vol. 11, núm. 2, 2020, pp. 315-324, doi: 10.1080/19406940.2019.1612459.

des ya controladas mediante la vacunación y la amenaza de futuribles pandemias ponen en solfa las políticas de mera promoción de las vacunas recomendadas. De hecho, encontramos indicios que apuntan hacia el establecimiento de políticas coercitivas como medio de salvaguardar la salud de terceros, al menos cuando se trate de trabajadores esenciales, en general, o sanitarios, en particular. Igualmente, esta situación nos recuerda la necesidad de retomar con seriedad el debate científico, político y social en torno a los pasaportes biológicos, especialmente cuando contuvieran información genética. Se debe ponderar la evidencia científica, el equilibrio entre riesgos y beneficios sociales, los términos en los cuales exigir un consentimiento informado y, en su caso, la adecuación de un consejo genético, siendo aconsejable la aprobación de las regulaciones precisas y la publicación de buenas prácticas. La comercialización directa al consumidor de productos que carecen de los debidos controles muestra que, una vez más, los ordenamientos van por detrás de la realidad social. El mundo laboral es el ámbito donde mayores recelos despiertan estos planteamientos, pero el temor a la discriminación y a la conculcación de la intimidad y los datos personales no puede llevarnos al negacionismo ni a la paralización. El ordenamiento internacional muestra la conveniencia de apostar por la regulación, reforzando y adecuando las garantías existentes. Especialmente el mundo del deporte muestra cómo la información de salud y genética puede emplearse en beneficio del propio individuo, pudiéndose aprovechar los conocimientos científicos en clave de salud ocupacional y autonomía personal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ASCHWANDEN, Christie, “Five reasons why COVID herd immunity is probably impossible”, *Nature*, 18 de marzo de 2021, disponible en: <https://tinyurl.com/umafatfz>.
- BEDNARCZYK, Robert A. *et al.*, “Current landscape of nonmedical vaccination exemptions in the United States: impact of policy changes”, *Expert Review of Vaccines*, vol. 18, núm. 2, 2019, doi: [10.1080/14760584.2019.1562344](https://doi.org/10.1080/14760584.2019.1562344).
- BROWN, Rebecca C.H. *et al.*, “Passport to freedom? Immunity passports for COVID-19”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 46, 2020, doi:[10.1136/me-ethics-2020-106365](https://doi.org/10.1136/me-ethics-2020-106365).

- CAV-AEP, *Manual de vacunas en línea de la Asociación Española de Pediatría*, Madrid, AEP, 2020, disponible en: <http://vacunasaeop.org/documentos/manual/manual-de-vacunas>.
- CAVE, Emma, “Voluntary vaccination: the pandemic effect”, *Legal Studies (Society of Legal Scholars)*, vol. 37, núm. 2, 2017, doi: 10.1111/lest.12144.
- CIERCO SIEIRA, César, “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 2, disponible en: <https://tinyurl.com/svmb5n4>.
- DEVRIENDT, Thijs *et al.*, “The athlete biological passport: challenges and possibilities”, *International Journal of Sport Policy and Politics*, vol. 11, núm. 2, 2020, doi: 10.1080/19406940.2019.1612459.
- DOORNEKAMP, Laura *et al.*, “Determinants of vaccination uptake in risk populations: a comprehensive literature review”, *Vaccines*, vol. 8, núm. 3, 2020, doi: 10.3390/vaccines8030480.
- FADEL, Mark, “360 years of measles: limiting liberty now for a healthier future”, *The Journal of Legal Medicine*, vol. 39, núm. 1, 2019, doi: 10.1080/01947648.2019.1568937.
- FULDA, Kim G. y LYKENS, Kristine, “Ethical issues in predictive genetic testing: a public health perspective”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 32, núm. 3, 2006, doi: 10.1136/jme.2004.01027.
- GALLAGHER, Megan *et al.*, “Influenza vaccination and healthcare personnel compliance”, *Current Treatment Options in Infectious Disease*, vol. 12, núm. 1, 2020, doi: 10.1007/s40506-020-00211-y.
- GERVÁS, Juan, “España. Obligatoriedad de la vacunación para la inscripción en las escuelas infantiles-guarderías”, *Acta Sanitaria*, 9 de marzo de 2019, disponible en: <https://tinyurl.com/4u5mcjfp>.
- GOSTIN, Lawrence O., “A theory and definition of public health law”, *O’Neill Institute Papers*, núm. 8, 2008, disponible en: https://scholarship.lam.georgetown.edu/ois_papers/8
- GOTTLIEB, Scott, “US employer agrees to stop genetic testing”, *BMJ*, vol. 322, núm. 7284, 24 de febrero de 2001, disponible en: <https://doi.org/10.1136/bmj.322.7284.449/a>.
- GRANN, Victor R. *et al.*, “RE: The genetic passport”, *American Journal of Epidemiology*, vol. 149, núm. 2, 1999, doi: 10.1093/oxfordjournals.aje.a009787.

- GREEN, Michael J. y BOTKIN, Jeffrey R., “«Genetic exceptionalism» in medicine: clarifying the differences between genetic and nongenetic tests”, *Annals of Internal Medicine*, vol. 138, núm. 7, 2003, doi: 10.7326/0003-4819-138-7-200304010-00013.
- GRONVALL, Gigi *et al.*, “Developing a national strategy for serology (antibody testing) in the United States”, *Johns Hopkins University*, 22 de abril de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/nt3c7uuj>.
- HOLTZMAN, Neil A., “Is public health ready for genetics?”, *Archives of pediatrics & adolescent medicine*, vol. 155, núm. 2, 2001, doi: 10.1001/archpedi.155.2.117.
- HUANG, Angkana T. *et al.*, “A systematic review of antibody mediated immunity to coronaviruses: antibody kinetics, correlates of protection, and association of antibody responses with severity of disease”, *medRxiv: the preprint server for health sciences*, 17 de abril de 2020, doi: 10.1101/2020.04.14.20065771.
- IENCA, Marcello y VAYENA, Effy, “On the responsible use of digital data to tackle the COVID-19 pandemic”, *Nature Medicine*, vol. 26, 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41591-020-0832-5>.
- KENNEDY, Jonathan, “Populist politics and vaccine hesitancy in Western Europe: an analysis of national-level data”, *European Journal of Public Health*, vol. 29, núm. 3, junio de 2019, disponible en: <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckz004>.
- KHOURY, Muin J. *et al.*, “Population screening in the age of genomic medicine”, *The New England Journal of Medicine*, núm. 348, 2003, doi: 10.1056/NEJMra013182.
- KHOURY, Muin J. *et al.* (eds.), *Genetics and public health in the 21st century: using genetic information to improve health and prevent disease*, New York, Oxford University Press, 2000.
- KOFLER, Natalie y BAYLIS, Françoise, “Ten reasons why immunity passports are a bad idea”, *Nature*, vol. 581, 28 de mayo de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01451-0>.
- KORNIENKO, Igor V. *et al.*, “Prospects of genetic passport system in the Russian Federation”, en TROITSKY, Aleksey y RUSIN, Leonid (eds.), *Molecular Phylogenetics*, Moscow, Torus Press, 2018.
- MALLAPATY, Smriti, “Will coronavirus antibody tests really change everything?”, *Nature*, vol. 580, 30 de abril de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01115-z>.

- MENASPÀ, Paolo y ABBISS, Chris R., “Considerations on the assessment and use of cycling performance metrics and their integration in the athlete’s biological passport”, *Frontiers in Physiology*, 9 de noviembre de 2017, disponible en: <https://doi.org/10.3389/fphys.2017.00912>.
- MODAN, Baruch, “The genetic passport”, *American Journal of Epidemiology*, vol. 147, núm. 6, 1998, disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.aje.a009481>.
- MONTAÑO REMACHA, Carmen *et al.*, “Brotos epidémicos de sarampión en Andalucía durante el periodo 2010-2015”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 89, núm. 4, julio-agosto de 2015, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4321/S1135-57272015000400009>.
- NANICHE, Denise, “¿Es el pasaporte de inmunidad una opción adecuada para la estrategia de desconfinamiento?”, ISGLOBAL, *Serie: COVID-19 y estrategia de respuesta*, núm. 9, Barcelona, 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/4jwb3en2>.
- ODUNCU, Fuat S., “The role of non-directiveness in genetic counseling”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 5, núm. 1, 2002, doi: [10.1023/a:1014289418443](https://doi.org/10.1023/a:1014289418443).
- OLIVARIUS, Kathryn, “Immunity, capital, and power in antebellum New Orleans”, *The American Historical Review*, vol. 124, núm. 2, abril de 2019, disponible en: <https://doi.org/10.1093/ahr/rhz176>.
- PAQUETTE, Erin T., “In the wake of a pandemic: revisiting school approaches to non-medical exemptions to mandatory vaccination in the United States”, *The Journal of Pediatrics*, 20 de enero de 2021, doi: [10.1016/j.jpeds.2021.01.022](https://doi.org/10.1016/j.jpeds.2021.01.022).
- PHELAN, Alexandra L., “COVID-19 immunity passports and vaccination certificates: scientific, equitable, and legal challenges”, *The Lancet Journal*, vol. 395, núm. 10237, 23 de mayo de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1016/>.
- QUAN, Kathleen *et al.*, “Voluntary to mandatory: evolution of strategies and attitudes toward influenza vaccination of healthcare personnel”, *Infection Control and Hospital Epidemiology*, vol. 33, núm. 1, doi: [10.1086/663210](https://doi.org/10.1086/663210).
- RHYMER, Wendy y SPEARE, Rick, “Countries’ response to WHO’s travel recommendations during the 2013-2016 Ebola outbreak”, *Bulletin of the World Health Organisation*, vol. 95, núm. 1, 2017, doi: [10.2471/BLT.16.171579](https://doi.org/10.2471/BLT.16.171579).

- ROBINSON, Neil *et al.*, “The athlete biological passport: how to personalize anti-doping testing across an athlete’s career?”, *Medicine and sport science*, núm. 62, 2017, doi: [10.1159/000460722](https://doi.org/10.1159/000460722).
- RODRÍGUEZ, Guillermo, “El futuro de la ciencia siempre está por hacer y con la COVID-19 iremos hacia el pasaporte biológico individualizado”, *Farmaespaña Industrial*, 17 de noviembre de 2020, disponible en: <https://tinyurl.com/3n6x8uet>.
- SAUGY, Martial y LEUENBERGER, Nicolas, “Antidoping: From health tests to the athlete biological passport”, *Drug testing and analysis*, 28 de junio de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1002/dta.2773>.
- SCHNEIDER, Angela J. *et al.*, “Human genetic variation: new challenges and opportunities for doping control”, *Journal of Sports Sciences*, vol. 30, núm. 11, 2012, doi: [10.1080/02640414.2012.692480](https://doi.org/10.1080/02640414.2012.692480).
- SCHUMACHER, Sofie *et al.*, “Increasing influenza vaccination coverage in healthcare workers: a review on campaign strategies and their effect”, *Infection*, diciembre de 2020, doi: [10.1007/s15010-020-01555-9](https://doi.org/10.1007/s15010-020-01555-9).
- STEWART, Alexandra M. y COX, Marisa A., “State law and influenza vaccination of health care personnel”, *Vaccine*, vol. 31, núm. 5, 2013, doi: [10.106/j.vaccine.2012.11.063](https://doi.org/10.106/j.vaccine.2012.11.063).
- TAUSSIG, Karen S., *Ordinary genomes: science, citizenship, and genetic identities*, Durham-London, Duke University Press, 2009.
- WILLIAMS, Nigel, “Gene passport prospects raise concerns”, *Current Biology*, vol. 13, núm. 7, R255, 2003, doi: [10.1016/S0960-9822\(03\)00190-8](https://doi.org/10.1016/S0960-9822(03)00190-8).

LOS SÍMBOLOS Y LA VESTIMENTA DE CARÁCTER RELIGIOSO EN LA RELACIÓN LABORAL*

SYMBOLS AND CLOTHING OF A RELIGIOUS
CHARACTER IN THE WORK RELATIONSHIP

SYMBOLES ET VÊTEMENTS DE CARACTÈRE
RELIGIEUX DANS LA RELATION DE TRAVAIL

María del Carmen AGUILAR DEL CASTILLO**

RESUMEN: El respeto por el uso de símbolos o vestimentas de contenido religioso no genera una respuesta pacífica en la sociedad, ya sea en ámbitos públicos como en privados. En estos últimos, en la relación laboral, el conflicto se evidencia en forma de discriminación indirecta que ha de ser resuelta en favor del derecho y no de sus límites; para ello, con las distintas técnicas interpretativas se intenta buscar un equilibrio entre el derecho de libertad religiosa y el derecho de empresa en el que no siempre ceda el primero en beneficio del segundo.

Palabras claves: Símbolos y vestimenta, libertad religiosa, discriminación indirecta, principio de proporcionalidad, técnica de acomodo razonable.

ABSTRACT: Respect for the use of symbols or clothing with religious content does not generate a peaceful response in society, whether in

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social” (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479).

** Desde 1990, la autora del artículo ha compaginado la docencia, la investigación, gestión universitaria y transferencia del conocimiento. Respecto a la primera, ha impartido clases en grado y postgrado —Doctorado y Másteres, como Prevención de Riesgos Laborales, Gestión Integral de la Seguridad, Seguridad Integral en la Construcción, Políticas de Desarrollo Local etcétera, todas ellas materias vinculadas a la rama del derecho del trabajo y de la seguridad social—.



public or private spheres. In the latter, in the labor relationship, the conflict is evidenced in the form of indirect discrimination that has to be resolved in favor of the right and not its limits, for this, with the different interpretive techniques an attempt is made to find a balance between the right to freedom religious and business law in which the former does not always yield to the benefit of the latter.

Key words: Symbols and clothing, religious freedom, indirect discrimination, principle of proportionality, reasonable accommodation technique.

RÉSUMÉ: Le respect de l'utilisation de symboles ou de vêtements à caractère religieux ne génère pas de réponse pacifique dans la société, que ce soit dans les sphères publiques ou privées. Dans ce dernier, dans la relation de travail, le conflit se manifeste sous la forme d'une discrimination indirecte qui doit être résolue en faveur du droit et non de ses limites, pour cela, avec les différentes techniques d'interprétation on tente de chercher un équilibre entre le droit à la liberté religieuse et le droit des sociétés dans lequel le premier ne cède pas toujours au profit du second.

Mots-Clés: Symboles et vêtements, liberté religieuse, discrimination indirecte, principe de proportionnalité, technique d'aménagement raisonnable.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de libertad religiosa y sus límites.* III. *El derecho de libertad religiosa y la relación laboral.* IV. *El derecho de libertad religiosa como límite del derecho de libertad de empresa.* V. *La aplicación de los cánones interpretativos al ejercicio del derecho de libertad religiosa.* VI. *La flexibilización de las condiciones de trabajo como instrumento de garantía del ejercicio de los derechos fundamentales.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Hablar del derecho de libertad religiosa implica referirse a una pluralidad de creencias y credos que viene determinada por la comunidad en la que se vive. Estadísticamente se podrían extraer datos relacionados con el porcentaje de miembros de una determinada religión, los practicantes activos de éstas o cuáles son los sectores de producción en los que están más o menos representados, así como cualquier otro ítem que al promotor de la encuesta pudiera serle interesante o necesario. Pero lo cierto es que,

por muchos datos que se obtengan, la estadística siempre estaría incompleta debido a que este derecho forma parte de la libertad de conciencia del individuo y, en una sociedad democrática, no se le puede compeler a manifestar sus creencias.

Se trata de un derecho que pertenece al foro interno del sujeto, por lo que sólo podemos identificar a un individuo como perteneciente a un grupo si así lo manifiesta públicamente de palabra o con hechos. Una de las manifestaciones más claras sería la externalización de su credo a través de símbolos, vestimentas o indumentarias que tradicional y culturalmente se identifican con unas determinadas creencias o convicciones religiosas.

La convivencia entre los ciudadanos puede dar lugar a conflictos provenientes de la imposición de las creencias de la mayoría, de la intolerancia hacia las de los otros o la de una pretendida neutralidad, en la que para su garantía se anula, impide o limita toda manifestación externa del derecho de libertad religiosa. En cualquiera de los supuestos se trata de una limitación que sólo puede encontrar su justificación en la ley, en normas de orden público o en el ejercicio de otros derechos.

En un país como España, que se define como laico y en el que se proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades, así como la neutralidad del Estado,¹ la pregunta que habría que formularse es si la manifestación externa de un derecho como el de libertad religiosa no se ve compelida respecto al pluralismo ideológico y cultural de nuestra sociedad.

La respuesta viene dada por la propia Constitución que en su artículo 16 reconoce el derecho de libertad religiosa tanto en su vertiente positiva, el respeto pleno a su ejercicio sea cual sea la religión profesada por el individuo, como en su vertiente negativa, la prohibición expresa de exigir al alguien la pertenencia a una determinada confesión o a la manifestación externa de su pertenencia a ella. En desarrollo del ejercicio de este derecho, el artículo 2.1 de la LO 7/1980 sobre libertad religiosa establece que

...la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus

¹ STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 7, Pérez Álvarez, S, “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?, *Revista Foro*, nueva época, núm. 13, 2011, pp. 153 y 154.

propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.²

El ámbito subjetivo³ del derecho de libertad religiosa hace que desde un punto de vista jurídico se tenga que diferenciar entre su dimensión interna y externa. La primera garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias, es decir, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual.⁴ Según la sentencia del TEDH, del 15 de enero de 2013, del caso *Eweida contra el Reino Unido*, en su apartado 80 establece que la libertad religiosa es primordialmente una cuestión de pensamiento individual y de conciencia.

La manifestación externa de este derecho, de *agere licere*, es aquella que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros,⁵ con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales.⁶

La dimensión interna de la libertad religiosa no es de interés al derecho, en la medida en que la libertad de pensamiento, en la que se incluyen las creencias del individuo, forma parte de un espacio de autodeterminación intelectual, consustancial de la propia personalidad y dignidad del ser humano en la que la intervención del derecho no tiene cabida. Como señala el TS en su sentencia del 14 de febrero de 2013, FJ 8, la neutralidad del Estado es incompatible con cualquier tipo de iniciativa para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas. Esto implica, siguiendo la sentencia del TEDH del caso

² Esta acepción amplia del concepto de religión en el que se incluye su *fórum internum*, el hecho de tener convicciones, y su *fórum externum*, la manifestación pública de la fe religiosa, forma parte del derecho de libertad religiosa recogido en el Convenio Europeo de la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales (CEDH) adoptado en 1950, en la Carta Europea de Derechos Humanos (CEDH), así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007.

³ El ámbito objetivo del derecho de libertad religiosa del artículo 16 CE se refiere a la aconfesionalidad del Estado y al mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias, “introduciendo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales” y supone una declaración de neutralidad del Estado; por todas, STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

⁴ STC 177/1996, del 17 de diciembre, FJ 9; STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

⁵ SSTC 19/1985, del 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, del 27 de junio, FJ 10.

⁶ SSTC 166/1996, del 28 de octubre; 46/2001, del 15 de febrero, FJ 4. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), del 14 de febrero de 2013, FJ 9.

Eweida en su apartado 81, que el Estado no puede inmiscuirse en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa.

La dimensión externa sí genera ese interés, ya que faculta a su titular a actuar conforme a sus creencias y mantenerlas frente a terceros.⁷ La externalización de un sentimiento religioso a través de símbolos, vestimenta o cualquier elemento, forma parte de la libertad de conciencia del individuo,⁸ lo que implica que puede, si lo desea, adecuar su conducta a sus convicciones religiosas.⁹ El derecho ha de garantizar esta visibilidad, ya que es la que, culturalmente, permite identificar al sujeto como integrante de un grupo que profesa una confesión o credo determinado,¹⁰ y todo ello con independencia de si esa conducta responde al cumplimiento de un deber religioso. Lo realmente relevante en estos casos es que esa vestimenta o simbología utilizada es o puede ser la manifestación de una creencia religiosa y, por lo tanto, debe tratarse como un signo de ese carácter.¹¹

II. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y SUS LÍMITES

En nuestro país, la experiencia jurídica sobre las creencias religiosas en sus distintas manifestaciones es bastante limitada. La laicidad del Estado y la libertad religiosa traen como consecuencia una sociedad plural en la que la convivencia no siempre resulta pacífica.

⁷ Artículo 2.1 de la LO 7/1980, SSTC 177/1996, del 11 de noviembre, y 34/2011, del 28 de marzo, FJ 3 y 4.

⁸ En todo caso, la apariencia externa de la persona forma parte de su derecho de intimidad y a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 CE.

⁹ Toledo Oms, Albert, “Relación laboral y libertad religiosa”, Universitat de Barcelona, tesis doctoral, 2016, p. 779. Cañamares Arribas, Santiago, “Las manifestaciones externas de la religiosidad en el ordenamiento jurídico español: el empleo de la simbología religiosa”. “El ejercicio de la libertad religiosa en España cuestiones disputadas”, Ministerio de Justicia, 2003, pp. 177 y 178.

¹⁰ Artículo 9.3 CE. En ningún caso las manifestaciones o expresiones públicas del fenómeno religioso pueden ser objeto de coacción, en su vertiente positiva o negativa (obligarles a declarar sobre su religión o credo), por el Estado ni por ningún grupo social, más allá de los límites que constitucionalmente puedan imponerse; STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6. Pérez Álvarez, Salvador, “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *Revista Foro*, nueva época, núm. 13, 2011, pp. 148 y 149.

¹¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del 14 de febrero de 2013, FJ 8.

Es doctrina constitucional reiterada que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, por lo que deben ceder en su ejercicio “ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o, ante los que, de manera mediata o indirecta, se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos”.¹²

El artículo 16.1 de la Constitución Española garantiza el derecho de libertad religiosa sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

La existencia de límites en el ejercicio de derechos fundamentales y constitucionales no implica que su aplicación pueda llegar a desnaturalizar su contenido esencial,¹³ ya que, por un lado, este derecho está íntimamente ligado a la dignidad humana y ésta constituye un fundamento del orden político y la paz social en el ámbito de una sociedad democrática,¹⁴ y, por otro, porque la Constitución en su artículo 10.2 obliga a interpretar estos derechos “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Así, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a la libertad de manifestar “su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. En un sentido similar se manifiesta el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) del 16 de diciembre de 1966,¹⁵ que establece en su artículo 18.2 la prohibición de toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión.

En el ámbito de Naciones Unidas, en su Dictamen del 5 de noviembre de 2004, el Comité de Derechos Humanos considera que la libertad de manifes-

¹² Entre otras, SSTC 57/1994, del 28 de febrero, FJ 6; 58/1998, del 16 de marzo, F. 3; 154/2002, del 18 de julio, FJ 8.

¹³ En la STC 53/1986, FJ 3, se afirma que “en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable”, y en la STC 141/2000, del 29 de mayo, F. 4, se establece que “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”.

¹⁴ Artículo 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630), F. 8; STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

tar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Impedirlo podría constituir una violación del PIDCP.

El artículo 9.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)¹⁶ establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, lo que implica la libertad de manifestarlo, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

En el marco del Consejo de Europa y referido al islam, la Recomendación 1927/2010, en su apartado 3, exhorta a los Estados miembros a proteger la libre elección de las mujeres musulmanas en el uso de ropa religiosa de todo tipo como requisito para garantizar la igualdad de oportunidades en la participación de la vida pública, educación y actividades profesionales.

En cuanto a los límites de este derecho, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966¹⁷ establece, en su artículo 18.3, que “La libertad de manifestar la propia elección o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Con una dicción prácticamente similar, en la que se incluye “y la observancia a los ritos”, se proclama la prohibición de toda discriminación sobre el ejercicio de este derecho en el artículo 9.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. En el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se prevé la posibilidad de establecer restricciones a este derecho por razones de seguridad, o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse.¹⁸ Esta restricción se hace muy evidente en países

¹⁶ Adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630), F. 8; STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

¹⁸ Medina, Graciela, “Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa”,

como Francia, en los que la laicidad del Estado prohíbe cualquier tipo de manifestación externa de las creencias religiosas.¹⁹

La internacionalización de la relación entre vestimenta y libertad religiosa a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho que se sienten unos principios que, sin ser obligatorios, permiten conciliar derechos en apariencia antagónicos.

La falta de vinculación legal de las resoluciones adoptadas por el TEDH no limita su indudable trascendencia al establecer un posible marco de convergencia en el tratamiento jurídico del ejercicio de este derecho. Esto se ha podido constatar en asuntos como el de *Leyla Sabih contra Turquía*,²⁰ el caso *Fernández Martínez contra España*²¹ o el asunto *Sodan contra Turquía*²² del 2 de febrero de 2014, los cuales encuentran su base jurídica en el artículo 9o. del Convenio, apoyado en distintos derechos, como la libertad de educación, la libertad de expresión o el respeto a la vida privada. Hay que tener en cuenta que aunque los pronunciamientos del TEDH no afectan a la Constitución,²³ a las leyes internas de cada país ni a sus interpretaciones judiciales, sí facilitan un acercamiento en la garantía de derechos oponibles que facilitan la convivencia y el respeto a la dignidad humana.²⁴

El TJUE se ha pronunciado sobre este conflicto desde la interpretación de la Directiva 2000/78/CE²⁵ sobre el principio de igualdad de trabajo y la

Revista Bolivariana de Derecho, núm. 19, enero de 2015, pp. 164-181. Carretero García, Ana, “Sin burka por prohibición nota a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de julio de 2014”, *Revista Centro de Estudios de Consumo, de Derecho de Consumo*, núm.11/2014, disponible en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del 1o. de julio de 2014, La prohibición del uso del burka en lugares públicos. El asunto S.A.S. contra Francia.

²⁰ TEDH, *Leyla Sabih contra Turquía*, del 29 de junio de 2004.

²¹ TEDH, *Fernández Martínez contra España*, del 15 de mayo de 2012.

²² TEDH, *Sodan contra Turquía*, del 2 de febrero de 2014.

²³ STC 292/2000, del 30 de noviembre, FJ 11.

²⁴ Sobre la relevancia y problemática que generan los pronunciamientos del TEDH, Goñi Sein, José Luís, “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, Universidad Pública de Navarra, 2014, pp. 16-18, disponible en: https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

²⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOUE-L-2000-82357 (DOCE 2/12/2000).

prohibición de toda discriminación,²⁶ ya sea directa, cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de la religión o las convicciones,²⁷ o indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, con una edad, o con una orientación sexual determinadas²⁸ respecto de otras personas. También en la Directiva se subordina el ejercicio de este derecho por razones de seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.²⁹

Respecto a la actividad profesional, la Directiva 2000/78/CEE establece que no será discriminatoria la diferencia de trato cuando la característica que lo provoca constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado,³⁰ como tampoco tendrá la consideración de discriminación indirecta cuando la disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzarla sean adecuados y necesarios.³¹

Las limitaciones previstas para el ejercicio de estos derechos son propios de una sociedad democrática en la que en el mismo espacio confluyen distintos derechos que han de convivir y que, sin ser superiores unos a otros, sí tiene que haber una prelación en aras al bien común. El artículo 53 CE protege el contenido esencial de estos derechos atribuyendo sólo a la ley la competencia para desarrollar su ejercicio que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. De esta manera, cualquier limitación del ejercicio de un derecho ha de ser legal, tener un carácter restrictivo y estar plenamente justificada.

La aparición de conflictos jurídicos por razones religiosas tiende a incrementarse en la medida en que la sociedad se hace más pluralista, puesto que ello demanda una normativa específica que garantice el ejercicio del derecho

²⁶ Directiva 2000/78/CE, artículo 2.1, y respecto a las causas de discriminación la presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

²⁷ *Ibidem*, artículo 2.2 a).

²⁸ *Ibidem*, artículo 2.2 b).

²⁹ *Ibidem*, artículo 2.5.

³⁰ *Ibidem*, artículo 4o.

³¹ *Ibidem*, artículo 2.2 b) i).

en cualquier ámbito, ya sea público o privado. De esta forma, el artículo 1o. de la Ley Orgánica 78/1980 sobre libertad religiosa³² garantiza el derecho fundamental de libertad religiosa y prohíbe cualquier tipo de discriminación en su ejercicio. No obstante, el carácter no absoluto de los derechos en el ámbito de una sociedad democrática se evidencia en las limitaciones que a su ejercicio se imponen en el artículo 3o. de la Ley, y que vienen impuestas por los elementos constitutivos del orden público: la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública.

De esta forma, las manifestaciones o expresiones públicas del fenómeno religioso no pueden ser objeto de coacción por el Estado ni por ningún grupo social³³ más allá de los límites que constitucionalmente puedan imponerse cuando entran en colisión con derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos igualmente protegidos.

III. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y LA RELACIÓN LABORAL

Son muchos los ámbitos en los que podemos encontrar un conflicto jurídico entre dos derechos que precisen ser limitados en su ejercicio como garantía de su respeto. Sin embargo, si hay un ámbito en el que este conflicto se puede llegar a materializar con más crudeza es en la relación laboral. El derecho de libertad religiosa es un derecho inespecífico que no forma parte de la autonomía contractual, pero que impacta directamente en ella³⁴ afectando su ejercicio al equilibrio de poder existente en la empresa.

Manifestaciones externas del trabajador, como la utilización de una determinada simbología, vestimenta o una indumentaria de carácter religioso en una relación privada de carácter contractual, pueden llegar a provocar una brecha entre el difícil equilibrio existente entre el derecho de libertad de empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores que no puede

³² *Boletín Oficial del Estado* del 24 de julio de 1980.

³³ Tampoco en su vertiente negativa sobre obligarles a declarar sobre su religión o creencias, STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

³⁴ La libertad religiosa es un derecho que se enmarca dentro de los derechos de *ciudadanía en la empresa*, lo que implica que el trabajador, en cuanto ciudadano, puede hacerlo valer dentro de la relación laboral; Gutiérrez Pérez, M., “Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos...”, *cit.*, pp. 24 y ss. Goñi Sein, José Luis, “Los derechos fundamentales inespecíficos...”, *cit.*, p. 8.

resolverse desde la perspectiva de la libertad de empresa, al menos no en exclusiva.

La posición de subordinación que ocupa el trabajador frente al poder de dirección del empresario³⁵ hace que, en garantía del derecho de libertad de empresa, los derechos fundamentales del trabajador se modalicen, aunque sin llegar a perder su esencia. Estos derechos van a quedar limitados en su ejercicio cuando supongan un límite al derecho empresarial que le impida desarrollar su actividad conforme tiene reconocido constitucionalmente.³⁶ Esta modalización no implica, sin embargo, que se puede privar al trabajador de los derechos que tiene reconocidos como ciudadano. Como señala la STC 106/96, del 12 de junio:

...las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que garantiza el artículo 38 CE legitima que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional.

En ningún caso puede privarse íntegramente a un trabajador del ejercicio de un derecho fundamental en aras de un “interés superior”. Los derechos fundamentales no necesitan una protección legal específica, ya que ésta le viene dada por la propia Constitución que en su artículo 53.2 establece que sólo por ley podrá desarrollarse su ejercicio, sin que en ningún momento pueda afectar a su contenido esencial. En este mismo sentido, una prolífica jurisprudencia constitucional señala que “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a

³⁵ Artículo 20 TRET 1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue.

Artículo 20.2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

³⁶ Artículo 38 CE. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”.³⁷

El carácter individual del derecho de libertad religiosa hace que su ejercicio dentro de la empresa también participe de este carácter. Es decir, los conflictos que surjan tendrán carácter individual y su resolución deberá adecuarse al caso concreto, y todo ello con independencia de que las medidas adoptadas sean de carácter colectivo y que con ellas se puede estar limitando los derechos de un trabajador precisamente por manifestar su pertenencia a un grupo.

Con carácter general, la vestimenta y la apariencia no son más que una manifestación externa del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la persona, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española. Esta expresión no desaparece ni se minimiza cuando nuestra imagen externa es la manifestación de una creencia ideológica, religiosa y de culto que nos identifica como pertenecientes a una determinada confesión religiosa. El límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa, como el resto de los derechos de la personalidad, encuentra su límite absoluto en el respeto de la dignidad humana.³⁸ En la relación laboral aparece como un límite insalvable al ejercicio del derecho de libertad de empresa del empresario, como se pone de manifiesto en el artículo 4.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RET), el cual reconoce a los trabajadores el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, en la que se incluye la protección frente al acoso por razón de religión o convicciones.³⁹

Hay que tener en cuenta que la utilización por parte del trabajador de una simbología o indumentaria determinada de contenido religioso no obedece a un capricho o a una moda pasajera, sino a un sentimiento íntimo que le impide actuar de forma diferente.⁴⁰ La libertad de conciencia, como manifes-

³⁷ Por todas, STC 141/2000, del 29 de mayo, FJ 4.

³⁸ Artículo 10.1 CE, “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”; artículo 35.1 CE. Martí Sánchez, José María, “Balance de la libertad religiosa en España (situación de la mayoría católica)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, p. 138.

³⁹ Artículo 4.2 e). Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

⁴⁰ Toledo Oms, Albert, “Relación laboral...”, *cit.*, pp. 782 y 783.

tación del derecho de libertad religiosa, gira en torno a la idea de cultura en la que se incluye la costumbre de utilizar prendas o símbolos que hagan visible las creencias del individuo sin entrar a valorar, como ya se ha comentado, la existencia o alcance de su sentimiento religioso.

No se discute, por tanto, si la adecuación de la conducta de una persona a sus convicciones religiosas y su exteriorización forma parte intrínseca del derecho de libertad religiosa,⁴¹ pero sí podemos llegar a plantearnos si desde una perspectiva ético-jurídica del derecho es lícito usar una determinada vestimenta, indumentaria o simbología como expresión de ese derecho en una relación privada, como es la contractual, cuando una de las partes la prohíbe con base en un interés que considera legítimo y que le reconoce la propia Constitución.⁴²

La falta de una regulación específica hace que sean los tribunales los que tengan que poner en valor el derecho que asiste a las partes implicadas, bien desde la perspectiva de discriminación por razón de religión, bien a través de la ponderación de los hechos en aplicación de los distintos cánones interpretativos sobre el contenido y alcance del derecho cuestionado. Un elemento negativo de la judicialización del conflicto es que no crea una respuesta generalizada, ya que aunque crea precedentes no deja de ser limitada a un caso concreto con unas peculiaridades propias no siempre extensibles a supuestos similares ni a sujetos ajenos al proceso.

IV. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA COMO LÍMITE DEL DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA

El carácter personal del derecho de libertad religiosa provoca que su garantía esté sujeta a la idiosincrasia de la realidad en la que el sujeto lo ejerce. La defensa permanente de su contenido frente a la actuación legislativa y frente a otros derechos de igual o similar rango hace que, en ocasiones, se llegue a cuestionar su propio contenido esencial. Tradicionalmente son los tribunales

⁴¹ Cañameres Arribas, Santiago, “Las manifestaciones externas de la religiosidad...”, *cit.*, pp. 177 y 178. Lemus Diego de, Ma. Teresa, *Libertad religiosa, simbología y derecho comparado*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, Colección Vítor, 2016, p. 275.

⁴² Artículo 38 CE. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 7. Pérez Álvarez, Salvador, “Marco constitucional del uso del velo...”, *cit.*, p. 151.

los que tienen que resolver el conflicto basándose en la identificación de los derechos afectados y en su ponderación a través de la tutela antidiscriminatoria o de la aplicación del principio de proporcionalidad o, recientemente, desde la acomodación razonable. La inexistencia de una decisión homogénea impide la aplicación de reglas predeterminadas, por lo que la resolución del caso dependerá del análisis ponderado de los hechos y de la argumentación racional que desde la interpretación de la norma se haga para cada supuesto concreto.

Referido a esta manifestación externa, entre los casos que llegan a los tribunales es difícil encontrar reglamentaciones internas de empresa privada que impidan el uso de estos signos visibles a trabajadores de una determinada creencia frente a otros. Lo habitual es que estas prohibiciones sean generales e indiferentes y se impongan al conjunto de los trabajadores, por lo que resulta difícil apreciar casos de discriminación directa en el sentido del artículo 2.2.a de la Directiva 2000/78/CE.

Las normas internas prohibitivas sí suelen producir, sin embargo, supuestos de discriminación indirecta, en la medida en que estas normas, en apariencia totalmente neutras, pueden ocasionar una desventaja particular a trabajadores que profesan una religión concreta. Y es en la solución de esta discriminación donde surgen los mayores conflictos interpretativos y la utilización de cánones distintos para su interpretación.

El enjuiciamiento de estos conflictos también presenta importantes hechos diferenciales entre cada caso. Mientras unos centran la interpretación en el contenido del derecho de libertad de empresa y en los límites del derecho vulnerado, otros lo hacen sobre la discriminación indirecta y sobre la legitimidad de la orden dada. La diferente casuística que puede llegar a plantearse dentro de una empresa en el ejercicio del derecho de libertad religiosa hace que sean los tribunales de justicia, e incluso el propio Tribunal Constitucional, los que, a través de la aplicación de un canon ponderado, atiendan a las peculiaridades de cada supuesto, estableciendo el alcance del derecho en conflicto y, en su caso, restituyéndolo.⁴³

⁴³ STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 7.

La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso.

Como se señala en la STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 7, “La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto”. La posibilidad de conflicto está presente desde el momento en que las distintas normas, nacionales, internacionales y comunitarias⁴⁴ prohíben cualquier tipo de discriminación, ya sea directa e indirecta, y paralelamente justifican la imposición de límites a su ejercicio.

Las peculiaridades de la relación laboral, el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos utilizados,⁴⁵ la tradición y las tendencias más o menos liberales respecto a la cuestión social dificultan el ejercicio de estos derechos en pro del interés de la empresa. No podemos olvidar, sin embargo, que cuando dos derechos entran en conflicto nos encontramos ante

...un régimen de concurrencia normativa y no de exclusión de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente de tal forma que: la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe por su parte el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.⁴⁶

Desde las distintas interpretaciones judiciales se deduce que la “neutralidad religiosa” invocada por la empresa como argumento constituye un objetivo legítimo y, siempre que esté debidamente justificado, un límite al ejercicio del derecho del trabajador.

La empresa, en defensa de una pretendida “neutralidad religiosa” o la defensa de una determinada imagen corporativa,⁴⁷ puede prohibir toda manifes-

⁴⁴ Aunque ya se ha visto anteriormente con carácter específico, los artículos 2.2 b) i) y 4o. de la Directiva 2000/78/CE.

⁴⁵ Cristóbal Roncero, Rosario, “Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 199, 2017, p. 5 (BIB 2017/12358). Villalva Sánchez, Alicia, “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador”, Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014, p. 4.

⁴⁶ SJS de Palma de Mallorca, núm. 31/2017, del 6 de febrero (AS 2017/8).

⁴⁷ Rojas, Raúl, “La libertad religiosa en la relación laboral. ¿Se puede prohibir el velo islámico en los lugares de trabajo?”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 929/2017 (BIB 2018/11813), p. 3.

tación externa del sentimiento religioso sin vulnerar el derecho de los trabajadores, pero siempre que esa postura sea conocida por todos los trabajadores, que no admita ninguna excepción, que exista una prohibición expresa a su uso, que pueda argumentar la existencia de un perjuicio real a la imagen de la empresa y que, a partir de esas premisas, no puedan adoptarse otras medidas menos lesivas para el ejercicio de los derechos de los trabajadores de las que se han adoptado.

Supuestos significativos del Tribunal de Luxemburgo

A este supuesto, en el artículo 4o. de la Directiva, se introduce otro elemento diferenciador a favor del derecho de libertad de empresa cuando establece que “no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante”. Para el Tribunal de Luxemburgo, el efecto limitante de este supuesto ha de interpretarse de forma muy restrictiva, aplicándolo sólo cuando sea “un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo”, sin que puedan incluirse consideraciones subjetivas.⁴⁸ En caso contrario, y siguiendo al artículo 4o. de la Directiva, la falta de estas exigencias constituiría un supuesto de discriminación indirecta no permitida por la normativa comunitaria, internacional y, en nuestro caso, constitucional.

En la STJUE del 14 de marzo de 2017, caso *Asma Bougnaoui*, se prohíbe por una norma interna de la empresa el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Un cliente de la empresa eleva una queja a la empresa por ser asistido por una ingeniera de proyectos que utilizaba un velo islámico. El empresario le recuerda a la trabajadora la norma interna que prohíbe estas manifestaciones y la hace valer. Tras distintas advertencias y sanciones se procede al despido de la empleada con base en el interés de la empresa.

La cuestión que se hubiera podido plantear ante el tribunal es si los efectos de esa orden, aparentemente neutra, pueden considerarse perjudiciales para la trabajadora por constituir una desventaja particular frente a otros trabaja-

⁴⁸ STJUE, del 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, apartado 39, con remisión a la jurisprudencia del TEDH, especialmente a la sentencia del 15 de enero de 2013, *Enveida y otros contra Reino Unido* (TEDH 2013/12).

dores que no profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.⁴⁹ Según el artículo 2.2.b) i), esta orden no constituiría una discriminación indirecta si la empresa puede, objetivamente, justificar una finalidad legítima enmarcada dentro de una política de neutralidad para los clientes y que los medios utilizados para la consecución de ese fin son adecuados y necesarios.⁵⁰

El Tribunal, aunque lo plantea, no entra a conocer de estas valoraciones, ya que el despido no se basó en la existencia de esta norma interna, sino en el incumplimiento de un requisito profesional esencial y determinante que impedía la utilización del velo. En este supuesto, la empresa olvida que, según el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CEE, este requisito no puede ser el motivo en el que se base la diferencia de trato, sino sólo una característica relacionada con dicho motivo.⁵¹

El Tribunal entiende que el requisito profesional esencial y determinante, previsto en la Directiva como causa justificativa de la diferencia de trato, sólo puede serlo cuando se trate de “un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo”. No puede cubrir, por lo tanto, consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente, por lo que entiende que esa interpretación no se ajusta al sentido de la disposición planteada.

En la STJUE (Gran Sala), del 23 marzo de 2017, Asunto 157/15, caso *Samira Achbita y Centrum*, en su apartado 38 establece que el deseo de un empresario de dar una imagen neutra ante sus clientes forma parte de su derecho de libertad de empresa, sobre todo si sólo incluye a los trabajadores que van a estar en contacto con los clientes.

La norma interna de la empresa puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima como el seguimiento

⁴⁹ Apartado 32 de la STJUE, del 14 de marzo de 2017, caso C-188/15.

⁵⁰ Apartado 34 de la STJUE, del 14 de marzo de 2017, caso C-188/15. Nuevo López, Pablo, “Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el derecho de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto* 65, núm. 2, 2017, p. 397. Toledo Oms, Albert, “Relación laboral...”, *cit.*, p. 780.

⁵¹ Por todas, STJUE (Gran Sala), del 14 de marzo de 2017, Asunto 188/15, *Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme contra Micropole S.A.*

por parte del empresario de un régimen de neutralidad en las relaciones con sus clientes y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponde comprobar al tribunal.⁵²

Esta interpretación permite restringir ciertos aspectos del derecho de libertad religiosa, como así también lo ha constatado el TEDH en diversas sentencias, siendo la más famosa la sentencia del 15 de enero de 2013, caso *Eneida y otros contra el Reino Unido*. En este caso, en la compañía British Airways, existía un código de conducta en el que se incluía la definición del uniforme y se entendía que el objetivo del código es legítimo en la medida en la que se quiere dar una imagen identitaria de la empresa. Este código en ningún caso ha planteado problemas y el Tribunal entendió que la decisión fue desproporcionada porque portar una pequeña cruz, que era el objeto del litigio, podría confundirse con una joya meramente decorativa a la que la empresa no se oponía.

La empresa no pudo demostrar un perjuicio a su imagen corporativa, toda vez que incluso había otros trabajadores que llevaban prendas religiosas y sí estaban autorizados. Por último, la empresa, para evitar los problemas, cambió durante todo el proceso sancionador el código de uniforme para permitir la utilización visible de la joyería simbólica religiosa. Todo lo anterior llevó al Tribunal a considerar, por un lado, que las medidas adoptadas por la empresa fueron desproporcionadas, no alcanzándose un equilibrio justo y provocándose una injerencia desproporcionada en el derecho de la trabajadora, y, por otro, que la prohibición a utilizar esos símbolos no era tan crucial para el interés o la imagen de la empresa, en la medida en que cambió la orden durante el proceso.

Para entender *prima facie* como legítima una orden que prohíba la utilización de esos símbolos o prendas como medio para garantizar la neutralidad de la empresa ha de existir antes de que se le exija al trabajador una conducta determinada; exigir su cumplimiento a todos los trabajadores de forma congruente y sistemática; limitarse a lo estrictamente necesario para conseguir la meta perseguida,⁵³ y demostrar que las medidas adoptadas son necesarias y las más adecuadas para conseguir el fin perseguido por la empresa.⁵⁴

⁵² Asunto 157/15, apartado 44.

⁵³ Apartado 40 de la STJUE (Gran Sala), del 14 de marzo de 2017, *Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole S.A.* (TJCE 2017/24).

⁵⁴ Por todas, STC 154/2002, del 18 de julio (RTC 2002/154), FJ 8.

La solución de estos conflictos la plantea el Tribunal de Luxemburgo desde la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por motivos religiosos; nuestros tribunales lo hacen desde la ponderación de los derechos.

V. LA APLICACIÓN DE LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS AL EJERCICIO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

La solución judicial a los conflictos surgidos en la empresa, como consecuencia del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. En un primer momento se aplicaba una estricta visión contractualista de la relación, de tal forma que sólo prosperaba el derecho del trabajador cuando era limitado por una conducta o decisión totalmente arbitraria de la empresa; en el resto de los supuestos, la decisión se entendía legítima si la reclamación implicaba una alteración de las condiciones organizativas de la empresa.

Esta posición se mantiene hasta la STC 99/1994, en la que se intenta solucionar el conflicto desde la valoración de los derechos fundamentales del trabajador y no del exclusivo interés de la empresa, al entender que no existe jerarquía entre los derechos, sino que la solución ha de venir de su ponderación. De esta forma, la legitimidad de la medida se subordina a la necesidad de que sea imprescindible y que no haya otra que permita alcanzar el objetivo previsto.⁵⁵

1. *El principio de proporcionalidad*

El principio de necesidad se ha completado con el principio de proporcionalidad, canon interpretativo consolidado en nuestra jurisprudencia y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁵⁶ en la que la legitimidad de la decisión del empresario se justifica desde la superación de un triple test: la idoneidad del medio utilizado para conseguir el objetivo propuesto; la necesidad de utilizar esa medida por no existir otra más moderada con igual eficacia, y la proporcionalidad, es decir, hay que ver si la limitación del derecho es equilibrada con el bien empresarial que se trata de tutelar.

⁵⁵ Goñi Sein, José Luís, “Los derechos fundamentales inespecíficos...”, *cit.*, pp. 61 y 62.

⁵⁶ SSTC 204/1997, del 25 de noviembre; 37/98, del 17 de febrero; 98/2000, del 10 de abril; 186/2000, del 10 de julio.

Los conflictos generados por la utilización de símbolos o vestimentas de carácter religioso no son muy frecuentes, al menos desde el punto de vista de su trascendencia judicial.⁵⁷ La primera sentencia de referencia es la adoptada por el TSJ de Islas Baleares, 457/2002, del 9 de septiembre, en la que un trabajador de una empresa de transportes municipal es sancionado por llevar gorra cuando la uniformidad prevista en el convenio colectivo no lo permitía. Se trata de un trabajador de confesión judía que tiene prohibido llevar la cabeza despejada por su religión, por lo que siempre ha de utilizar un Kipá. Sin entrar a valorar una posible vulneración del derecho de libertad religiosa, aludiendo al carácter laico del Estado, se falla a favor de la empresa por entender que la determinación de uniformidad está prevista en el convenio y que, en cualquier caso, a falta de acuerdo previo, es competencia del empresario.⁵⁸ En el recurso se recoge esta doctrina, pero se subordina al respeto a la dignidad y honor del trabajador o a cualquier derecho fundamental y libertad pública reconocidos en la Constitución.⁵⁹

Ponderados los derechos en conflicto, no consta que la empresa hubiera prohibido con anterioridad la conducta del trabajador (lleva 23 años en la empresa utilizando la gorra). No argumenta ni justifica su cambio de actitud y no demuestra que esa conducta haya causado daño o menoscabo a la imagen de la empresa o que haya provocado algún incidente o trastorno durante la ejecución del servicio. Por ello, concluye en su FJ 2 que la posición de la empresa responde más a una decisión autoritaria que al ejercicio de un derecho, ya que si la actividad laboral no se ve afectada ni tampoco los intereses em-

⁵⁷ Martí Sánchez, José María, “Balance de la libertad religiosa en España (situación de la mayoría católica)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, p. 137. Pérez Álvarez, Salvador, “Marco constitucional del uso del velo...”, *cit.*, pp. 180-184.

⁵⁸ STS del 23 de enero de 2001 (RJ 2001/2063). Cámara Botía, Alberto, “La libertad de vestir del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2013 (BIB 2013/1564) pp. 23 y 24. Toledo Oms, Albert, “Relación laboral...”, *cit.*, p. 781.

⁵⁹ Aunque referida a la uniformidad sin vinculación con el derecho de libertad religiosa, es muy interesante la STS del 23 de enero de 2001 (Rec. Casación 1851/2000), FJ 3, en el análisis de las facultades empresariales previstas en el artículo 20 ET, en el que se afirma que no predomina el principio de autoridad, sino el principio de exigencias de la buena fe de respeto a las normas sin poder sobrepasar los límites que le imponen el respeto íntegro a los derechos fundamentales. En su fundamento jurídico 4 establece que una decisión sobre la uniformidad no tendrá carácter discriminatorio, ni en este supuesto supondrá una discriminación por razón de género, cuando exista una justificación objetiva y razonable.

presariales, no es admisible una decisión que, señala, hiera sin provecho para sí los sentimientos religiosos de un empleado.⁶⁰

En la SJS de Palma de Mallorca, 31/2017, del 6 de febrero (AS 2017/8), una trabajadora comunica a la empresa Aeropuerto de Palma su intención de utilizar el hiyab, y la empresa la autoriza provisionalmente hasta que no se resuelva la consulta sobre su licitud. La respuesta es negativa y se le conmina para que no utilice esta prenda por: *a*) ir en contra de la imagen de neutralidad que quiere transmitir la empresa; *b*) no adecuarse al uniforme previsto por la compañía, y *c*) poder suponer un problema de imagen de cara a los clientes. La trabajadora ignora la orden por entender que no se trata de una desobediencia o indisciplina, sino del ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y una defensa de su dignidad. La empresa entiende justificada su orden y la sanciona en sucesivas ocasiones hasta que procede a su despido.

Como ya se ha comentado, tampoco en este supuesto el debate jurídico se centra en la cuestión religiosa, sino en la defensa del interés de la empresa. Justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido una lesión al derecho fundamental,⁶¹ corresponde a la empresa, como es jurisprudencia asentada del Tribunal Constitucional, aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas, de su proporcionalidad y de su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.⁶²

El Tribunal falla a favor de la demandante porque la empresa no supera el test de proporcionalidad. Queda probado que la empresa no ha invocado una política de neutralidad religiosa, que el manual de imagen personal y uniformidad no se había dado a conocer en el momento de los hechos a los trabajadores de la empresa y que en su contenido sólo se prohibían los adornos y no el uso de símbolos religiosos, algo que en este caso queda

⁶⁰ El hecho de que se trate de una administración pública la empleadora no sólo debe velar por el respeto del derecho fundamental consagrado en los artículos 14 y 16 CE, sino que además se ve afectada directamente por el mandato de artículo 9.2 CE cuando establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad, la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas.

⁶¹ Se necesita la existencia de una prueba indiciaria por parte del demandante de que del acto del empresario puede deducirse la lesión de su derecho fundamental, la primera de ellas la SSTC 38/1981, del 23 de noviembre, en sus FJ 2o. y 3o., y en esta misma línea una prolífica jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras, las SSTC 31/2014, del 24 de febrero, 10/2011, del 28 de febrero, y 2/2009, del 12 de enero.

⁶² Por todas, SSTC 38/2005, del 28 de febrero, y 3/2006, del 16 de enero. En idénticos términos, el FJ 2o. de la SJS de Palma de Mallorca, núm. 31/2017, del 6 de febrero.

demostrado, ya que es indiscutible que el uso del hiyab es una manifestación de la creencia religiosa, y en ningún momento la empresa ha invocado perjuicio alguno.

La aplicación del principio de proporcionalidad concluye con una resolución diferente en el caso planteado en la STSJ de La Rioja, 133/2017 del 22 de junio (AS 2017/1337), en el que se desestima la demanda planteada por la trabajadora. En este caso, una empresa dedicada al cultivo del champiñón y otros hongos exige a todos sus empleados que cumplan escrupulosamente con la uniformidad de la empresa, la cual no permite dejar a la vista, fuera del uniforme, en el que se incluye un gorro, ropa o adorno personal del trabajador por razones de seguridad alimentaria.

La empresa, hasta el momento de la prohibición, expresa que había sido muy laxa en la exigibilidad de esta norma interna, situación que cambia a raíz de la visita de una empresa certificadora de sistemas de calidad, la cual percibe a la empresa con negar la necesaria certificación si no cumple estrictamente con el protocolo establecido en el convenio colectivo sobre la indumentaria. Esta decisión es interpretada por la trabajadora demandante como una vulneración de su derecho de libertad religiosa y se opone a su cumplimiento, por lo que es sancionada con una suspensión de empleo y sueldo por desobediencia e indisciplina.

Tras el análisis de los hechos y la aplicación del canon de proporcionalidad, la sentencia en su FJ 2 considera que la decisión de la empresa ha constituido un medio idóneo, proporcionado y necesario para la satisfacción de una finalidad legítima, como lo es cumplir con los protocolos en materia de higiene impuestos por la empresa certificadora de calidad y garantizar la viabilidad de la empresa.

El hecho de que la empresa fuera tolerante con el incumplimiento del protocolo convencionalmente existente no implica un derecho adquirido para la trabajadora, máxime cuando se advirtió y se informó convenientemente a todos los empleados del cambio de criterio que iba a experimentar la empresa en su exigibilidad, por lo que su incumplimiento, a partir de ese momento, podía conllevar sanciones disciplinarias.⁶³

Queda demostrado que la nueva medida se dirige a la totalidad de la plantilla, prohibiendo que cualquier prenda quede fuera de la bata y el gorro obligatorio, por lo que la decisión no guarda ninguna relación con la religión profesada por los trabajadores, la mayor parte de ellos mujeres musulmanas.

⁶³ STSJ de La Rioja, núm. 133/2017, FJ 3.

La medida es necesaria por razones de higiene alimentaria, poniéndose en peligro esta garantía si los productos entran en contacto, de alguna forma, con la ropa del trabajador. La empresa permite llevar cualquier indumentaria, siempre que no sobresalga de la bata y el gorro o redecilla. Tampoco se ha encontrado una solución alternativa a la ofrecida por la empresa que permita garantizar las exigencias de salubridad de la empresa, por lo que se entiende superado el test de proporcionalidad por ser ajustada la decisión al fin perseguido desestimándose el recurso de la trabajadora.

El debate jurídico en las sentencias anteriores se ha centrado en la legitimidad de la orden o de la decisión del empresario, en lugar de plantearlo desde la cuestión del derecho de libertad religiosa, como se hace en las sentencias del Tribunal de Luxemburgo.⁶⁴ Aunque a tenor de los hechos la resolución probablemente hubiera sido la misma, la dificultad de superar el test de proporcionalidad desde el punto de vista del interés del empresario es bastante más fácil que hacerlo desde la prohibición de discriminación.

Desde la perspectiva del interés del empresario, superar los test parciales que conforman el test de proporcionalidad implica que será indiferente la medida limitadora adoptada siempre que sea necesaria para conseguir el fin propuesto, que la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla a quien se le impone se va a medir generalmente a través del indicador de la eficacia, y que en el respeto al contenido esencial del derecho se pueden llegar a desconocer algunos intereses de los trabajadores que pueden ser decisivos a la hora de valorar la legitimidad de la decisión empresarial.⁶⁵

Por su parte, la aplicación del test de proporcionalidad desde la prohibición de la discriminación de los artículos 14 y 16 CE hace recaer sobre el empresario, una vez presentados unos indicios racionales de discriminación, la carga de probar la razonabilidad de su decisión y la ausencia de todo propósito lesivo del derecho fundamental; este sería el único medio para destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios.⁶⁶

⁶⁴ Rojo Torrecilla, Eduardo, “Tras el debate en el aula iuslaboralista de la UAB sobre libertad religiosa y relaciones de trabajo. Unas notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 (caso Acciona Airport Services SAU)”, 2017, p. 4, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/libertad-religiosa-y-relaciones-de.html>.

⁶⁵ STC 154/2002, del 18 de julio (RTC 2002/154). Goñi Sein, José Luis, “Los derechos fundamentales inespecíficos...”, *cit.*, p. 67.

⁶⁶ STC 31/2014, FJ 3. En la STC 51/2021, del 15 de marzo, FJ 3, respecto a los indicios de discriminación dispone que el empleador ha de rebatirlos justificando la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada de modo que “si esa

Situar en el debate jurídico en primer plano la cuestión de la libertad religiosa reduce la posibilidad de elegir medidas más limitantes para el ejercicio del derecho que, en el supuesto anterior, hubieran justificado su legitimidad superando este canon interpretativo.

2. *El acomodamiento razonable*

En nuestro país, la experiencia jurídica sobre la simbología y la vestimenta de contenido religioso dentro de la empresa, ya sea pública o privada, es bastante limitada. Sin embargo, la pluralidad confesional, cada vez más presente en nuestra sociedad, puede llegar a provocar un incremento de conflictos jurídicos entre el derecho de libertad de empresa y el derecho de libertad religiosa al que habrá que darle una respuesta satisfactoria lo menos limitante posible del ejercicio del derecho. Aplicar el principio de proporcionalidad al choque conceptual que se produce entre los dos derechos no siempre puede ser el más idóneo para la efectividad del ejercicio de la libertad religiosa, sobre todo si pueden existir alternativas que, sin generar un coste inasumible para la empresa, permitan su pleno ejercicio.⁶⁷

Conseguir un equilibrio entre los derechos en conflicto deja en manos del juez la idoneidad de la elección de la técnica a aplicar.⁶⁸ Si el principio de proporcionalidad es el más aceptado por la doctrina, aun teniendo en cuenta sus limitaciones, se está abriendo paso en nuestros tribunales a la técnica de la acomodación razonable.⁶⁹

Con esta técnica, importada de EE.UU. y Canadá,⁷⁰ se trata de posibilitar la adaptación de la actividad productiva y/o su organización a las prácticas

intencionalidad no existe ha de probar que la vulneración que se le atribuye no represente objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación, es decir, ha de probar que sus decisiones o actos fueron legítimos y carentes de móvil o efecto discriminatorio”.

⁶⁷ Ojeda Avilés, Antonio, “Libertad religiosa *versus* libertad de empresa. Las técnicas de ajuste”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019, p. 31.

⁶⁸ Nuevo López, Pablo, “Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa...”, *cit.*, pp. 401-403. Salanova Sánchez, Belén, “El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la empresa privada: el acomodo razonable”, Madrid, Universidad Carlos III, tesis doctoral, 2016, pp. 129-155.

⁶⁹ Martí Sánchez, José María, “Balance de la libertad religiosa...”, *cit.*, p. 140. Ojeda Avilés, Antonio, “Libertad religiosa *versus*...”, *cit.*, p. 46.

⁷⁰ Solanes Corella, Ángeles, “Acomodo razonable en Canadá y discriminación indirecta en Europa como garantía del principio de igualdad”, *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017, pp. 305-333.

religiosas de los trabajadores, siempre que no se perjudiquen los intereses de la empresa. La idoneidad de la técnica del acomodo razonable se centra en el nivel de perjuicio tolerable para la empresa. Resulta evidente que cualquier límite que se le imponga al poder organizacional del empresario puede considerarse como un perjuicio. De hecho, es el argumento en el que se basa la técnica contractualista. La diferencia más relevante se encuentra en el concepto del perjuicio, el cual deberá ser *excesivo* para no aplicar el acomodo razonable. En todo caso, se sigue centrando la resolución del conflicto en un concepto jurídico indeterminado, por lo que a los jueces y tribunales les corresponde definir qué ha de entenderse por *perjuicio excesivo* y, en consecuencia, establecer los límites del ejercicio del derecho, por lo que el problema de seguridad jurídica subsistiría.

La jurisprudencia canadiense ha ido definiendo cuáles son los indicios que justifican la existencia de este perjuicio y cuáles, aunque podrían superar el test de proporcionalidad, no alcanzarían el de *acomodo razonable*, por lo que no podrían utilizarse como límites al ejercicio del derecho fundamental. Estos indicios son el coste económico excesivo de la medida, la intercambiabilidad o facilidad con la que los efectivos y las instalaciones se pueden adaptar a las circunstancias, o el riesgo para la seguridad. Por el contrario, no serían suficientes, factores como “la simple comodidad administrativa, las preferencias de la clientela, o el temor a crear un precedente”.⁷¹

Con esta técnica no debe buscarse imponer modificaciones contractuales,⁷² algo que podría ocurrir si se hace una valoración muy restrictiva del adjetivo *excesivo*. Llegar a este extremo implicaría, desde nuestro punto de vista, una sustracción al empresario de su derecho que, en modo alguno corresponde al juzgador de un proceso, cuya función principal es la interpretación y aplicación de la norma. Con el acomodo razonable se trata de promover una adaptación de la organización productiva al ejercicio de un derecho que, de otro modo, se vería limitado, afectando intrínsecamente a la igualdad de trato que el empresario, en el ejercicio de su actividad, debe garantizar.

La vinculación de esta técnica con la discriminación indirecta es muy evidente, en la medida en la que son los efectos de una decisión aparentemente

⁷¹ Goñi Sein, José Luíís, “Los derechos fundamentales inespecíficos...”, *cit.*, pp. 57 y 58.

⁷² En la STC 19/1985, del 13 de febrero, FJ 1, se establece que, en el ámbito de las relaciones laborales, en el sentido de que, en particular, un cambio puramente fáctico —el de las ideas, o creencias religiosas del trabajador— en cuanto que manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, no puede provocar la modificación del contrato de trabajo suscrito. Pérez Álvarez, Salvador, “Marco constitucional del uso del velo...”, *cit.*, p. 184.

neutra los que generan diferencias de trato entre los trabajadores, en nuestro caso, por razones religiosas.⁷³ La falta de un ajuste razonable en las condiciones de trabajo, existiendo la posibilidad de hacerlo, restaría legitimidad a la decisión del empresario al prohibirlas y a la posible sanción impuesta al trabajador, aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras.⁷⁴

Con esta técnica no se valora la búsqueda del equilibrio de intereses, en el que habitualmente se hace prevalecer el del empresario, sino la medida en la que un derecho puede ser ejercido cuando implica una alteración de la organización de la empresa.⁷⁵ En definitiva, se está hablando de una flexibilización de las condiciones de trabajo, no impuesta legalmente, pero que facilitan el ejercicio de un derecho fundamental sin necesidad de ser limitado. Cuando ese derecho es la utilización de símbolos, vestimenta o indumentaria de contenido religioso, este acomodo nos parece factible, incluso en aquellos supuestos en los que el trabajador o trabajadora haya adoptado una nueva religión o, simplemente, haya decidido exteriorizar sus creencias con posterioridad al inicio de su relación contractual.

La existencia de un requisito profesional y esencial determinante, las limitaciones legales al ejercicio de estos derechos o la falta real de alternativas organizativas en la empresa suponen un límite en sí mismo para la aplicación de esta técnica más allá del interés legítimo de la empresa. Resulta significativa la interpretación que la STC 51/2021, del 15 de marzo, FJ 4, realiza sobre el *ajuste necesario* en un supuesto de discriminación por discapacidad. Aunque no se puede inferir de esta sentencia una extra polarización al resto de los supuestos de discriminación previstos en el artículo 14 CE, el análisis que hace sobre la obligatoriedad legal del *ajuste necesario* en estos supuestos puede aplicarse a la comprensión del *acomodo razonable* como técnica interpretativa de defensa del ejercicio de los derechos fundamentales dentro de la empresa.

Ante un conflicto de derechos, la denegación, por acción u omisión, del empresario del *acomodo razonable* podría considerarse como una conducta discriminatoria. La exigibilidad en el cumplimiento de una orden o instrucción, cuando no se ha facilitado esta adaptación, pudiendo hacerlo sin un perjuicio

⁷³ Goñi Sein, José Luís, “Los derechos fundamentales inespecíficos...”, *cit.*, p. 58.

⁷⁴ STC 51/2021, del 15 de marzo, FJ 3, aunque referido a una discriminación por discapacidad, la aplicación de la técnica de la acomodación razonable implicaría para estos casos una conducta discriminatoria por parte del empresario.

⁷⁵ Goñi Sein, José Luís, “Los derechos fundamentales inespecíficos...”, *cit.*, p. 58.

excesivo para la propia organización empresarial, puede constituir en sí misma una conducta discriminatoria con independencia de la intencionalidad de la orden. Estaríamos ante una vulneración, no querida, del artículo 14 CE y, en nuestro caso, también del artículo 16 CE, en la que se impondría una carga desproporcionada o indebida al ejercicio del derecho.

Con esta técnica se trata, en definitiva, de que el juez adapte una norma interna de la empresa para contrarrestar su rigidez.⁷⁶ Es una técnica que no puede aplicarse con carácter general a un grupo indeterminado de personas, sino que requiere la aplicación individualizada en cada caso concreto. Su capacidad de adaptación puede, por un lado, facilitar la lucha contra la discriminación indirecta que puede llegar a generarse por la prohibición de cualquier manifestación externa del derecho de libertad religiosa, y por otro, aunque limita el poder organizacional del empresario, sus intereses no se ven perjudicados cuando se consideran legítimos, sino que encuentran en la aplicación de esos límites su propia defensa y justificación.

VI. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las medidas flexibilizadoras, aunque pensadas principalmente para el interés de la empresa y su posicionamiento en el mercado, también pueden beneficiar los intereses del trabajador. Normativamente hablando, la flexibilización puede definirse como la capacidad de adaptación a las circunstancias y necesidades de cada momento que el legislador reconoce al empresario. Garantizar el ejercicio del derecho de libertad religiosa desde la adaptabilidad de las normas internas de la empresa, incluidas las relacionadas con la uniformidad o indumentaria de los trabajadores, garantiza la igualdad de trato de todos los trabajadores y aleja cualquier atisbo de discriminación dentro de la relación laboral.

El conflicto entre el derecho de libertad de empresa y el derecho de libertad religiosa deviene, como ya hemos visto, de una concurrencia normativa no excluyente, de tal modo que los límites que se imponen al ejercicio del derecho han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a su esencia.

⁷⁶ Ojeda Avilés, Antonio, “Libertad religiosa *versus*...”, *cit.*, p. 46.

En nuestro sistema de relaciones laborales, la negociación colectiva ocupa una posición relevante en la regulación de las condiciones de trabajo, por lo que entendemos que es a ella a la que le corresponde incluir, dentro de sus cláusulas, la obligación del empresario de realizar, cuando sea posible, un ajuste necesario que favorezca el ejercicio de un derecho.

La posibilidad que tiene el empresario de descolgarse de condiciones previamente pactadas en un convenio colectivo, de adoptar un convenio propio con carácter preferente sobre cualquier otro o simplemente de utilizar cualquiera de las normas flexibilizadoras previstas en el Estatuto de los Trabajadores facilita, paradójicamente, su adaptación para garantizar el ejercicio de un derecho fundamental. La flexibilidad legal resta rigidez a la norma e incrementa el poder de dirección del empresario, lo que afecta a su capacidad organizativa. No hay que olvidar, como venimos insistiendo a lo largo de este trabajo, que el interés legítimo que justifica una decisión limitante del ejercicio de libertad religiosa ha de ser objetivo, razonable y suficientemente contrastable.

La negociación colectiva es el instrumento idóneo para incluir como cláusula normativa la obligación del empresario, de acuerdo con su propia capacidad organizativa y de la flexibilidad legalmente prevista, de facilitar el ejercicio del derecho de libertad religiosa de sus trabajadores. Esta previsión implicaría que el empresario no debe esperar a que el trabajador solicite la adecuación de su actividad a sus creencias, sino que, tratándose de manifestaciones externas, son visibles para cualquier observador, y le corresponde a él, por la posición que ocupa dentro de la relación laboral, garantizar la igualdad de trato y la no discriminación a través de los ajustes razonables que sean necesarios y factibles.

La inclusión del ajuste razonable como obligación del empresario para garantizar el ejercicio del derecho de libertad religiosa traería como consecuencia que su incumplimiento podría constituir indicio razonable de un acto discriminatorio que se salvaría desde la imposibilidad de su aplicación. Ello, evidentemente, no afecta al carácter, discriminatorio o no, de la orden o práctica que en sí misma prohíba la utilización de estas prendas o símbolos de carácter religioso que, en todo caso, deberá ser resuelto en los tribunales, pero en los que el indicio para la existencia de discriminación vendría dado por el incumplimiento, injustificado o no, suficientemente motivado, del ajuste razonable previsto convencionalmente.

La previsión convencional de esta obligación, junto a una adecuada regulación, lo más flexible posible de la uniformidad exigible como imagen de la

empresa y/o una justificada neutralidad religiosa, facilita el ejercicio del derecho para el trabajador, garantiza la imagen corporativa que la empresa quiera transmitir, dificulta conductas discriminatorias y, en consecuencia, disminuye el conflicto.

VII. CONCLUSIONES

Si algo está caracterizando hoy en día las relaciones de trabajo es la difuminación de los límites de la relación laboral, el individualismo frente a la defensa de lo colectivo y el protagonismo del interés de la empresa frente los derechos de los trabajadores. La globalización, el mercado, las nuevas tecnologías y de forma muy destacada las TIC han provocado una disrupción en las relaciones laborales en la que la convivencia entre el modelo tradicional y el nuevo no siempre es pacífica; no obstante, esta situación sí está homogeneizando una tendencia a la baja de los derechos laborales cada vez más cuestionados por un mercado cambiante que trata de imponer sus reglas haciendo prevalecer el interés del empresario como medio de subsistencia.

El marcado carácter liberal que se está imponiendo dentro de las relaciones laborales, auspiciado por las constantes reformas laborales, van minando los derechos de los trabajadores a través de la flexibilización de sus condiciones de trabajo que impactan directamente en la capacidad organizativa del empresario como herramienta para garantizarse una posición prevalente en el mercado.

Esta realidad, aparentemente, está provocando una disminución del conflicto colectivo, pero también un resurgir individual a través de la exigencia de los derechos fundamentales. Canalizar, sin embargo, el equilibrio a partir del reconocimiento de derechos trae importantes consecuencias no siempre positivas para quien los reclama, y es aquí donde la ley, la jurisprudencia y la negociación colectiva, probablemente sectorial, tienen mucho que decir.

No es cuestionable que la utilización de símbolos, vestimentas o adornos de contenido religioso, como manifestación externa del derecho de libertad religiosa, no puede ser limitada salvo por razones de orden público, salud, seguridad o por el ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos. Son los límites impuestos por estos últimos los que pueden llegar a impedir el ejercicio de otro derecho, como es el derecho al trabajo garantizado por el artículo 35 de la Constitución Española, bien porque al entrar en conflicto con el derecho del trabajador a la libertad religiosa su ejercicio se convierte

en un proceso de elección que desde un punto de vista constitucional resulta totalmente inadmisibles.

El carácter no absoluto de los derechos fundamentales implica que existen límites al ejercicio de los derechos, pero cuando confluyen con los de otros sujetos que también los tienen protegidos. En la relación contractual, este conflicto se manifiesta entre el derecho de libertad de empresa del empresario y el derecho de libertad religiosa del trabajador. Tradicionalmente, el carácter privativo de las relaciones contractuales ha traído como consecuencia la prevalencia del derecho del empresario frente al ejercicio de cualquier otro derecho que pueda conllevar una limitación a su capacidad organizativa.

La falta de una regulación legal o convencional sobre el ejercicio de este derecho dentro de las relaciones laborales ha dejado en manos de los tribunales la solución de este conflicto. Entre las distintas técnicas utilizadas, la más aceptada en la actualidad es la aplicación del test de la proporcionalidad en la interpretación del derecho. Sin embargo, el margen de valoración de cada uno de los test que lo integran, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, hace que no siempre sea el más respetuoso con la justificación de los límites del derecho de libertad religiosa, subordinándolos a un interés de la empresa que se considera más legítimo.

La necesidad de garantizar el ejercicio del derecho de libertad religiosa hace que nos planteemos, como ya han hecho los tribunales, la aplicación de otras técnicas, como la del acomodo razonable, que si bien no va a solucionar todos los problemas que pueden derivarse de este conflicto, sí va a otorgar validez a la necesidad de limitar el poder de dirección a favor de no hacerlo con el derecho de libertad religiosa. Con esta técnica, el límite viene impuesto por el derecho del empresario, y sólo cuando se considera excesivo puede limitarse sin incurrir en un supuesto de discriminación.

Esta técnica también tiene un aspecto negativo, y es la libertad que se le otorga al juez para valorar el concepto *excesivo*. Una interpretación muy restrictiva podría conllevar una modificación de las propias condiciones contractuales, algo que, entendemos, iría en contra del contenido esencial del derecho de libertad de empresa, y una interpretación amplia limitaría en exceso el derecho del trabajador en beneficio del interés del empresario.

Es necesario buscar el justo equilibrio entre la aplicación de las distintas técnicas interpretativas, algo a lo que puede favorecer una previsión convencional sobre la necesidad de procurar un ajuste razonable en garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores.

VIII. BIBLOGRAFÍA

- CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, “Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 199, 2017 (BIB 2017/12358).
- CÁMARA BOTÍA, Alberto, “La libertad de vestir del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2013 (BIB 2013/1564).
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “Las manifestaciones externas de la religiosidad en el ordenamiento jurídico español: el empleo de la simbología religiosa”. “El ejercicio de la libertad religiosa en España cuestiones disputadas”, Ministerio de Justicia, 2003.
- CARRETERO GARCÍA, Ana, “Sin burka por prohibición, nota a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1o. de julio de 2014”, *Revista Centro de Estudios de Consumo, de Derecho de Consumo*, núm. 11/2014, disponible en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.
- GOÑI SEIN, José Luis, “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, Universidad Pública de Navarra, 2014, disponible en: https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, “Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos”.
- LEMUS DIEGO DE, Ma. Teresa, *Libertad religiosa, simbología y derecho comparado*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, Colección Vitor, 2016.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María, “Balance de la libertad religiosa en España (situación de la mayoría católica)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011. *Annuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012.
- MEDINA, Graciela, “Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa”, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 19, enero de 2015.
- NUEVO LÓPEZ, Pablo, “Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el derecho de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto* 65, núm. 2, 2017.

- OJEDA AVILÉS, Antonio, “Libertad religiosa *versus* libertad de empresa. Las técnicas de ajuste”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador, “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *Revista Foro*, nueva época, núm. 13, 2011.
- ROJAS, Raúl, “La libertad religiosa en la relación laboral. ¿Se puede prohibir el velo islámico en los lugares de trabajo”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 929/2017 (BIB 2018/11813).
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Tras el debate en el aula iuslaboralista de la UAB sobre libertad religiosa y relaciones de trabajo. Unas notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 (*caso Acciona Airport Services SAU*)”, 2017, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/libertad-religiosa-y-relaciones-de.html>.
- SALANOVA SÁNCHEZ, Belén, “El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la empresa privada: el acomodo razonable”, Universidad Carlos III de Madrid, tesis doctoral, 2016.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, “Acomodo razonable en Canadá y discriminación indirecta en Europa como garantía del principio de igualdad”, *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017.
- TOLEDO OMS, Albert, “Relación laboral y libertad religiosa”, Universitat de Barcelona, tesis doctoral, 2016.
- VILLALVA SÁNCHEZ, Alicia, “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador”, Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014.

MEDIDAS EMPRESARIALES DE DIVERSIDAD E INCLUSIÓN PARA EL COLECTIVO LGTBI: UN ANÁLISIS JURÍDICO LABORAL*

BUSINESS MEASURES OF DIVERSITY AND INCLUSION
FOR THE LGTBI GROUP: A LABOR LEGAL ANALYSIS

MESURES COMMERCIALES DE DIVERSITÉ
ET D'INCLUSION POUR LE GROUPE LGTBI:
UNE ANALYSE JURIDIQUE DU TRAVAIL

José M. MORALES ORTEGA**

RESUMEN: La diversidad e inclusión son conceptos que están tomando un enorme protagonismo en la gestión empresarial, y se está haciendo, principalmente, con el soporte ofrecido por la responsabilidad social empresarial. Así pues, las empresas, aunque no todas, están adoptando medidas favorecedoras de la diversidad en sus plantillas, lo que tiene como antesala la inclusión de los colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo. De ellos, en este estudio se centra la atención en las personas LGTBI, cuya discriminación laboral, de conformidad con los datos, es elevada y, en consecuencia, preocupante, sobre todo para las personas trans. Partiendo de la realidad de este colectivo y de la configuración jurídica de la causa o de las causas de esta discriminación, se analizan los informes y documentos empresariales —de grandes empresas y de mul-

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de septiembre de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación denominado “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social” (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479).

** Se ha compaginado la docencia con la investigación. Respecto a la primera, se han impartido clases en grado y postgrado —doctorado y masteres, como Abogacía, Igualdad y Mediación— en distintas asignaturas vinculadas a la rama del derecho del trabajo y de la seguridad social. Algunas adaptadas a sectores productivos, como Legislación Laboral en el sector turístico, y otras específicas, como Relaciones Laborales en la Empresa o Negociación Colectiva y Resolución Extrajudicial de Conflictos de Trabajo.



tinacionales al ser las que están poniendo en práctica estas estrategias— que van a permitir conocer si, en efecto, se está favoreciendo la lucha contra la discriminación, la inclusión laboral y el respeto y el fomento de la diversidad de las plantillas como instrumentos, primero, de desarrollo personal y, segundo, profesional de las personas LGTBI. De dicho análisis se han extraído las oportunas conclusiones, que no son particularmente esperanzadoras, ya que esta pretendida diversidad e inclusión, al menos para los/as trabajadores/as LGTBI, es más formal que real, al responder, con más frecuencia de la deseada, a objetivos empresariales —económicos y de imagen corporativa— más que de normalización laboral de este colectivo.

Palabras clave: Discriminación, diversidad, inclusión, LGTBI.

ABSTRACT: Diversity and inclusion are concepts, which are taking an enormous role in business management; and it is being done, mainly, with the support offered by corporate social responsibility. Thus, companies, although not all, are adopting measures that favor the diversity of their workforce, which has as a prelude the inclusion of disadvantaged groups in the labor market. Of these, this study focuses on LGTBI people, whose employment discrimination, according to the data, is high and, consequently, worrying; especially for trans people. Starting from the reality of this group and the legal configuration of the cause or causes of this discrimination, reports and business documents are analyzed —of large companies and multinationals as they are putting these strategies into practice—, which they will allow to know if, in effect, the fight against discrimination, labor inclusion and respect and the promotion of the diversity of the workforce are being favored as instruments, first, of personal development and, second, professional development of LGTBI people. From this analysis, the appropriate conclusions have been drawn, which are not particularly hopeful, since this alleged diversity and inclusion, at least for LGTBI workers, is more formal than real when responding, with more often than desired, to business objectives —economic and corporate image— rather than to labor normalization of the group.

Keywords: Discrimination, diversity, inclusion, LGTBI.

RÉSUMÉ: La diversité et l'inclusion sont des concepts qui jouent un rôle énorme dans la gestion d'entreprise; et cela se fait, principalement, avec le soutien offert par la responsabilité sociale des entreprises. Ainsi, les en-

treprises, mais pas toutes, adoptent des mesures qui favorisent la diversité de leurs effectifs, ce qui a pour prélude l'inclusion de groupes défavorisés sur le marché du travail. Parmi ceux-ci, cette étude se concentre sur les personnes LGTBI, dont la discrimination à l'emploi, selon les données, est élevée et, par conséquent, préoccupante; surtout pour les personnes trans. Partant de la réalité de ce groupe et de la configuration juridique de la ou des causes de cette discrimination, des rapports et documents commerciaux sont analysés —de grandes entreprises et multinationales au moment de la mise en œuvre de ces stratégies—, ce qu'ils permettront de savoir si, en effet, la lutte contre la discrimination, l'inclusion et le respect du travail et la promotion de la diversité de la main-d'œuvre sont favorisées en tant qu'instruments, d'une part, de développement personnel et, d'autre part, de développement professionnel des personnes LGTBI. De cette analyse, les conclusions appropriées ont été tirées, qui ne sont pas particulièrement encourageantes, car cette prétendue diversité et inclusion, du moins pour les travailleurs de LGTBI, est plus formelle que réelle lorsqu'elle répond, avec plus de fréquence que souhaité, aux entreprises. objectifs —économiques et d'image de l'entreprise— plutôt qu'à la normalisation du travail du collectif.

Mots-clés: Discrimination, diversité, inclusion, LGTBI.

SUMARIO: I. *Algunos aspectos de la realidad LGTBI.* II. *La diversidad sexual y de género: causa de discriminación.* III. *La invisibilidad LGTBI en el contexto laboral.* IV. *Empresas y trabajadores/as LGTBI.* V. *Diversidad e inclusión: elementos de gestión empresarial.* VI. *Medidas empresariales a favor de los/as trabajadores/as LGTBI.* VII. *Una conclusión, una desilusión.* VIII. *Bibliografía e informes.*

I. ALGUNOS ASPECTOS DE LA REALIDAD LGTBI

Cuando se habla del colectivo de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI) se está llevando a cabo un reduccionismo para referirse a personas con problemáticas distintas. De ahí que necesariamente la premisa de partida no puede ser otra que reconocer la diversidad dentro de la diversidad. Cada subgrupo integrante de este colectivo demanda un tratamiento diferenciado, ya que la causa y los efectos de su discriminación son distintos. Ahora bien, lo habitual es que se identifiquen a nivel político, social, normativo y, por supuesto, laboral. Siendo así, se plantea un doble

problema. Por un lado, el desconocimiento de sus diferentes realidades, y por otro, la desatención de algunos de estos subgrupos y/o el tratamiento desequilibrado de algunos de ellos en relación con los demás.

Mientras que los hombres homosexuales son, pese a todo, los que tienen una mayor atención y normalización, no sucede lo mismo con las lesbianas¹ que, además, por el hecho de ser mujeres y homosexuales, sufren una discriminación múltiple o interseccionalidad. Por su parte, el desconocimiento de bisexuales e intersexuales conduce a que no se adopten medidas, o sean muy escasas,² para favorecer el pleno desarrollo de estas personas en todas las esferas de su vida —incluida la laboral—. Pero si hay un subgrupo que requiere de una muy particular atención, este no es otro que el de las personas trans. Lógicamente, en la actualidad, hay que diferenciar, ya que son realidades distintas, entre personas transexuales y personas transgénero. Aunque sobre ambas siguen recayendo, con enorme virulencia, los prejuicios sociales, las segundas tienen que vencer el hándicap del desconocimiento, lo que viene a agravar su situación. Así, las personas trans tienen enormes problemas de integración y normalización social, como lo prueban, siendo un dato paradigmático, sus índices de inserción laboral; una inserción que, como es sabido, de no producirse conduce irremediablemente a la exclusión social y, con ella, a la pobreza. Por consiguiente, se hace imprescindible articular medidas favorecedoras de la indicada integración y normalización, sobre todo durante el periodo de transición. Sin embargo, la tónica es la ausencia de instrumentos y medidas, lo que provoca, como mínimo, una protección incierta de este colectivo.

En los últimos tiempos, y de ahí el signo de más (+) que se suele acompañar a las conocidas siglas, se han ido incorporando otros subgrupos, como el Queer y el género fluido; en sendas ocasiones, más allá de las cuestiones conexas con el derecho a la diversidad sexual y de género, está presente otro derecho que va a tener una enorme significación en el ámbito laboral, como es el derecho a la apariencia externa. La expresión de géneros no ortodoxos

¹ Por ejemplo, es muy significativo, a estos efectos, que la Comisión Europea, en su *Informe 2021 sobre la aplicación de la Directiva 2000/78*, no incluya a las lesbianas entre los colectivos de mujeres que requieren de una especial atención en materia de integración en el empleo y la ocupación desde una perspectiva de género —COM (2021) 139 final, p. 14—.

² Naciones Unidas prefiere decir que “los Estados y las empresas tienden a llevar un cierto retraso en lo que respecta a esos dos sectores de la comunidad LGTBI”; *Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales. Normas de conducta para las empresas*, 2017, p. 10.

o de un tercer género puede provocar desde reticencias hasta rechazos de la sociedad en general, y del empresariado en particular.

Ahora bien, esta diversidad no sólo se manifiesta de manera individual. No puede olvidarse que todos estos subgrupos van a relacionarse y a crear vínculos afectivos y sexuales igualmente diversos. Como consecuencia de ello, no debe obviarse que ha cambiado el tradicional concepto de familia que, por lo que aquí importa, obliga a mencionar a las familias monoparentales, los matrimonios y las parejas de hecho homosexuales y las familias arco iris. Todas estas expresiones van a reclamar sus derechos —tanto laborales como de protección social— en el contexto de la empresa.

Después de lo dicho, lo lógico sería abordar el fenómeno discriminatorio de cada uno de estos subgrupos de manera independiente; sin embargo, ni la intención es esa, ni la extensión de este trabajo lo permite. Por ello, se va a estudiar de manera conjunta el colectivo LGTBI, lo que se puede justificar con un doble argumento. En primer lugar, porque, pese a las peculiaridades de cada uno de los integrantes de este amplio colectivo, todos tienen un denominador en común, consistente en que son manifestaciones del derecho, entendido en sentido amplio, al libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho a ser y a sentir diferente a los cánones impuestos por la heteronormatividad³ —impregnada de factores sociales, culturales y religiosos—, lo que se traduce en el derecho a la diversidad sexual y de género o, si se prefiere, a la identidad sexual y de género. En segundo lugar, porque este tratamiento conjunto, como es lógico, no impide que se puedan ir haciendo, al hilo de cada uno de los apartados, las precisiones necesarias en relación con cada subgrupo, lo que va a permitir una visión completa del colectivo LGTBI. Una visión que requiere de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, hay que recordar que aún hoy son muchos los países⁴ que siguen criminalizando la diversidad sexual y de género, sin que pueda justificarse por motivos culturales y/o religiosos. Ello supone un atentado a todas las declaraciones internacionales reconocedoras de derechos humanos. Junto a éstos, son también demasiados los países que, simplemente, despenalizan esta diversidad, pero sin reconocer derechos a las personas LGTBI. Son, por tanto, muy pocos los Estados que han normalizado y han reconocido una

³ CCOO, *Diversidad afectiva y sexual: una cuestión sindical*, 2017, p. 8.

⁴ “La mayoría de los estados miembros no protegen de forma efectiva contra la discriminación por motivos de orientación sexual, y son pocos los que protegen los derechos de las personas trans y muy pocos los que han tomado medidas para proteger a las personas intersexuales”; Naciones Unidas, *Hacer frente a la discriminación...*, *cit.*, p. 15.

plena y real igualdad jurídica a este colectivo. En ello influye su grado de aceptación social, la cual, en Europa, según datos de la Estrategia Europea,⁵ ha aumentado en los últimos años pasando del 71% en 2015 al 76% en 2019. Pese a haber habido un aumento, éste no ha sido especialmente significativo, quedando, por tanto, un reducto importante de personas que rechazan esta expresión de la diversidad. Pero lo más alarmante es que nueve países han empeorado su porcentaje de aceptación. Muy unido a ello está el dato de que las personas LGTBI son las principales víctimas de los delitos de odio, sin entrar, por supuesto, en los discursos y las declaraciones, cada vez más frecuentes, LGTBIfóbicos, muy especialmente la tendencia a declarar espacios como zonas libres de ideología LGTBI.

En segundo lugar, la discriminación, con mayor o menor incidencia, está presente en todos los países. De acuerdo con la Estrategia Europea, el porcentaje de personas LGTBI que se han sentido discriminadas ha pasado del 37% en 2016 al 43% en 2019. Siendo así, no existe correspondencia entre los datos de aceptación y de discriminación, ya que por lógica una mayor aceptación debería ir acompañada de una menor discriminación. Estos datos no mejoran cuando se acude a la discriminación laboral, la cual, en 2019, alcanzó al 19% de las personas homosexuales y bisexuales, al 32% de las intersexuales y al 35% de las personas trans. Porcentajes, todos ellos, inaceptables, que, además, hay que valorar con enorme cautela, ya que es habitual la falta de denuncias de este colectivo, principal pero no exclusivamente por miedo a la visibilidad.

Con todo ello, hay que admitir que la diversidad y la discriminación de las personas LGTBI son dos realidades en las sociedades actuales. Dando un paso más, las empresas suelen ser un ecosistema de la realidad. Pues bien, siendo así, no debe extrañar que en éstas haya —o deba haber— diversidad y haya —pero no deba haber— discriminación. Sin embargo, no todas las empresas tienen plantillas diversas —una diversidad que incorpore al colectivo LGTBI— ni, por supuesto, todas practican reales políticas antidiscriminatorias. De ahí la necesidad de articular medidas en un doble sentido. Por un lado, que favorezcan y garanticen la diversidad; unas medidas que deben exceder las meras declaraciones de buenas intenciones, para convertirse en verdaderos instrumentos aseguradores de la inserción laboral de todas las personas, con independencia de su identidad sexual y/o de género. Y por

⁵ Todos los datos suministrados en texto son de la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ en sus pp. 3, 2 y 5 —COM (2020) 698 final—.

otro, no adoptar ninguna decisión que suponga una discriminación hacia las personas LGTBI y, a la par, prohibir cualquier manifestación, en esta dirección, por parte de todos los integrantes de las plantillas, incluso cuando éstas provengan de otros *stakeholders* como proveedores o clientes.

II. LA DIVERSIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO: CAUSA DE DISCRIMINACIÓN

Como toda discriminación, la sufrida por las personas LGTBI es resultado de los prejuicios sociales, que conducen a la estigmatización del correspondiente colectivo, colocándolo en una situación de desventaja social y, por ende, jurídica. De este modo, se le está dando un trato peyorativo con base en un criterio arbitrario e irrazonable —en estas páginas, la condición LGTBI—. Pese a la obviedad de lo dicho, lo cierto es que el reconocimiento de esta causa de discriminación ha tenido y está teniendo un recorrido tortuoso y lento, que se va a complicar por la necesidad de reformular su configuración debido a la diversidad de este colectivo. No hay que olvidar que las causas de la discriminación tienen que ir actualizándose de conformidad con los nuevos fenómenos discriminatorios, pues de lo contrario se estarían autorizando tratos desiguales basados en criterios discriminatorios.

Hasta el momento, la discriminación del colectivo LGTBI se ha canalizado, con todas sus deficiencias, en el caso de las personas transexuales, a través de la discriminación por razón de género, mientras que para homosexuales y bisexuales ha habido tres opciones. En unos casos, el reconocimiento expreso de la orientación sexual como causa de discriminación; en otros, mediante la subsunción de esta causa en las habituales cláusulas de cierre, que suelen acompañar a los catálogos, y, por último, mediante vías indirectas, mucho más artificiosas, como la llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha reconducido estos casos de discriminación al derecho a la vida privada.⁶ Sea cual sea la opción, lo importante es que se reconozca esta discriminación a fin de no perpetuarla. Ahora bien, como se ha anticipado, la realidad de este colectivo ha variado, lo que hace, cuando menos, dudar de las clásicas configuraciones.

⁶ Sobre la evolución de esta doctrina, Manzano Barragán, Iván, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LXIV/2, 2012, pp. 49 y ss.

Comenzando con las personas trans, el problema se focaliza en las transgénero,⁷ ya que, en estos casos, la persona no se somete a los tratamientos hormonales ni a la intervención quirúrgica, sino que, simplemente, tiene una expresión de género distinta a la que le correspondería conforme a su sexo biológico. No parece que el elemento determinante del género —constructo social— tenga que ser la genitalidad, sino el derecho de toda persona a expresarse conforme a su identidad, sea masculina, femenina o no binaria. De este modo, se edificaría sobre el derecho de autodeterminación de todo ser humano,⁸ y bajo este derecho, la expresión de género es la causa de discriminación.

Siguiendo con las personas intersexuales, su discriminación no es fruto de su orientación sexual, sino de su identidad sexual. Una identidad que, como en el caso precedente, formaría parte de su derecho de autodeterminación, y que, a efectos de discriminación, sería por sus características sexuales.

Menores problemas plantean las personas homosexuales y bisexuales, cuya discriminación obviamente sí quedaría incluida en la orientación sexual. No obstante, ello no quiere decir que se trate de un tema pacífico. En estos supuestos, la cuestión se traslada a las parejas del mismo sexo. Con otras palabras, las uniones homosexuales pueden ser discriminadas con respecto a las heterosexuales, salvo que los ordenamientos jurídicos reconozcan una equiparación total de los derechos de ambas expresiones de relaciones afectivas y sexuales. Sin embargo, ello, hoy por hoy, no es así en todos los países, lo que está provocando una importante litigiosidad tanto a nivel nacional como supranacional.

Con estas consideraciones se pretende destacar que las, hasta ahora, causas de discriminación del colectivo LGTBI no son suficientes ni omnicomprensivas de sus distintas realidades. De ahí que se haga necesario, por parte de los sujetos competentes, un esfuerzo adicional que permita delimitar los contornos de estas causas de discriminación, que serían perfectamente conducibles a que nadie puede ser discriminado por su identidad sexual y/o de género. Estas diferentes identidades son la base importante, pero no

⁷ Es necesario adoptar medidas para “mejorar las definiciones jurídicas para garantizar que la protección incluy[a] a todas las personas transgénero y no sólo a las transsexuales que se someten o se han sometido a un cambio de sexo”; Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de la Unión Europea —A8-0225/2019—.

⁸ Derecho de autodeterminación personal, que sirve de sustento para el reconocimiento del género, *Estrategia para la igualdad de las personas LGTBQ*, p. 18.

exclusiva, del pleno desarrollo del ser humano, y sin cuya debida protección se mutila al individuo al impedírsele el disfrute, general o particular, de derechos.

Esta pretensión, sin embargo, se mueve en el campo del desiderátum, por la sencilla razón de que el reconocimiento de la orientación sexual, como causa de discriminación, todavía no se ha producido a todos los niveles ni en todos los ámbitos; para lograrse, cuando se ha logrado, ha tenido que recorrer un largo camino no exento de muchas cortapisas. Ahora bien, hay razones más que suficientes para que esa ampliación de la configuración de la discriminación LGTBI vaya tomando cuerpo en los diferentes catálogos nacionales e internacionales. Y, al mismo tiempo, las empresas vayan interiorizando, en sus formulaciones de cláusulas antidiscriminatorias, estas nuevas causas, que permitan abarcar todas las realidades LGTBI. Sólo así será posible, de un lado, que no se mantengan estas discriminaciones, y, de otro, que no se generen espacios de desprotección para las personas LGTBI. Es más, en esta configuración no se pueden desatender determinadas expresiones de la discriminación, con especial incidencia en el contexto laboral.

En primer lugar, las personas LGTBI, con demasiada frecuencia, son víctimas de una *discriminación múltiple*, de tal modo que las medidas instituidas para combatir esta discriminación tienen que diseñarse atendiendo a esta posibilidad, que acrecienta y enfatiza la desventaja jurídica de estas personas. Sin embargo, la tónica general es su desatención.

En segundo lugar está la *discriminación por error*. Con ésta se discrimina a personas, a las que se identifica con el colectivo LGTBI, debido a los distintos estereotipos creados para cada uno de sus subgrupos, y que responden a una apariencia externa, que engloba expresiones tanto actitudinales como de imagen. Por ejemplo, el amaneramiento o una determinada forma de vestir. Una apariencia que no tiene necesariamente que corresponderse con su orientación sexual, pero que le puede perjudicar en su relación laboral.

En tercer lugar se encuentra la *discriminación por asociación*. En esta ocasión, la persona no LGTBI es discriminada por su relación con una persona LGTBI. Esto hay que conectarlo con la victimización secundaria, con la que los prejuicios hacia este colectivo se extienden a todos los miembros de la familia, pudiendo sufrir, en consecuencia, el mismo rechazo; o sea, idéntica discriminación. A pesar de que no puede negarse esta extensión del fenómeno discriminatorio, su reflejo en los textos normativos es todavía, en muchos países, una mera entelequia. Y, por serlo, se está dejando a un importante número de

personas carentes de protección. De ahí la necesidad de extenderla a los familiares, e incluso, por qué no, a todo individuo que se pueda ver perjudicado en sus derechos por dichas relaciones.

A estas tres consideraciones hay que añadir otras dos con trascendencia para el desarrollo profesional de las personas LGTBI. Por un lado, hay que prestar especial atención, aunque no sea una característica exclusiva de estas personas, a los diferentes grados de intensidad de la discriminación. Así, se puede hablar de bajos, medios y altos niveles, y todos ellos se dan —o pueden darse— en la empresa, ya provengan de la misma o de los compañeros de trabajo. Éstos irían de la broma o el chiste LGTBIfóbico a la agresión física o síquica pasando por el comentario personal. Sin embargo, los de baja o media intensidad suelen ser, desgraciadamente, aceptados con naturalidad por sus víctimas, de tal modo que sólo las situaciones extremas⁹ adquieren relevancia jurídica. Por otro lado, no hay que olvidar que el colectivo LGTBI, en el contexto de la relación de trabajo, no sólo puede ver vulnerado su derecho a no ser discriminado, sino que también pueden violarse otros conexos como los derechos a la dignidad, a la integridad física o síquica y a la intimidad.

III. LA INVISIBILIDAD LGTBI EN EL CONTEXTO LABORAL

La invisibilidad de las personas LGTBI en el entorno de trabajo es una realidad a nivel internacional¹⁰ que no puede ser desconocida, ya que tiene importantes consecuencias personales y laborales, y ello, sin duda, es porque aunque se haya aceptado la lucha contra la discriminación de este colectivo,

⁹ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, 2017, p. 67.

¹⁰ Incluso en los países con más aceptación social, sólo el 40% de los/as trabajadores/as LGTBI hablarían libremente de “gender identity/expression or sexual orientation at work”, y sólo salen del armario el 31%, que se reduce al 21% en los puestos más altos; Accenture, *Visible growth; invisible fears. Getting tu equal 2020: pride*, 2020, pp. 5 y 7. En Europa, el 53% “prácticamente nunca o rara vez expresan de forma abierta que son LGBTI”, *Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ*, p. 16. En España, menos de 4 de cada 10 personas LGTBI están “fuera del armario” en el contexto laboral; porcentaje que aumenta al 53% en las empresas con programas LGTBI; REDI, *Memoria*, 2019, p. 8. Con otros datos, pero igual conclusión, UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos. La diversidad sexual, familiar y de género en el trabajo. Propuesta sindical*, 2020, p. 6, e *Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, 2009, p. 11.

se produce un ocultamiento preventivo,¹¹ que se extiende a todas las esferas, incluida las redes sociales¹² que, como es sabido, son, en la actualidad, una importante fuente de información para las empresas.

Este ocultamiento es consecuencia de los “efectos perniciosos y contra-productivos”¹³ que tiene la visibilidad, y que no quedan neutralizados por el vínculo contractual del trabajador/a LGTBI.¹⁴

Esta invisibilidad es más acusada en sectores tradicionales —como el educativo—¹⁵ y/o masculinizados¹⁶ y en empresas con plantillas con una alta edad media y/o con compañeros con un bajo nivel formativo.¹⁷ Igualmente, es más compleja en el sector privado que en el público, y en las pequeñas y medianas empresas que en las grandes.¹⁸ Junto a éstos, influyen otros factores, tales como la edad de la persona LGTBI —suele ser más frecuente la visibilidad en las personas jóvenes—, el subgrupo al que se pertenece, y el entorno en el que se vive —las personas LGTBI de las grandes ciudades suelen ocultar más su condición en el trabajo que las que residen en los entornos pequeños, en los que la “salida del armario” se extiende a todos los ámbitos del ser humano—¹⁹. Todas estas variables son las barajadas por la persona LGTBI en su llamado *the disclosure dilemma*.²⁰

Pero lo más significativo es que este ocultamiento también se ha interiorizado en el colectivo LGTBI como algo normal²¹ —se presenta como una invisibilidad voluntaria—²², que se ampara en una incorrecta lectura del

¹¹ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., pp. 6 y 25.

¹² *Ibidem*, p. 36.

¹³ Mairal Medina, Pilar y Piedad Osorio, Luz, *Concepciones, actitudes y comportamientos respecto a la homofobia en el ámbito laboral de Coslada*, p. 34.

¹⁴ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 32.

¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁶ Como industria o construcción, CCOO, *Diversidad afectiva...*, cit., p. 9.

¹⁷ Marco, Donatella di et al., *Experiencias lesbianas y gays en el trabajo*, disponible en: <https://archivo.amecopress.net/-2020/pdf/experiencias-de-lesbianas-y-gays-en-el-trabajo.pdf>, sin numerar.

¹⁸ CCOO, *Diversidad afectiva...*, cit., p. 9.

¹⁹ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 31.

²⁰ *Una cuestión de confianza: la visibilidad LGTB en el lugar de trabajo*, 2013, sin numerar. También, en Fundación Seres, *Buenas prácticas en diversidad LGTBI*, 2017, p. 6.

²¹ *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 8, y *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., pp. 35, 37 y 67.

²² *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 34. “Y supone un continuo control de la información... [que] genera una situación de estrés..., que, finalmente, juega en contra del desarrollo natural de las relaciones laborales”; UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 10.

derecho a la intimidad cuando, en puridad, sólo se justifica por el miedo a ser discriminado en la empresa.²³ Aun así, esta invisibilidad no asegura al trabajador/a LGTBI quedar indemne de la discriminación, y en ello influyen los conocidos estereotipos.

Las consecuencias profesionales de esta invisibilidad son, en primer lugar, que estos/as trabajadores/as prefieren no disfrutar de determinados derechos²⁴ concedidos legal o convencionalmente, que hacer pública su condición LGTBI, convirtiéndose esta renuncia en “la máxima expresión de la discriminación”;²⁵ en segundo lugar, que conduce a la llamada autosegregación sectorial,²⁶ es decir, a buscar la inserción laboral en aquellos sectores más proclives o más favorables a tener plantillas diversas.²⁷ En tercer lugar, que es causa de una menor productividad²⁸ y un mayor absentismo²⁹ debido, de un lado, a la necesidad de tener que estar ocultándose continuamente, y, de otro, a no sentirse parte de la empresa.

Esta invisibilidad, en el caso de las personas trans, se manifiesta, por razones lógicas, de dos maneras distintas. Por un lado, la persona trans que, en cualquiera de sus dos versiones, ha realizado el proceso de transición se manifiesta y presenta conforme a su género, por lo que necesariamente va a hacer visible su identidad. En estas ocasiones, lo frecuente es que se omita cualquier referencia a su pasado como una forma, también, de romper con él.³⁰ Este ocultamiento, aunque en principio no tiene por qué tener ninguna consecuencia laboral, también puede ocurrir lo contrario, ya que el conocimiento de dicho pasado puede conllevar actos o decisiones discriminatorias. Por otro lado, las personas trans que ocultan su condición y, con ella, la decisión de someterse a la reasignación de género con la única finalidad de asegurarse su

²³ UGT, *Guía sindical sobre diversidad sexual y afectiva en el entorno laboral*, 2017, p. 8; *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 14, y CCOO, *Diversidad afectiva...*, cit., p. 8.

²⁴ UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 11, y CCOO, *Diversidad afectiva...*, cit., p. 24.

²⁵ UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 11.

²⁶ O “segmentación forzada”; es una forma de “discriminación estructural”, que pone límites a la carrera profesional; UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 10. Y en *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., pp. 30 y 67.

²⁷ Es el caso del “sector servicios, y [de] áreas más innovadoras o modernas”, *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 29.

²⁸ OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente*, 2011, p. 57.

²⁹ *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 14.

³⁰ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 48.

inserción laboral.³¹ No cabe duda que en estos casos, si la persona trans se somete a la readaptación del género durante la relación laboral, la empresa no puede justificar sus decisiones con el argumento de que el/la trabajador/a omitió o mintió en el proceso de selección, ya que se tratarían, todas ellas, de decisiones discriminatorias. El único supuesto que puede plantear alguna duda es cuando el género es determinante del puesto de trabajo; en estos casos, el cambio de género podría conllevar que la persona no resulte apta para el cumplimiento de sus tareas profesionales y, en consecuencia, se puedan adoptar las medidas oportunas.

Con este panorama, las acciones empresariales tienen que orientarse a favorecer la visibilidad de la condición LGTBI en el contexto laboral. Con tal finalidad, junto a la política antidiscriminatoria, debe crearse un clima de confianza que permita la libre expresión del trabajador/a.³² Aun así, esta visibilidad no se suele dar desde el primer momento,³³ sino que hay un proceso de adaptación o, si se quiere, de conocimiento de la realidad empresarial, permisivo del pleno desarrollo del trabajador/a LGTBI.

IV. EMPRESAS Y TRABAJADORES/AS LGTBI

Aunque quede mucho camino por recorrer hasta que la realidad LGTBI esté presente con total normalidad en las empresas, de modo que las personas de este colectivo puedan desarrollarse de manera plena tanto personal como profesionalmente en el entorno laboral, en los últimos tiempos se puede apreciar un leve cambio de tendencia en los comportamientos empresariales. Una nueva actitud, sin ningún género de dudas, condicionada por la progresiva y lenta aceptación social, por los avances normativos nacionales e internacionales y por la acción de todos los agentes implicados —asociaciones, sindicatos y organizaciones empresariales—, y para la que están siendo fundamentales las recomendaciones provenientes de organismos internacionales y nacionales, al servir de hojas de ruta a las empresas, que integran la diversidad

³¹ UGT indica que es frecuente “postergar *sine die* su camino hacia el sexo sentido”, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, *cit.*, p. 11.

³² En el mismo sentido, Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, *cit.*, p. 7, y en este informe se contiene la hoja de ruta para crear un ecosistema de confianza, pp. 8-10.

³³ La salida del armario en el trabajo “no es inmediata, sino que se realiza tras una evaluación de riesgos y se realiza en los espacios de confianza que se van generando”, *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, *cit.*, p. 40.

LGTBI. Desafortunadamente, dicho cambio no es la tónica general de las empresas, de ahí que haya tres comportamientos posibles en relación con los/as trabajadores/as LGTBI.

En primer lugar, las empresas que niegan este tipo de discriminación, como mucho, admiten la existencia de hechos puntuales y aislados.³⁴ Obviamente, en cuanto que se niega la mayor, se está negando la necesidad de articular medidas favorecedoras de la lucha contra su discriminación y a favor de su inclusión laboral. Los motivos de este comportamiento pueden ser muy variados; desde el desconocimiento de la realidad LGTBI hasta la conocida homofobia liberal,³⁵ pasando por ser sectores a los que por la autosegregación no acceden estos/as trabajadores/as.

En segundo lugar, las empresas que tienen entre sus principios de actuación la heteronormatividad y el heterosexismo son, en consecuencia, las potenciales vulneradoras de los derechos de estos/as trabajadores/as —incluidos, por supuesto, la no discriminación y la igualdad—. Dentro de éstas hay que incluir a las que consideran a las personas LGTBI como agentes provocadores³⁶ al distorsionar y entorpecer el clima laboral. Ni qué decir tiene que, salvo supuestos muy aislados como el conocido caso *Accept*,³⁷ esta ideología ni se divulga ni se conoce, pero se hace manifiesta ante decisiones y comportamientos discriminatorios.

En este segundo grupo cabe incluir a todas aquellas empresas que pretenden legitimar sus comportamientos discriminatorios con la argumentación de la afectación a la imagen de la empresa, como una expresión de su derecho a la libertad de organización y dirección. No es necesario detenerse en la certeza de ese derecho; no obstante, como también es sabido, los derechos no son omnímodos y, por no serlos, se encuentran con límites; desde luego, en el tema que se está abordando, esa libertad nunca puede conllevar la adopción de decisiones discriminatorias basadas en la diversidad sexual y/o de género del trabajador/a, además de que ésta nunca es un elemento conformador de la aptitud y de la actitud profesional. La admisión de dicha afectación afianza los prejuicios sociales hacia el colectivo LGTBI en cuanto personas que pueden dañar la imagen y reputación corporativa de la empresa.

³⁴ *Ibidem*, p. 53.

³⁵ Para su concepto, *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 9.

³⁶ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 56.

³⁷ Sentencia del asunto *Accept* del 13 de mayo de 2013 (C-81/12).

No obstante, hay que cuestionarse si dicho razonamiento tiene la misma validez en el caso de las empresas de tendencia, en cuanto que, con su actividad, transmiten una ideología que puede ser contraria a la diversidad sexual y/o de género, de modo que sirva de base para determinadas decisiones que, en el común de las empresas, serían discriminatorias. Para contestar a este interrogante hay que partir de que ni todos sus puestos de trabajo tienen como cometido la transmisión del correspondiente ideario, ni todos los comportamientos tienen por qué contradecirlo o menospreciarlo. Por consiguiente, sólo tendrían relevancia jurídica aquellos graves y notorios que desacrediten dicho ideario.³⁸ En el resto de las ocasiones, el hecho de ser una empresa de tendencia no legitimaría atentados a la no discriminación LGTBI.

En tercer lugar, las empresas que han apostado decididamente por la diversidad y la inclusión, y que, como es previsible, se trata de grandes empresas y multinacionales, ya que las pequeñas y medianas, hoy por hoy, desconocen o carecen de los medios para implementar políticas de diversidad. A este tercer grupo se va a dedicar el resto del estudio.

V. DIVERSIDAD E INCLUSIÓN: ELEMENTOS DE GESTIÓN EMPRESARIAL

La diversidad y la inclusión, pese a que no sean, o no debieran ser, conceptos desconocidos en la gestión de las empresas, están penetrando, en los últimos años, con fuerza; posiblemente porque, como se sabe y se ha dicho, la empresa es un reflejo de la sociedad, y la diversidad, históricamente solapada, cada vez más se está haciendo visible en todas las esferas y ámbitos, y, por consiguiente, la empresa no se puede mantener al margen de los mismos. Así pues, cualquier empresa, independientemente del sector o tamaño, debe ser permeable a esta realidad e implantar³⁹ esta diversidad e inclusión en su gestión de los recursos humanos. En esencia, esta diversidad e inclusión se presentan como dos caras de una misma moneda. De un lado, favorecen la incorporación al mercado del trabajo de todos los colectivos y, de otro, las empresas responden a las necesidades de esos colectivos. De conseguirse ambas pretensiones, se estará luchando contra la discriminación. Como puede

³⁸ Morales Ortega, José M., “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1999, p. 64.

³⁹ Sobre los distintos modelos y modos de implementación de la diversidad, *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., pp. 23 y ss.; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 21, y Comisión Europea, *Manual de formación en gestión de la diversidad*, 2007, pp. 18- 20.

apreciarse, pese a su clara interrelación, diversidad, inclusión y discriminación son conceptos distintos. De tal manera que una empresa puede no discriminar, pero, no por ello, ser diversa e inclusiva, ya que estas últimas requieren de un comportamiento proactivo a favor de los oportunos colectivos discriminados.

Esta diversidad está presente en todos los niveles. De ahí que no resulte extraño que, cada vez más, los documentos internacionales y nacionales aludan —mediante guías, propuestas, recomendaciones— a esta diversidad. Entre estos documentos, destacan, por su especificidad, las llamadas Cartas de Diversidad, las cuales contienen los valores y los principios básicos de actuación en materia de diversidad e inclusión. Eso sí, son formulados con una enorme generalidad; muchos de ellos forman parte de la más obvia lógica dentro de las coordenadas de esta diversidad e inclusión; son gratuitos y voluntarios, y, por supuesto, carecen de cualquier tipo de vinculatoriedad jurídica. Estas son, sin duda, las razones de que las empresas hayan acogido, con entusiasmo, estas cartas.⁴⁰

Sea cual sea el documento que sirva de base y orientación a las empresas, lo significativo es que un número importante de ellos están incorporando la diversidad y la inclusión, y no debe pasar desapercibido como un elemento transversal en la gestión empresarial.⁴¹ De este modo, estas acciones empresariales formarían parte de la responsabilidad social empresarial. Más exactamente, de su dimensión interna, entendida como gestión de los recursos humanos, y teniendo, por tanto, como principales destinatarios a los trabajadores —*stakeholders* primarios—. Como todas las expresiones de esta responsabilidad social, es competencia exclusiva de las empresas. De ahí que la diversidad e inclusión, dependiendo de la infraestructura organizativa de las empresas, queda residenciada en los departamentos de recursos humanos o, en las grandes organizaciones, en departamentos específicos.⁴² En este último caso, lo habitual es que formen parte de los consejos de dirección.

⁴⁰ De conformidad con la *Estrategia para la igualdad de las personas LGBIQ*, en Europa hay 26 cartas nacionales que han sido firmadas por unas 12.000 empresas y afectan a más de 26 millones de trabajadores —p. 8, nota 36—.

⁴¹ Red Acoge, *IV Índice de la gestión de la diversidad y la inclusión*, 2019, p. 25, e *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 20.

⁴² En el estudio realizado por la Red Acoge se indica que de las empresas analizadas el 36% han creado un órgano específico, el 38% lo encargan al departamento de recursos humanos, el 7% al de responsabilidad social y un 19% lo asume directamente la dirección de la empresa, a lo que añade que “salvo empresas multinacionales o empresas de más de 500 trabajadores, [las restantes] no cuentan con profesionales con responsabilidades exclusivas para su desarrollo y lo

Todo ello sin olvidar las ventajas —insistentemente reiteradas por los estudios—⁴³ que para todas las empresas genera esta diversidad e inclusión, y que resumimos a continuación. En primer lugar, que en la actualidad el talento es alrededor del 80% del valor de las empresas⁴⁴ —es decir, su principal activo—, por lo que la diversidad y la inclusión son determinantes para su captación y retención. Por ello, no es extraño que las empresas que lo valoran sean “las más inclusivas”.⁴⁵ En segundo lugar, y como consecuencia de la ventaja anterior, que las empresas ganan en productividad y competitividad. En tercer lugar, que permiten ampliar sus cuotas de mercado aumentando el número de clientes. En cuarto y último lugar, que esta diversidad e inclusión son dos pilares básicos en la conformación de la imagen corporativa de la empresa.

De las distintas expresiones de la diversidad, en estas páginas sólo interesa la LGTBI, que se configura como primaria e invisible.⁴⁶ Ahora bien, ésta, como constatan los datos,⁴⁷ tiene, en relación con las demás, un menor reflejo, como se va a ver en los siguientes epígrafes, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, en las políticas y estrategias empresariales.

VI. MEDIDAS EMPRESARIALES A FAVOR DE LOS/AS TRABAJADORES/AS LGTBI

Antes de iniciar el análisis de las correspondientes medidas, hay que realizar una serie de observaciones a un doble nivel. Por un lado, en relación

habitual es que se gestione desde el departamento de selección o incluso en muchos casos desde el área de responsabilidad social corporativa lo cual puede traducirse en dificultades para hacer efectivo el despliegue de dicha política”, *IV Índice de la gestión de la diversidad...*, cit., pp. 22, 28 y 29.

⁴³ Como se lee en las recomendaciones de Naciones Unidas, “numerosos estudios asocian la diversidad y la inclusión al éxito empresarial”; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 19. Para conocer estas ventajas, entre otros, Comisión Europea, *Manual de formación...*, cit., p. 7; *IV Índice de la gestión de la diversidad...*, cit., pp. 8 y 33, y CEOE-CEPYME Cantabria, *Responsabilidad corporativa e integración de personas en riesgo de exclusión sociolaboral*, 2011, p. 29.

⁴⁴ Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 5.

⁴⁵ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 33.

⁴⁶ Esta diversidad “requiere un acto de autoexpresión y de exposición” y, por pasar desapercibida, “en muchas ocasiones... no recibe la atención necesaria ni desde las instituciones ni desde las empresas”, Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., pp. 6 y 4; en la misma línea, Informe Variable D 2018, *www.intrama.es*, p. 9.

⁴⁷ “El 76,19 % de las empresas analizadas recogen contenidos de diversidad en sus informes. [De este porcentaje], sólo el 25% incorporan... la variable de orientación sexual”; *IV Índice de la gestión de la diversidad...*, cit., p. 47.

con sus soportes, y, por otro, con respecto a una serie de características comunes.

Comenzando con los primeros, tres son las principales fuentes de información:⁴⁸ la general, contenida en las páginas web de las empresas, los informes no financieros⁴⁹ y los documentos, cualquiera que sea su denominación, de responsabilidad social, dentro de los cuales hay que incluir los programas específicos de diversidad e inclusión LGTBI.⁵⁰

Hay que destacar que algunos de ellos no son de acceso público, y en otros casos aportan una información reducida a la que las empresas quieren publicitar, y en los términos en los que quieren hacerlo. De ahí que no es infrecuente que su conocimiento tenga que llevarse a cabo de manera indirecta, ya sea a través de los informes de buenas prácticas, ya sea por los datos suministrados para el cumplimiento de los requisitos para un premio y/o distinción, o para la incorporación a los índices, internacionales y nacionales, de diversidad.⁵¹

Los programas específicos son propios de las grandes empresas y de las multinacionales. Estas últimas los diseñan, como no puede ser de otro modo,

⁴⁸ A estas fuentes se ha accedido para conocer las políticas de diversidad de las siguientes empresas: Accenture, Airtex, Amadeus, AXA, Baker McKenzie, BBVA, Bristol Myers Squibb, Borges, El Corte Inglés, Cuatrecasas, DLA Piper, Dow, Endemol Shine Group, Globalia, Gómez Acebo y Pombo abogados, GSK, Grupo Inditex, INDRA, KPMG, Lilly, MSD, Orange, Repsol, Banco Santander, Schneider Electric, Sodexo, Telefónica, Uría Menéndez, Vodafone y Willis Towers Watson. La elección ha estado guiada, en primer lugar, por la publicidad patrocinando la diversidad LGTBI; en segundo lugar, por ser multinacionales, que han podido extender sus estrategias a nivel mundial, o grandes empresas, siendo ambas las que están adoptando medidas en esta dirección, y en tercer lugar, por la posibilidad de acceder a los documentos. De forma indirecta, es decir, a través de los diferentes informes que se están mencionando en estas páginas, se ha podido, en unos casos, completar la información de las anteriores empresas, y, en otros, conocer las propuestas de otras, como Adidas, Deutsche Bank, Grupo Ilunion, Ikea, Nationale-Nederlanden, Procter&Gamble, Renault, Room Mate Hotels, SAP, Xerox, IBM o Quirón Salud.

⁴⁹ En Europa, fruto de la Directiva 2017/95 sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad, y según el preámbulo de la Ley española 11/2018, se obliga a las empresas a aportar información en materia de diversidad. Ahora bien, queda limitada a las grandes empresas y grupos, se centra en la diversidad de género y, por último, “en caso de que la sociedad no aplicase una política de diversidad, no existe obligación alguna de establecerla, aunque la declaración de gobernanza empresarial ha de explicar claramente el motivo por el que no se aplica” (BOE del 29 de diciembre de 2018).

⁵⁰ De las empresas analizadas, el 8.33% tienen un documento interno en materia de diversidad e inclusión, pero de éstas, “tan sólo un 45.24% alude a la orientación sexual e identidad de género”, *IV Índice de la gestión de la diversidad...*, cit., p. 28.

⁵¹ Estos índices “pueden ser buenos indicadores del avance en diversidad LGTBI”; Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 16.

atendiendo a las realidades locales,⁵² tanto sociales —no está de más recordar que la deslocalización se realiza mayoritariamente en los países con mayor intolerancia al colectivo LGTBI— como normativas —a menor exigencia de éstas, mayor margen de acción empresarial—.

Siguiendo con las características, la primera es que las medidas empresariales, en la mayoría de las ocasiones, son una adaptación de las recomendaciones elaboradas por organismos nacionales e internacionales. Entre las principales se encuentran las diseñadas por Naciones Unidas.⁵³

La segunda, que muchas de estas medidas parten del apriorismo de la discriminación, pero se suele carecer de un diagnóstico. En unos casos, por falta de voluntad empresarial; en otros, y es lo más normal, por la invisibilidad de los/as trabajadores/as LGTBI, que también impide la existencia de indicadores oficiales. Sin duda, la ausencia del diagnóstico relativiza, en el supuesto de adoptarse, las medidas. De ahí que, cuando menos, haya que conocer las demandas de estos/as trabajadores/as, y para ello cabe acudir a dos habituales medidas empresariales. Por un lado, las encuestas de clima laboral, siempre y cuando estén bien configuradas, y en las que el anonimato permite, o debiera permitir, la libertad de expresión. Por otro lado, la creación, bastante habitual en las grandes organizaciones, de las llamadas redes de empleados.⁵⁴ En nuestro caso, “agrupaciones” de trabajadores/as pertenecientes al colectivo LGTBI. Estas redes hacen uso de los instrumentos de comunicación creados por las empresas. Así, se conseguirá, de algún modo, que las medidas sean reales, pero, además, que se puedan cuantificar y evaluar.⁵⁵ Sin embargo, esta

⁵² Siguiendo a Naciones Unidas, “en líneas generales, el enfoque del sector empresarial ha sido de carácter *ad hoc* y poco sistemático”, por lo que las posturas empresariales han sido: a) algunas multinacionales han promovido la igualdad en el país de origen, pero no en el extranjero, b) algunas empresas han silenciado el tema en países donde la protección de las personas LGTBI es “deficiente o inexistente”, y c) otras protegen a estas personas, pero no adoptan medidas para subgrupos, como son las personas trans e intersexuales; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 4. Pese a esta variedad, estas empresas son las que están allanando el camino hacia la inclusión LGTBI; Comisión Europea, *The business case for diversity in the workplace: sexual orientation and gender identity*, 2016, p. 64.

⁵³ Estas recomendaciones inciden en distintas parcelas de la empresa y en sus relaciones con los restantes agentes, y lo hacen en distintos ámbitos, como la discriminación, el empleo, el acoso, la conciencia de la diversidad, la igualdad de las prestaciones y el respeto a la intimidad. Han sido firmadas por más de 100 estados; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., pp. 9-24.

⁵⁴ Para un mayor conocimiento, *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 25, y Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 15.

⁵⁵ “Todo plan de acción ha de contar con objetivos claros e indicadores que permitan evaluar la efectividad de las diferentes políticas y acciones emprendidas. La ambición del plan de

no es la tónica habitual de las empresas.⁵⁶ Por contra, lo normal es que se trate de medidas genéricas,⁵⁷ carentes de cualquier tipo de cuantificación⁵⁸ y, por ende, de evaluación.

La tercera y última es que las medidas deben abarcar a todos los colectivos LGTBI⁵⁹ y tanto a la inserción como a la vida de la relación laboral.

1. *Inserción laboral: desempleo y procesos de selección*

La configuración del mercado de trabajo por sectores, respondiendo a estereotipos de género y de sexo, debe entenderse como una construcción caduca que hay que superar, pero que, hoy por hoy, continúa vigente, y que conlleva, para el colectivo LGTBI, presentarse —recordar el fenómeno de la auto segregación— a las ofertas de empleo no sólo para las que están cualificados, sino para las de los sectores más respetuosos y tolerantes con su condición, se haga o no visible. Pero ni tan siquiera estos últimos son siempre y en todo caso accesibles. Por ejemplo, la hostelería y el comercio van a estar muy condicionados por su clientela;⁶⁰ y ello se agrava, para las personas trans, en todos los puestos de trabajo de cara al público —con toda probabilidad, por la sempiterna argumentación de la imagen de la empresa—.

A esta dificultad de inserción hay que añadir concretos problemas vinculados a la formación del colectivo LGTBI. Por un lado, que la misma, en demasiadas ocasiones, está comprometida por la falta de una acertada orientación profesional en la enseñanza obligatoria debido a su condición, lo que lleva

pendará en gran medida de los recursos disponibles y la complejidad del entorno. Precisamente por ello, han de ser objetivos, realistas y coherentes con el resto de la estrategia empresarial"; Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 15.

⁵⁶ Según el informe de la Red Acoge, sólo el 64.29% de las empresas tienen mecanismos de evaluación, y de este porcentaje, sólo el 24% evalúa la variable de orientación sexual e identidad de género, *IV Índice de la gestión de la diversidad...*, cit., p. 29.

⁵⁷ Cuando no son más que meras “promesas de respetar la igualdad y la diversidad... [sin ir] más allá”, Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de la Unión Europea —A8-0225/2019—.

⁵⁸ Una excepción se encuentra en la empresa Baker McKenzie, que se ha fijado como objetivo para el 1o. de julio de 2025, que su plantilla esté compuesta por un 40% de mujeres, 40% de hombres y 20% de género flexible (www.bakermckenzie.com/en/aboutus/diversity).

⁵⁹ Lo que no siempre se produce, ya que, como constata la Comisión Europea, ninguna de las empresas del estudio ha adoptado medidas para el colectivo intersexual, lo que no es inesperado, y muy pocas, para las personas transgénero; *The business case for diversity...*, cit., p. 65.

⁶⁰ En este sentido, Mairal Medina, Pilar y Piedad Osorio, Luz, *Concepciones, actitudes y comportamientos...*, cit., p. 45.

a cursar formaciones con escasa demanda en el mercado de trabajo, lo que va a dificultar su inserción laboral. Por otro lado, el acoso sufrido por los/as niños/as de este colectivo —principalmente, trans—, que les lleva a muchos al abandono escolar. Siendo así, parten de una deficiencia importante que, de no ser remediada en la edad adulta, entorpece enormemente su acceso y permanencia en el mercado de trabajo.⁶¹

Mientras que se carece de datos sobre el desempleo de los restantes subgrupos,⁶² sí están cuantificados los de las personas trans, alcanzando, en España, el 85%.⁶³ Se trata de un porcentaje inadmisibles, que requiere de una férrea intervención, pues, de no hacerse, se está condenando a estas personas a la pobreza y a la exclusión social. Dicha intervención es competencia de los poderes públicos, que deben incorporar en sus políticas de empleo programas de inserción laboral para este colectivo. Pero también las empresas, tanto del sector público como del sector privado, pueden y deben actuar instituyendo medidas de discriminación positiva.⁶⁴

Al ser ciertas estas dos causas, no puede negarse que el principal hándicap a vencer es pertenecer al colectivo LGTBI, puesto que los prejuicios empresariales conducen a la no contratación de estos/as trabajadores/as. Hasta tal extremo están interiorizados esos prejuicios, que se produce el llamado estigma anticipado.⁶⁵ Ni qué decir tiene que dichos prejuicios no se hacen manifiestos ni a través de la proyección pública de la empresa ni en la oferta de empleo.⁶⁶ Ahora bien, hay ocasiones, muy llamativas, en las que dichos prejuicios sí son transmitidos por los responsables de las empresas.⁶⁷

⁶¹ Igualmente, *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 43.

⁶² Aunque indirectamente y limitado a la orientación homosexual, son muchos los estudios que ponen de relieve como ésta afecta negativamente a la inserción laboral. Entre ellos, OIT, *La igualdad en el trabajo...*, cit., p. 57, y *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 19.

⁶³ UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 12. “Según la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, un tercio de los solicitantes de empleo trans en la UE ha sido objeto de discriminación en la búsqueda de empleo”; Naciones Unidas, *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 29.

⁶⁴ Según la Red Acoge, “son muchas las empresas, a nivel global, que... dentro de sus objetivos cuantitativos ponen cuotas para las personas transexuales”, *IV Informe de la gestión de la diversidad...*, cit., p. 36.

⁶⁵ *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 11.

⁶⁶ Naciones Unidas recomienda que los anuncios de empleo no sean discriminatorios; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 9.

⁶⁷ Tomando palabras del Informe 2021 de la Comisión Europea en relación con la aplicación de la Directiva 2000/78, “la expresión de opiniones discriminatorias en cuestiones de contratación por un empleador probablemente disuadirá a las personas de presentar su can-

Tales prejuicios se agudizan en relación con las personas trans, principalmente durante el tránsito. Tanto es así que, muchas veces, posponen su desarrollo personal en aras a la consecución del profesional, sin ser conscientes de que sólo están postergando el despliegue de esos prejuicios a la vigencia de la relación laboral. En las escasas ocasiones en las que no es así, se refugian, cuando no acuden al autoempleo, en entornos laborales de confianza, que les generan seguridad porque los empleadores son familiares o amigos.⁶⁸

En suma, estos prejuicios son determinantes en los procesos de selección, cuyo habitual oscurantismo impide a los candidatos conocer los motivos de su exclusión. Por ello, si la persona hace visible su condición LGTBI, puede estar propiciando su expulsión del proceso, y si no la hace pública y queda excluida, siempre cabe dudar de los motivos. Tanto en un supuesto como en otro, el/la trabajador/a se encuentra con una triple barrera. En primer lugar, el desconocimiento de los criterios selectivos, lo que, actualmente, se ve agravado por la utilización de los algoritmos, que pueden contener —no puede negarse— sesgos discriminatorios.⁶⁹ En segundo lugar, ante las sospechas fundadas de que el motivo de la exclusión es su condición LGTBI, el miedo a hacer pública dicha condición evita la denuncia. En tercer lugar, de denunciar la presunta discriminación, pese a la inversión de la carga de la prueba en muchos ordenamientos jurídicos, se han de presentar indicios fundados justificativos de la oportuna demanda, los cuales no siempre son posibles de alegar por la falta de conocimiento del proceso de selección en su conjunto. Con estas dificultades, no resulta sorprendente que se haya hecho uso de las nuevas formas de intermediación —es decir, de los portales virtuales de empleo— para crear instrumentos destinados a poner en contacto a personas LGTBI con empresas, en las que esta condición del trabajador/a no suponga, pese a su prohibición, un criterio evaluable en la selección de personal.⁷⁰

Entrando, aunque sea brevemente, en el proceso de selección, deben realizarse las siguientes observaciones. En primer lugar, los criterios de se-

didatura a un empleo”, “incluso si no se está llevando a cabo un proceso de selección de personal, siempre que se refieran de hecho, a la política de contratación de una empresa” (pp. 25 y 24).

⁶⁸ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., pp. 45 y 68.

⁶⁹ Algoritmos que se extienden más allá de la fase de reclutamiento abarcando toda la vida de la relación laboral. Por todos, UGT, *Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales*, 2021, pp. 2-11.

⁷⁰ Se trata de *myGwork*. Una red profesional de ámbito internacional que se publicita indicando que es “la aplicación en la que los miembros de este colectivo podrán encontrar trabajo sin miedo a ser discriminados” (disponible en: www.mygwork.com/en/).

lección, incorporados a la oferta de empleo, tienen que ser claros, objetivos, profesionales y, lógicamente, no LGTBIfóbicos; sólo de este modo se puede asegurar la no discriminación de éste o de cualquier otro colectivo. Resulta muy llamativo que haya empresas que publiciten en sus documentos que sus criterios son objetivos. Esta declaración no puede ser entendida como una medida de responsabilidad social, ya que supone, simplemente, el cumplimiento de la norma antidiscriminatoria. Por consiguiente, las medidas empresariales deben tener un contenido distinto. Dentro de éstas podrían incluirse, por ejemplo, la prohibición de test de personalidad, que puedan incorporar preguntas dirigidas a conocer si la persona es LGTBI o la presentación de currículos ciegos —de gran ayuda para las personas trans—.71

En segundo lugar, las entrevistas. Como es lógico, no pueden contener ninguna pregunta orientada a conocer la condición sexual o de género del trabajador/a. Sin perjuicio de su calificación como acto discriminatorio, siendo, por tanto, lo que tiene relevancia jurídica, no se puede ocultar que este tipo de preguntas, más o menos sutiles, pueden estar presentes en las entrevistas de trabajo —suelen ser el punto final del proceso de selección, con lo cual lo normal es que ya se hayan superado las oportunas pruebas profesionales— y, por estarlo, el comportamiento de las personas LGTBI suele ser la invisibilidad que, por supuesto, no puede ser alegada, con posterioridad, por la empresa como argumento para justificar decisiones discriminatorias. Por eso, lo habitual es que las personas trans se presenten a la entrevista con la apariencia de su sexo biológico,72 mientras que el resto de los colectivos suele realizar una “representación premeditada y planificada”.73 Resulta verdaderamente penoso que haya que fingir u ocultar la identidad sexual y/o de género para la obtención de un puesto de trabajo.

2. Condiciones laborales de los/as trabajadores/as LGTBI

Los estudios ponen de manifiesto que los/as trabajadores/as LGTBI, en líneas generales, tienen peores condiciones de trabajo,74 los cuales empeoran,

71 Para estas personas, “la presentación de un currículo ya es en sí misma una barrera psicológica y un obstáculo para entrar en el mercado laboral”; *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 68.

72 UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 12.

73 *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 36.

74 Esta mayor precariedad laboral es puesta de manifiesto en la *Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ*, p. 6, nota 21.

aún más, para lesbianas⁷⁵ y trans.⁷⁶ Estas últimas condenadas, en el mejor de los casos, a trabajos precarios o a la economía informal.⁷⁷ En aras de una mejora de esas condiciones, y siempre dentro del margen de acción empresarial, se puede actuar en los siguientes ámbitos.

A. *Promoción profesional*

Exactamente igual que sucede en la selección de personal, los/as trabajadores/as LGTBI, por el hecho de serlo, pueden verse discriminados en su desarrollo profesional.⁷⁸ De ahí la necesidad de que se articulen criterios y procesos objetivos de promoción. Sin embargo, en muchas ocasiones, no bastan, por lo que se hace necesario incorporar en la empresa otras medidas. La más generalizada son los llamados *Roles Models*,⁷⁹ es decir, hacer pública la condición LGTBI de alguno de sus directivos, con la finalidad de trasladar a la plantilla la idea de que la pertenencia a este colectivo no es óbice para la progresión profesional.⁸⁰ Esta medida, sin embargo, no es compartida por las personas LGTBI, ya que “sólo un 11%... están totalmente de acuerdo en que su empresa cuent[e] con estos referentes LGBT+ visibles”.⁸¹

B. *Salario*

Respecto a esta condición, hay que partir de que la brecha salarial se deja sentir, particularmente, en las personas homosexuales. Según la OIT, hay una penalización salarial para los hombres homosexuales como consecuencia de las diferencias retributivas con respecto a los heterosexuales.⁸² Esta situación empeora en el caso de las lesbianas, sobre todo de las parejas, al producirse

⁷⁵ *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 31.

⁷⁶ Naciones Unidas afirma que un tercio de las personas trans sufren un trato injusto en sus condiciones de trabajo; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 29. De ahí que CCOO defienda la aplicación de los planes de igualdad a las mujeres trans, *Personas trans en el ámbito laboral*, 2017, p. 14.

⁷⁷ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 44.

⁷⁸ Marco, Donatella di et al., *Experiencias lesbianas y gays...*, cit. El 57% “has slowed their progress at work”; *Visible growth...*, cit., p. 8.

⁷⁹ Por todos, Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 14.

⁸⁰ *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 29.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *La igualdad en el trabajo...*, cit., p. 57.

un “doble impacto de la brecha salarial en los hogares formados por dos mujeres”.⁸³ De ahí que se lea en la Estrategia Europea para la Igualdad de las Personas LGTBIQ que “las medidas para atajar la brecha salarial de género podrían ser especialmente pertinentes para los hogares LGTBIQ”.⁸⁴

La precariedad salarial de parte de los/as trabajadores/as LGTBI les aboca, irremediablemente, a la categoría de trabajadores pobres, sin que por ello se estén adoptando medidas a ningún nivel. Por eso es de capital importancia que Naciones Unidas haya incluido, en el apartado de bienestar económico, en su propuesta sobre indicadores para las personas LGTBI, la tasa de pobreza relativa de este colectivo.⁸⁵

C. Formación

Las empresas, conscientes de la realidad LGTBI y partidarias de la diversidad de sus plantillas, tienen que incorporar en sus programas formativos⁸⁶ la materia de la diversidad en general, y del colectivo LGTBI en particular.⁸⁷ Se trata, en definitiva, de sensibilizar, desde el conocimiento, a los/as empleados/as. Con esta formación se pueden neutralizar los comportamientos y decisiones discriminatorias mediante la ruptura de los estereotipos y la constatación de los sesgos inconscientes; de ahí su importancia.⁸⁸ De hecho, se trata de la medida estrella de la mayoría de las empresas que apuestan por la diversidad y la inclusión. Sin embargo, cuando se profundiza en sus

⁸³ UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 16.

⁸⁴ En p. 9.

⁸⁵ Naciones Unidas, *Conjunto de indicadores propuestos para el índice de inclusión LGTBI*, 2018, p. 20.

⁸⁶ Según la Fundación Seres, ese diseño del programa deberá “tener en cuenta las particularidades de la cultura empresarial así como las diferencias culturales y legales de los países en los que se opera”, y deberá contener “claramente la postura de la empresa, los beneficios de la diversidad, qué se entiende por discriminación y cuáles son las consecuencias de dichos comportamientos”; *Buenas prácticas...*, cit., p. 12.

⁸⁷ Como parte de estos programas formativos, “la diversidad LGBTI ha de ser explícitamente nombrada como una fuente más de diversidad y se ha de formar sobre los sesgos inconscientes... que se dan en el entorno laboral respecto al colectivo LGBTI”; Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 12.

⁸⁸ Es más, como añade la Fundación Seres, esta formación y sensibilización repercute en la “sociedad en su conjunto”, ya que los/as trabajadores formados “podrán gestionar de manera más efectiva situaciones personales o sociales en las que haya amenazas de discriminación”; *Buenas prácticas...*, cit., p. 12.

programas se descubre que, en muchas ocasiones, no son más que módulos formativos de escasa entidad,⁸⁹ que hacen dudar de si, en pureza, consiguen ese efecto sensibilizador y neutralizador. Además, el éxito de estas acciones formativas también va a depender, en gran medida, de que sea impartida por personal cualificado.⁹⁰

Dando un paso más allá, las opiniones no son unánimes en relación con los destinatarios de esta formación. Desde aquí, se defiende que lo sea la totalidad de la plantilla. Sin embargo, algunos estudios consideran más eficaz que sean sólo los puestos base, ya que el acoso horizontal es, en términos numéricos, mayor, y, por lo tanto, es la parte de la plantilla que más puede requerir de esta formación. Otros defienden que los principales destinatarios tienen que ser los directivos y los cuerpos intermedios,⁹¹ en cuanto gerentes —adoptan decisiones— de la empresa y responsables ante las llamadas “conversaciones o situaciones duras”.⁹²

Excluido este último debate, hay que concluir que, pese a ser una de las medidas clave, el porcentaje de empresas que la incorporan es escaso y, además, inferior, comparado con el resto de las expresiones de la diversidad.⁹³

Junto a este contenido formativo existe otro muy conectado con la diversidad como parte de la responsabilidad social. Se trata de la formación en la misión, visión y valores de la empresa; tres pilares que construyen su cultura. Los/as trabajadores/as son educados en esta cultura, la cual deben respetar. Cuando la misma tiene como base, aunque no sea la única, la diversidad, sin duda se estará, indirectamente, fomentando y asegurando que la plantilla sea respetuosa con los distintos hechos diferenciales.

Sin menospreciar estos dos contenidos de la formación, hay que llamar la atención sobre la ausencia, en términos generales, de programas formativos

⁸⁹ No puede ser una “actividad puntual, marginal, voluntaria o no reconocida fuera del horario laboral”; *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 29.

⁹⁰ *Idem*, aunque sean profesionales ajenos a la empresa; Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 12.

⁹¹ *IV Índice de la gestión de la diversidad...*, cit., p. 41, e *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 29. Naciones Unidas matiza que una formación para todos, pero “en particular [para] el personal directivo”; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 10.

⁹² Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 12.

⁹³ En el Informe de la Red Acoge se lee que “la diversidad sexual e identidad de género es la que recibe una menor atención en cuestiones de sensibilización, aunque los datos muestran que se va incrementando poco a poco”; a lo que añade que “la formación es utilizada por el 81% de las empresas”, que han formado parte del estudio, pero, a renglón seguido, afirma que se han centrado, de las distintas expresiones de la diversidad, en el género y en la discapacidad; *IV Índice de la gestión de la diversidad...*, cit., pp. 41 y 38.

específicos dirigidos a los/as trabajadores/as LGTBI para fomentar sus capacidades y, sobre todo, para favorecer su progresión profesional.⁹⁴ Como se acaba de ver, las medidas, en este sentido, se dirigen hacia otros derroteros cuando, en muchos casos y para concretos subgrupos, cursos formativos que respondan a sus necesidades son esenciales para su desarrollo profesional.

D. *Permisos*

Éstos son de especial importancia para las personas transexuales y para las parejas homosexuales. Para las primeras, como consecuencia del periodo de transición. La necesidad de someterse a tratamientos médicos y psicológicos obligan a ausencias del puesto de trabajo, que tienen que configurarse como permisos retribuidos, pues de lo contrario se estaría incurriendo en un atentado a su derecho a la identidad sexual y de género.

Por su parte, las parejas homosexuales que hayan formalizado el vínculo matrimonial, o cualquier otra forma admitida por el correspondiente ordenamiento jurídico, deben tener idénticos derechos que las heterosexuales, pues de no hacerse se estará incurriendo en un supuesto de discriminación. Entre estos derechos, los permisos vinculados a la relación afectiva y sexual cobran una gran importancia, ya se vinculen con la unión y/o con la condición de progenitores.

Estos permisos, sin embargo, no suelen formar parte de las decisiones empresariales adoptadas en su margen de acción como medidas de responsabilidad social. Posiblemente, la razón de ser de esta ausencia se deba a que suele tratarse de una medida legal y convencional y, por lo tanto, son otros sujetos los que deben intervenir. Sin embargo, nada impide que la empresa pueda hacerlo y, desde luego, que no pueda mejorar el régimen diseñado por el legislador y por los interlocutores sociales.

E. *Conciliación*

Íntimamente conectada con la anterior condición, la conciliación de la vida familiar y profesional es otra de las esferas en la que la adopción de medidas a favor del colectivo LGTBI puede y debe desplegar toda su efectividad. De nuevo, y por los mismos motivos, la tónica es la ausencia de medidas empre-

⁹⁴ Entre las excepciones se encuentra el programa de Accenture, que incorpora una “formación específica de liderazgo del grupo LGBT”; Informe Variable D..., *cit.*, p. 17.

sariales, de tal manera que es la ley y los convenios colectivos los que tienen todo el protagonismo. Sin embargo, éstos tampoco conceden una especial importancia al tema; a lo sumo, se entiende subsumido este colectivo en las medidas generales. Pero ello siempre y cuando en estos textos, así como en los documentos de responsabilidad social, se consagre una cláusula antidiscriminatoria por razón de identidad sexual y/o de género al tiempo que se reconozca la diversidad familiar. De lo contrario, habrá una desprotección y, como tal, medidas que discriminan a las personas LGTBI.

F. *Riesgo psicosocial*

No es necesario detenerse en la importancia que tiene un buen y respetuoso clima laboral para los/as trabajadores/as LGTBI, por lo que un entorno hostil, aunque sea a través de afectaciones de baja intensidad, puede provocar daños a estos trabajadores.⁹⁵ De ahí la necesidad de adoptar medidas preventivas de esos posibles daños que, de producirse, deben ser configurados —reclamo insistente de las organizaciones sindicales— como riesgos psicosociales. Debe actuarse sobre el carácter anticipatorio y preventivo de las medidas, debiendo formar parte, por tanto, de la evaluación de riesgos y de la planificación de la prevención.⁹⁶ Por consiguiente, son los convenios colectivos, de un lado, y las empresas, de otro, los protagonistas de la regulación de estos riesgos. Los primeros, incorporándolos a su clausulado, y las segundas, adoptando las medidas preventivas oportunas.

G. *Protocolos ante el acoso LGTBIfóbico*

Deben ser protocolos específicos para este colectivo, y suficientemente divulgados para su conocimiento.⁹⁷ Sin embargo, muchas empresas entienden cumplida su intervención con la subsunción del colectivo LGTBI en los protocolos genéricos. Es más, suelen considerar que basta con una cláusula

⁹⁵ También el ocultamiento favorece este riesgo, ya que hay una alienación por “la incapacidad... de desarrollar plenamente su identidad... en los entornos laborales..., [lo que] genera tensiones psicosociales considerables”; *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., pp. 25, 26 y 39.

⁹⁶ Inclusión defendida por UGT en *Guía sindical sobre diversidad sexual...*, cit., p. 14, y en *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 9.

⁹⁷ UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 8.

antidiscriminatoria que incorpore la condición LGTBI. Pero, como se ha visto, no todas las empresas lo hacen, ni todas dan cabida a los distintos hechos diferenciales.

Estos protocolos, en los últimos tiempos, de no pactarse con la representación de los trabajadores, suelen formar parte de los códigos éticos de las empresas. Siendo así, éstas suelen autoatribuirse la instrucción y la resolución del presunto acoso. Ello, partiendo de que puede ser el agente agresor, tiene efectos contraproducentes, principalmente porque puede disuadir al trabajador/a LGTBI de denunciar el acoso.

En cuanto a la definición, las empresas suelen contemplarla de forma bastante parecida entre ellas y, por lógica, a las establecidas a nivel normativo.⁹⁸ De acuerdo con el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78, todo “comportamiento no deseado [por razón de la condición LGTBI], que tengan como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. De hecho, son muchos los señalados códigos éticos que, de una u otra forma, acogen una definición similar. En cualquier caso, su amplitud permite incluir una gran variedad de conductas, tales como la “violencia física y psicológica, la intimidación, el hostigamiento y los discursos de odio”.⁹⁹ En definitiva, cualquier agresión LGTBIfóbica, siendo, por un lado, indiferente la falta de prueba de la intencionalidad¹⁰⁰ y, por otro, tomando en consideración que esta intencionalidad “convierte lo salvable en un entorno hostil”.¹⁰¹

Nada se descubre al afirmar que este acoso¹⁰² puede ser tanto horizontal —el más frecuente— como vertical¹⁰³ —ascendente o descendente—.

La tónica general en el diseño procedimental es su informalidad y su simplicidad: canal de denuncias —normalmente, anónimo— y resolución por

⁹⁸ Para las empresas basta con definir el acoso sin necesidad de establecer los motivos; sin embargo, los sindicatos entienden que así se puede diluir la causa, por lo que el acoso LGTBI no debe subsumirse en el genérico; *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., pp. 52 y 62.

⁹⁹ Comisión Europea, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/78 (2021)*, p. 5.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 4, n. 32.

¹⁰¹ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 34.

¹⁰² De acuerdo con las recomendaciones de Naciones Unidas, se deben adoptar medidas también para los casos de acoso externo, es decir, “asegurar su seguridad en sus desplazamientos diarios de casa al trabajo y en viajes oficiales”; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 10.

¹⁰³ Ello no quiere decir que no exista el acoso vertical o jerárquico, sino que éste es “más sutil, habida cuenta de las limitaciones legales y de la repercusión que sobre la imagen de la empresa pudiese tener la denuncia y publicidad de una cuestión como esta”; Mairal Medina, Pilar y Piedad Osorio, Luz, *Concepciones, actitudes y comportamientos...*, cit., p. 43.

el órgano competente —lo frecuente es el departamento de recursos humanos— o, directamente, por la empresa, la cual, de comprobar el acoso, deberá reparar a la víctima y sancionar al agresor/a. Para esto último, las empresas, cuando lo contemplan, se remiten, en casi todos los códigos, a las normas laborales. Son muchas las carencias de este genérico diseño. Por ello, las organizaciones sindicales reclaman su participación —a través de los representantes de los trabajadores— y, al mismo tiempo, proponen protocolos¹⁰⁴ tipos adaptados al acoso LGTBI.

H. *Uso de zonas y tiempos comunes*

Se trata de una de las cuestiones recurrentes en cualquier análisis de las condiciones laborales de los/as trabajadores/as LGTBI, y no sólo en relación con las personas trans, ya que los prejuicios se extienden, de igual forma, a los restantes miembros de este colectivo. Estas zonas no deben reducirse a vestuarios y duchas,¹⁰⁵ sino que deben extenderse a otros espacios, como gimnasios, comedores o guarderías. A todos ellos hay que añadir, por ser cada vez más frecuentes, los eventos organizados por las empresas —de hecho, se publicitan como acciones de diversidad— dentro o fuera de sus dependencias. En suma, espacios y tiempos compartidos que pueden ser proclives a la discriminación —sobre todo, de baja intensidad—. Lo ideal es que no se produzca; sin embargo, desafortunadamente, no es así. Puede haber reacciones adversas por parte de los/as trabajadores/as no LGTBI; es decir, su rechazo expreso y manifiesto a dicha “convivencia”. Estas reacciones provocan en los/as trabajadores/as LGTBI prejuicios, que van de la incomodidad al daño psicológico.

¹⁰⁴ Para conocer estas propuestas, CCOO, *Igualdad y política social*, 2016, pp. 20 y ss.; UGT en *Guía sindical sobre diversidad sexual...*, *cit.*, pp. 22 y ss., y en *Hacia entornos laborales inclusivos...*, *cit.*, p. 13.

¹⁰⁵ Son espacios en los que la “intimidad es susceptible de ser invadida por el que es diferente; entonces, las duchas y los vestuarios serán los espacios donde la intimidad pasa a ser un elemento fundamental para el trabajador y la reacción... se hace expresa”; Mairal Medina, Pilar y Piedad Osorio, Luz, *Concepciones, actitudes y comportamientos...*, *cit.*, p. 37. CCOO, por su parte, sostiene que “los problemas de acceso a los baños, vestuarios y duchas deben ser manejados con sensibilidad, ya que por un lado hay que tener en cuenta las respuestas emocionales de los compañeros y compañeras de trabajo que comparten instalaciones, pero por otro lado es inadmisibles denegar el acceso de una persona trans a aseos concretos, obligándoles a utilizar unos aseos contrarios a los elegidos... intentar justificar esta denegación, independientemente de los argumentos utilizados es claramente discriminatorio”; *Personas trans...*, *cit.*, p. 10.

La articulación de medidas que eviten este entorno laboral hostil es competencia exclusiva de la empresa en aras a la consecución de un buen clima laboral. Con tal finalidad, puede focalizar sus acciones en la ya estudiada formación para que se impidan tales reacciones negativas del resto de la plantilla; o se puede ir más allá, en el caso de los espacios comunes, podría decirse, privados, estableciéndose zonas únicas para toda la plantilla.¹⁰⁶ Pero de no aceptarse esta solución, las personas intersexuales y trans, por respeto a su dignidad, deben hacer uso de las zonas conforme a su identidad de sexo y de género.

I. *Vestimenta*

Siguiendo las recomendaciones de Naciones Unidas, debe tratarse de una uniformidad caracterizada por la “existencia de códigos no discriminatorios de vestimenta”.¹⁰⁷

J. *Protección social*

Atendiendo a la dogmática sobre el derecho a la no discriminación, el colectivo LGTBI no puede ser discriminado con respecto a las prestaciones de seguridad social contenidas en la normativa estatal, pero tampoco en relación con las mejoras y medidas de protección social en sentido amplio, que tengan su origen en un convenio colectivo o en una decisión empresarial. Mientras que las legales y convencionales han dado lugar a una importante litigiosidad a todos los niveles, no sucede lo mismo con las medidas empresariales. Ello, con toda seguridad, por su propia inexistencia. Esto es, no suele ser frecuente que se establezcan medidas de protección social específicas para los/as trabajadores/as LGTBI, de manera que se diluyen entre las medidas generales que, por ser escasas, no parece, aunque no se puede confirmar, que estén generando problemas aplicativos. Lo que sí puede afirmarse es que en la mayoría de los documentos analizados no se ha encontrado ninguna medida favorecedora de la protección social de este colectivo. Como máximo, algunas empresas, relacionadas con el sector médico o far-

¹⁰⁶ En el mismo sentido, CCOO propone los baños unisex, a lo que añade que, aun así, no se puede imponer “su uso obligatorio a las personas trans”; *Personas trans...*, cit., p. 10.

¹⁰⁷ *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 10.

macéutico, han contemplado un plus adicional en la protección de la salud de las personas LGTBI.¹⁰⁸

K. *Extinción contractual*

La extinción contractual y, dentro de ésta, el despido por el hecho de ser trabajador/a LGTBI es la máxima expresión de la decisión empresarial discriminatoria, por lo que es inaceptable y reprobable jurídicamente. Con esto, el problema se traslada a la comprobación de la vulneración, que requerirá de los oportunos indicios por parte del demandante, y de la carga de la prueba por parte de la empresa. Pero más allá de las consecuencias jurídicas, como afirma la OIT, estas extinciones contractuales suponen para la empresa una pérdida de recursos humanos.¹⁰⁹ Esta pérdida se produce no sólo en términos numéricos, que no tendría por qué ser necesariamente un problema para la empresa, sino también de talento que, como se ha visto, es una de las grandes ventajas derivadas de la diversidad de las plantillas.

Aunque se hayan realizado algunas consideraciones al hilo de concretas condiciones de trabajo, se ha dejado para el final la necesidad, cada vez mayor y más reclamada por las organizaciones sindicales,¹¹⁰ de un tratamiento integral de las personas trans en el contexto laboral. Con esta finalidad, es más que recomendable que las empresas implanten protocolos de actuación que atiendan a sus necesidades, muy especialmente en el caso de las transexuales durante el periodo de transición,¹¹¹ ya que son muchos los problemas que se le plantean a este subgrupo del colectivo LGTBI.¹¹²

¹⁰⁸ Naciones Unidas recomienda a las empresas que incluyan en sus pólizas de seguro “la cirugía de afirmación del género y el tratamiento y el apoyo conexos”; *Hacer frente a la discriminación...*, cit., p. 10.

¹⁰⁹ OIT, *La igualdad en el trabajo...*, cit., p. 57.

¹¹⁰ UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 18, y con mayor detalle, CCOO, *Personas trans...*, cit., pp. 9-14.

¹¹¹ CCOO, *Personas trans...*, cit., pp. 10-12.

¹¹² “Resulta positivo que las empresas e instituciones empleadoras establezcan protocolos para atender a cuestiones operativas básicas como el acceso adecuado a espacios generizados (vestuarios y baños); el cambio de nombre y sexo en diversos documentos (nómina, seguridad social, seguro médico o libro de familia); la gestión adecuada de bajas médicas y ausencias derivadas del proceso de transición no consensuadas en las negociaciones colectivas y, sobre todo, implementar mecanismos de acompañamiento adecuado para que las personas trans puedan desarrollarse plenamente en el ámbito laboral”; *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 31.

3. *Medidas de mejora del entorno laboral*

Las empresas diversas e inclusivas están adoptando también medidas que incidiendo en las relaciones de trabajo no afectan, en sentido estricto, a las condiciones de trabajo. Con toda probabilidad, estas otras tienen como objetivo y como denominador común crear un entorno de trabajo respetuoso y patrocinador de la diversidad, por lo que aquí importa, LGTBI. Con tal propósito, las principales son las siguientes.

A. *Confianza*

Esto es, la creación de un ambiente de confianza permisivo de que todos los/as trabajadores/as LGTBI puedan expresar con total libertad su identidad sexual y/o de género. Sin duda, este es el presupuesto clave en toda política de diversidad, puesto que permite vencer uno de los grandes obstáculos de este colectivo: la invisibilidad y, con ella, todas sus nefastas consecuencias. Es más, “un ambiente que permita a un empleado expresarse tal y como es aumentará su orgullo de pertenencia y la fidelidad al proyecto empresarial”,¹¹³ lo que facilitará su conversión en embajador/a de la marca.¹¹⁴

Ahora bien, hay posturas que defienden que esta confianza no tiene como artífice a la empresa, sino que “se construye a partir de la vivencia cotidiana con los compañeros/as y superiores, no es la organización la que ofrece o construye directamente la percepción de un «espacio no hostil» para las personas LGBT”.¹¹⁵ De aceptarse esta posición, esta medida pierde todo el protagonismo, que le han concedido las empresas.

B. *Comunicación*

La comunicación es otro de los pilares sobre los que pivota un respetuoso entorno laboral. De ahí la necesidad de que las empresas adopten medidas

¹¹³ Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, cit., p. 6. Las empresas fomentan este orgullo de pertenencia —también conocido como *enganching*— porque “produce enormes beneficios, desde una reducción de [la]... rotación, hasta un [menor número] de accidentes laborales y un... incremento en la productividad... Y las personas quieren estar *enganching*, porque somos seres sociales y el pertenecer a algo mayor que uno mismo dota a las vidas de significado”; Ventosa García-Morato, Montse, *Gestión de la diversidad cultural en las empresas*, 2012, p. 109.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 109 y 110.

¹¹⁵ *Las personas LGBT en el ámbito del empleo...*, cit., p. 66.

que faciliten y favorezcan una comunicación interna y externa favorable a la diversidad y a la inclusión.

C. *Lenguaje inclusivo*

Íntimamente relacionada con la anterior, las empresas deben garantizar comunicaciones cuyo lenguaje¹¹⁶ no contenga ningún sesgo, consciente o inconsciente, LGTBIfóbico.

D. *Actos simbólicos y sponsor*

Cada vez son más las empresas que realizan actos simbólicos —iluminación de fachadas, colocación de la bandera arco iris, participación en las celebraciones del orgullo LGTBI, etcétera— con los que mostrar su apoyo al colectivo; incluso, se suelen acompañar de financiación para estos actos y actividades.

E. *Convenios con asociaciones LGTBI*

Esta medida puede relativizar, de algún modo, la falta de conocimiento de las necesidades y problemas laborales de los/as trabajadores/as LGTBI. De hecho, en esa labor de patrocinio no son pocas las ocasiones en las que fruto de estos convenios se subvencionan estudios sobre la realidad laboral de este colectivo. Eso sí, siempre haciéndose constar en los correspondientes informes que estas empresas han formado parte de su financiación.¹¹⁷

Todas estas medidas son, en términos numéricos, muchas más que las vistas en los epígrafes precedentes, lo cual puede tener una doble lectura. Una positiva, consistente en que en el entorno de trabajo lo fundamental es que se adopten medidas favorecedoras de la visibilidad, el apoyo y el buen clima laboral, y que las que tienen un contenido atinente a las condiciones de trabajo escapen del ámbito empresarial para situarse en otros, como la negociación colectiva. Esta lectura no puede admitirse acríticamente, primero, porque des-

¹¹⁶ Por ejemplo, es “conveniente revisar el lenguaje y las imágenes que se emplean a nivel interno, de manera que sea más inclusivo y contemple todas las realidades existentes en la compañía”; Fundación Seres, *Buenas prácticas...*, *cit.*, p. 11.

¹¹⁷ Un claro ejemplo es el Informe *Out Now Global LGBT 2020*, patrocinado por AXA —<https://www.outnowconsulting.com/media/13505/Report-SMTBC-Feb15-V17sm.pdf>—.

atiende la realidad básica del colectivo LGTBI en el contexto de trabajo, y que es la reiterada discriminación, y, segundo, porque supone una dejación de responsabilidades, debido al papel protagonista que la empresa desempeña en materia de diversidad e inclusión. La negativa es resultado de que todas estas medidas tienen un elemento en común; esto es, su fácil proyección social o, si se prefiere, la posibilidad de la empresa de publicitarse como LGTBI *friendly*. Siendo así, quizá, el interés empresarial deambule por unos derroteros distintos a la diversidad y a la inclusión —siendo éstas, todo lo más, un efecto colateral—, y vaya más dirigido a transmitir una concreta imagen corporativa que le permita cualificar su posición en el mercado.

VII. UNA CONCLUSIÓN, UNA DESILUSIÓN

La diversidad y la inclusión son una novedad, aunque no deberían serlo, en la gestión de los recursos humanos; hasta tal extremo es así que puede afirmarse que las empresas que quieren ser modernas o, mejor dicho, que quieren tener una imagen corporativa de modernidad no pueden sustraerse, en sus políticas, a dichos conceptos.

A modo de recopilatorio, cabe concluir que la inclusión sigue siendo una entelequia, como lo prueba, después de todo lo dicho, la ausencia, con muy escasas excepciones, de medidas, ya que las que las empresas venden como tales, en la mayoría de las ocasiones, no son más que el mero cumplimiento de las normas. Así se echa en falta medidas de acción positiva. Esta ausencia es la que está perpetuando las dificultades de inserción laboral del colectivo LGTBI y, por consiguiente, sus índices de desempleo, la autosegregación, la sectorización LGTBI y, en definitiva, la discriminación en el acceso al empleo de calidad.

La valoración no es más positiva, al contrario, cuando se acude al concepto de diversidad, ya que, como se ha visto, el colectivo LGTBI es el que recibe una menor atención entre las distintas expresiones de la diversidad, y cuando la recibe no se focaliza, las más de las veces, en medidas de contenido jurídico, sino en medidas simbólicas y de patrocinio que, sin menospreciarlas, no consiguen que esa diversidad convierta a las empresas, más allá de las formas, en diversas, ni, desde luego, en garantizadoras de una igualdad real y material. Sin entrar en que, según algún estudio, esta diversidad “contribuye a dar una imagen organizacional basada en la diversidad y el respeto pero con la que, en muchos casos, se enmascara una superioridad moral que finge aceptación

y adopta una actitud compasiva”.¹¹⁸ A este panorama hay que unir, en primer lugar, que en las escasísimas ocasiones en las que se instituyen medidas reales, las empresas huyen de cualquier tipo de obligación exigible jurídicamente, de ahí que ni se contengan en documentos vinculantes ni se cuantifiquen. En segundo lugar, que el número de empresas que, aunque sea formalmente, apuestan por la diversidad LGTBI es bastante reducido, siendo, en su mayoría, grandes empresas y multinacionales, lo que deja fuera a la casi totalidad del tejido empresarial en la casi totalidad de los países.

En suma, todo lo anterior obliga a admitir que la diversidad y la inclusión, hoy por hoy, son conceptos teóricos que las empresas, en su generalidad, no están implantando, y cuando lo hacen es con medidas meramente formales, que poco o nada ayudan a que los/as trabajadores/as LGTBI no sufran discriminación, ni desigualdad, ni falta de reconocimiento de derechos —tanto sustantivos como adjetivos— en sus condiciones de trabajo. Y lo que es más sangrante por no existir ningún argumento que lo justifique, el agravio comparativo sufrido por los/as trabajadores/as LGTBI en relación con los integrantes de las restantes expresiones de diversidad, lo que supone menospreciarlos al convertirlos, dentro de los colectivos discriminados, en uno de segunda categoría.¹¹⁹ Todo ello empobrece y vacía de contenido la acción empresarial.¹²⁰

Como ha podido imaginarse, de estas argumentaciones conclusivas se ha excluido —eso sí, de manera intencionada— un elemento que, sin embargo, permite entender mejor los comportamientos de muchas empresas diversas e inclusivas. Este no es otro que las ventajas económicas¹²¹ y de imagen corporativa que guían, no cabe el engaño, estas acciones; aunque se quieran enmascarar bajo el manto de la responsabilidad social empresarial.¹²² Estas ventajas sirven, en la mayoría de las guías y recomendaciones a las empresas, de aliciente y acicate para su implementación. No hay que insistir que, desde esta perspectiva, queda desnaturalizado el comportamiento empresarial. Se quiere

¹¹⁸ Mairal Medina, Pilar y Piedad Osorio, Luz, *Concepciones, actitudes y comportamientos...*, cit., p. 24. Con otras palabras, pero igual sentido, *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 22.

¹¹⁹ Prueba de ello es que, por ejemplo, en el estudio de la Red Acoge, se dice que de todas las empresas con política de diversidad, sólo el 47.62% ha incorporado “la variable de orientación sexual e identidad de género”; *IV Índice de la gestión de la diversidad...*, cit., p. 27.

¹²⁰ UGT indica que la diversidad se aborda “de forma superficial, mercantil o como simple imagen de marca”; *Hacia entornos laborales inclusivos...*, cit., p. 8, y, de forma parecida, en p. 16.

¹²¹ “La diversidad es un recurso económico a largo plazo”; Comisión Europea, *Manual de formación...*, cit., p. 26.

¹²² Sobre las dos éticas de la responsabilidad social —utilitarista y deontológica—, *Responsabilidad corporativa...*, cit., p. 18.

añadir que la búsqueda de esas ventajas no es reprobable; lo que es reprobable es que se haga bajo una supuesta diversidad e inclusión, en estas páginas, del colectivo LGTBI, cuando, en puridad, lo que se está haciendo es cosificándolo.

Por consiguiente, la necesidad de intervención de todos los restantes niveles —poderes públicos e interlocutores sociales— se hace necesaria, imprescindible e, incluso en la situación actual, urgente. Y esto último por un doble motivo. Por un lado, por la propia diversidad LGTBI, y, por otro, por el aumento alarmante de las agresiones, declaraciones y decisiones LGTBIfóbicas que, sin duda, se trasladan al ámbito de la empresa, pues, como se dijo al principio, ésta no es más que un trasunto de la realidad social. De ahí la importancia de instrumentos como la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGTBIQ, con la que la Unión Europea intenta convertirse en abanderada mundial¹²³ de la defensa y reconocimiento de los derechos de estas personas. Sin embargo, no es suficiente, como en el caso de las empresas, con meras declaraciones institucionales y programáticas, hay que dar pasos reales y efectivos en la lucha contra la discriminación por razón de identidad sexual y/o de género.

Con todo lo dicho, hay que concluir, lamentablemente, que, en muchas ocasiones, esta política de diversidad e inclusión para los/as trabajadores/as LGTBI no es más que una mera campaña cosmética —es decir, el llamado *pinkwashing*—,¹²⁴ por lo que la ilusión generada por la misma se torna en desilusión.

VIII. BIBLIOGRAFÍA E INFORMES

- ACCENTURE, *Visible growth; invisible fears. Getting tu equal 2020: pride*, 2020.
- ADIM, *Inclusión de la diversidad sexual y de identidad de género en empresas y organizaciones*, 2009.
- CCOO, *Igualdad y política social*, 2016.
- CCOO, *Diversidad afectiva y sexual: una cuestión sindical*, 2017.
- CCOO, *Personas trans en el ámbito laboral*, 2017.
- CEOE-CEPYME CANTABRIA, *Responsabilidad corporativa e integración de personas en riesgo de exclusión sociolaboral*, 2011.
- COMISIÓN DE EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Informe aplicación de la Directiva 2000/78*, A8-0225/2019.

¹²³ Estrategia para la igualdad de las personas LGTBIQ, pp. 20-22.

¹²⁴ *Inclusión de la diversidad sexual...*, cit., p. 18.

- COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/78*, COM (2021) 139 final.
- COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ*, COM (2020) 698 Final.
- COMISIÓN EUROPEA, *Manual de formación en gestión de la diversidad*, 2007.
- COMISIÓN EUROPEA, *The business case for diversity in the workplace: sexual orientation and gender identity*, 2016.
- FUNDACIÓN SERES, *Buenas prácticas en diversidad LGTBI*, 2017.
- Informe Variable D 2018, disponible en: www.intrama.es.
- Las personas LGBT en el ámbito del empleo en España: hacia espacios de trabajo inclusivos con la orientación sexual e identidad y expresión de género*, 2017.
- MAIRAL MEDINA, Pilar y PIEDAD OSORIO, Luz, *Concepciones, actitudes y comportamientos respecto a la homofobia en el ámbito laboral de Coslada*.
- MANZANO BARRAGÁN, Iván, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LXIV/2, 2012.
- MARCO, Donatella di et al., *Experiencias lesbianas y Gays en el trabajo*, disponible en: <https://archivo.amecopress.net/-2020/pdf/experiencias-de-lesbianas-y-gays-en-el-trabajo.pdf>.
- MORALES ORTEGA, José M., “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1999.
- NACIONES UNIDAS, *Conjunto de indicadores propuestos para el índice de inclusión LGTBI*, 2018.
- NACIONES UNIDAS, *Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales. Normas de conducta para las empresas*, 2017.
- OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente*, 2011.
- RED ACOGE, *IV Índice de la gestión de la diversidad y la inclusión*, 2019.
- REDI, *Memoria*, 2019.
- UGT, *Guía sindical sobre diversidad sexual y afectiva en el entorno laboral*, 2017.
- UGT, *Hacia entornos laborales inclusivos. La diversidad sexual, familiar y de género en el trabajo. Propuesta sindical*, 2020.
- Una cuestión de confianza: la visibilidad LGTB en el lugar de trabajo*, 2013.
- VENTOSA GARCÍA-MORATO, Montse, *Gestión de la diversidad cultural en las empresas*, 2012.

DIVERSIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO Y DISCRIMINACIÓN. TRATAMIENTO INTERNACIONAL*

SEXUAL AND GENDER DIVERSITY
AND DISCRIMINATION. INTERNATIONAL TREATMENT

DIVERSITÉ ET DISCRIMINATION SEXUELLE
ET DE GENRE. TRAITEMENT INTERNATIONAL

Alicia RIVAS VAÑÓ**

RESUMEN: La terminología de *diversidad sexual y de género* se propone como una fórmula para que la ONU pueda aglutinar la multitud de realidades que se pretenden proteger a través del derecho antidiscriminatorio, que se encuentran vinculadas con comportamientos humanos que escapan del marco de la heteronormatividad. El presente estudio analiza, en el plano internacional, cómo la respuesta del mundo del derecho se ha ido modulando con base en la evolución de las reclamaciones de reconocimiento de diversidad sexual y de género. Así, se realizará un análisis de los últimos avances en el seno de más recientes en esta materia en el ámbito regional europeo. El tratamiento jurídico de estas realidades ha contribuido notablemente a una importante evolución del concepto mismo de discriminación, y éste será el hilo discursivo de análisis de esta aportación.

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de septiembre de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado “Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social” (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479).

** Ha sido profesora asociada en Derecho Constitucional en las universidades de Huelva y Pablo de Olavide, en la que actualmente ocupa el puesto de profesora ayudante doctora; cuenta con más de 20 años de experiencia docente, incluyendo la docencia del derecho en lengua extranjera (inglés). Ha ejercido como abogada desde 2005 hasta 2020, en áreas relacionadas con derechos humanos, derecho de extranjería, derecho de familia y sucesiones (incluyendo derecho internacional privado) y derecho civil general. Está especializada en derecho LGBTI.



Revista Latinoamericana de Derecho Social
Núm. especial, pp. 257-288

Palabras clave: Diversidad sexual y de género, LGBTIQ+, derecho internacional, discriminación.

ABSTRACT: The terminology of *sexual and gender diversity* is proposed as a formula that can be used to bring together the multitude of realities, intended to be protected through anti-discrimination law, which are linked to human behaviors outside the framework of heteronormativity. This study analyses, at the international level, how the response of the law has been modulated, based on the evolution of sexual and gender diversity recognition claims. Thus, following an analysis of the latest developments within the UN, a study of the latest legislative and jurisprudential contributions in this area will be carried out at European regional level. The legal treatment of these realities has contributed significantly to an important evolution of the very concept of discrimination, and this will be the discursive thread of analysis of this contribution.

Keywords: Sexual and gender diversity, LGBTIQ+, International Law, Discrimination.

RÉSUMÉ: La terminologie de la *diversité sexuelle et de genre* est proposée comme une formule qui peut rassembler la multitude de réalités qui sont destinées à être protégées par la loi antidiscriminatoire, liées à des comportements humains qui échappent au cadre de l'hétéronormativité. Cette étude analyse, au niveau international, comment la réponse du monde du droit a été modulée en fonction de l'évolution des revendications de reconnaissance de la diversité sexuelle et de genre. Ainsi, à la suite d'une analyse des derniers développements au sein de l'ONU, une étude des dernières contributions législative et jurisprudentielles dans ce domaine sera réalisée au niveau régional européen. Le traitement juridique de ces réalités a contribué de manière significative à une évolution importante du concept même de discrimination, et ce sera le fil discursif de l'analyse de cette contribution.

Mots-clés: Diversité sexuelle et de genre, LGBTIQ+, Droit international, Discrimination.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Escenario global.* III. *La respuesta del derecho internacional.* IV. *A modo de conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El análisis jurídico de la realidad del colectivo LGBTIQ+, de lo que hemos venido a denominar “la diversidad sexual y de género”, tiene muchas y variadas perspectivas. Por un lado, seguimos intentando llegar a consensos sociales acerca de las definiciones de los comportamientos humanos que vamos a tomar en consideración en el desarrollo de un lenguaje jurídico-técnico en esta materia. Por otra parte, la regulación legal afecta a multitud de derechos e intereses sociales que entran en tensión en sociedades aún reticentes a reconocer a colectivos sociales minoritarios, históricamente rechazados e incluso perseguidos.¹

De esta manera, conviene centrar la cuestión en un trabajo de estas dimensiones, para acotar y definir los elementos que van a ser objeto de estudio. Por un lado, trataremos de describir las importantes discusiones acerca de conceptos tradicionalmente asumidos como inamovibles, vinculados a una realidad biológica falsamente binaria, en la que hombres y mujeres han venido definidos desde una perspectiva esencialista, artificialmente simplificada en dos sexos biológicos.² De la constatación de esta, al menos en parte, falacia ha surgido un debate teórico al que sólo haremos referencia, el cual hunde sus raíces en la contestación del feminismo doctrinal a la predeterminación sexual, a través de la construcción del concepto de “género”, y que ha derivado en una interesante perspectiva *queer*, que en buena medida está provocando un intenso intercambio de posturas en el seno del feminismo.

¹ Frente a esta afirmación, resulta especialmente interesante la posición de J. Boswell, autor de una importantísima revisión histórica del fenómeno de la homosexualidad en Europa: Boswell, J., *Christianity, social tolerance, and homosexuality: gay people in western Europe from the beginning of the Christian era to the fourteenth century*, Chicago, University of Chicago Press, 1980. Los estudios académicos sobre la historia de la homosexualidad son cada vez más numerosos, lo que hace imposible aquí su mención; sirvan por todos el ya mencionado, Tomás y Valiente, F., “El crimen y pecado contra natura”, en varios autores, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990; Kosofsky Sedgwick, E., *Epistemology of the closet*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 1990; Duberman et al. (eds.), *Hidden from history. Reclaiming gay and lesbian past*, New York, Meridian, 1990; Halperin, D., *One hundred years of homosexuality*, New York, Routledge, 1990; Wolf, S., *Sexuality and socialism: history, politics and theory of LGBTI liberation*, Chicago, Haymarket Books, 2009; Herzog, D., *Sexuality in Europe, a twentieth-century history*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

² Una muy completa revisión de las distintas corrientes esencialistas y constructivistas se puede encontrar en Bamforth, N., *Sexuality, morals and justice: a theory of lesbian and gay rights law*, Londres, Cassell, 1997, pp. 75 y ss. También en Vélez-Pelligrini, L., *Mimorias sexuales y sociología de la diferencia. Gays, lesbianas y transexuales ante el debate identitario*, Madrid, Montesinos, 2008.

Por otro lado, abordaremos la realidad del reconocimiento jurídico de la diversidad sexual y de género a nivel internacional y europeo, pero limitando el análisis a la protección antidiscriminatoria desarrollada, apuntando los últimos avances logrados y las deficiencias que aún persisten. Así, analizaremos el impacto que las exigencias de protección de la diversidad sexual y de género han tenido y tienen en la misma concepción de la idea de discriminación tradicionalmente utilizada.

Por último, a modo de conclusión, se valorará la virtualidad del enfoque impulsado por los organismos internacionales, así como por los colectivos LGBTIQ+, y los límites que tal acercamiento a estas reivindicaciones necesariamente impone.

II. ESCENARIO GLOBAL

1. *Conceptos y definiciones: el estado de la cuestión LGBTIQ+*

Los términos que a lo largo del tiempo han sido utilizados por el mundo del derecho para hacer referencia a algunas realidades ahora englobadas en las siglas LGBTIQ+ han ido sufriendo una importante transformación que no es más que el resultado de la modulación que también se ha producido en el reconocimiento jurídico y social de diversas realidades en torno al sexo y al género. De hecho, bien podría realizarse una secuenciación histórica de la respuesta jurídica en este asunto a través del seguimiento de la terminología utilizada. De esta manera, desde el absoluto rechazo moral y religioso a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, que incluso han llevado a su persecución penal, se utilizaban términos como *actos contra natura*, *actos impuros*, *actos repugnantes*.³ Cuando se empezó a plantear la posibilidad de que se tratara de comportamientos vinculados a la enfermedad mental, los conceptos se ampliaron para incorporar BUSCAR.

Con los primeros movimientos sociales y jurídicos de reconocimiento de la diversidad sexual vamos a asistir a un uso más extendido del término *homosexual*,⁴ que englobó durante algún tiempo todo aquello que se encon-

³ En palabras de T. Morrison, “el lenguaje opresivo hace algo más que representar violencia: es violencia”, *apud* Eribon, D., *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Barcelona, Anagrama, 2001, p. 28.

⁴ Las primeras sentencias en el ámbito internacional de protección de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo lo utilizan, véase *infra*.

trara fuera del paradigma de la heterosexualidad binaria. Incluso dentro de las primeras organizaciones en defensa del colectivo, el término *gay* tuvo una aspiración globalizante hasta que otras minorías sexuales reclamaron su lugar, tanto en reconocimiento público como en reclamación de necesidades propias. Así, las propias siglas LGBT⁵ empiezan a ser reduccionistas, y asistimos a su ampliación progresiva hasta el actual LGBTIQ+.

Por otra parte, y en relación con la protección antidiscriminatoria, un importante impulso de los niveles de reconocimiento logrados lo supuso la inclusión de la terminología de la *orientación sexual*, como criterio especialmente protegido, al nivel de otros, como pudieran ser el sexo, la religión o la pertenencia a una minoría étnica o racial.⁶ Sin embargo, de nuevo, va a resultar un concepto muy limitado al no recoger en toda su extensión las necesidades derivadas de una diversa identidad sexual, que se queda así en tierra de nadie, a veces protegida a través de la no discriminación por sexo, a veces a través de la orientación sexual, y algunas otras, simplemente sin protección.⁷

⁵ Siglas que se corresponden con la serie de palabras en inglés: Lesbian, Gay, Bisexual y Transsexual, y a las que se han añadido Intersexual, Queer y el signo + a modo de cláusula abierta a otras formas de experiencia sexual y de género.

⁶ Una de las primeras normas internacionales en incluir la orientación sexual como motivo expreso de prohibición de discriminación fue el ya derogado Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1997, en su artículo 13, que no tenía eficacia directa. Muchos fueron los estudios doctrinales sobre este asunto, sirvan por todos: Bell, M., “The new Article 13 EC Treaty: a sound basis for European anti-discrimination law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, núm. 1, 1999, pp. 5 y ss.; Somek, A., “A Constitution for antidiscrimination: exploring the vanguard moment of Community Law”, *European Law Journal*, vol. 5, núm. 3, 1999, pp. 243 y ss.; Rodríguez-Piñero Royo, M. y Rivas Vañó, A., “Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa”, *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pp. 3 y ss.

⁷ Dos asuntos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acreditan la dificultad en la interpretación de los motivos antidiscriminatorios en relación con las personas transexuales. Se trata de las sentencias *P v. S y Cornwall County Council*, del 30 de abril de 1996, asunto C-13/94, y *Grant v. South-West Trains Ltd*, del 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96. Ambas sentencias dieron lugar en su momento a una multitud de estudios doctrinales. Así, entre otros, Olea, M., “El despido de un transexual”, *Actas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1997, pp. 237 y ss.; Mariscal de Gante, M. y López Pasaro, E., “Transexualidad y discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 97, 1999, pp. 60 y ss.; Morales Ortega, J. M., “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1999, pp. 55 y ss.; Barnard, C., “The principle of equality in the community context: P, Grant, Kalanke and Marshall: four uneasy bedfellows?”, *Cambridge Law Journal*, núm. 57, 1998, pp. 352 y ss.; *id.*, “Some are more equal than others: the decision of the Court of Justice in *Grant vs. South-West Trains*”, *Cambridge Journal of European Law*, 1999, pp. 147 y ss.; Loux, A. C., “Is he our sister? sex, gender, and transsexuals under European law”, *Web Journal of Current Legal Issues*, vol. 3, 1997; Wintemute, R., “Recognizing new kinds of direct sex discrimination:

En este contexto, vemos esta evolución de la terminología utilizada en los mismos Principios de Yogyakarta, que en su redacción de 2007 hacían referencia a la orientación sexual y la identidad de género,⁸ y que en su adenda de 2017 hablan de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales,⁹ ampliando así el abanico de protección o al menos nombrando expresamente situaciones antes ocultas. Hacen referencia los principios originales a la definición de orientación sexual e identidad de género en los siguientes términos:

La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.¹⁰

La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de

transsexualism, sexual orientation and dress code”, *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 335 y ss.; Bell, M., “Shifting conceptions of sexual discrimination at the Court of Justice: from P v. S to Grant v. SWT”, *European Law Journal*, vol. 5, 1999, pp. 63 y ss.; Helfer, L., “European Court of Justice decision regarding employment discrimination on the basis of sexual orientation”, *American Journal of International Law*, vol. 93, núm. 1, 1999, pp. 195 y ss.; Berthou, K. y Masselo, A., “La CJE et les couples homosexuels”, *Droit Social*, núm. 1, 1998, pp. 20 y ss., y González Vega, J., “Buscando en la caja de pandora: el derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual”, *La Ley-Unión Europea*, núm. 4522, 1998.

⁸ Los Principios de Yogyakarta, principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, elaborados y publicados en marzo de 2007, son una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados y a las organizaciones internacionales acerca de cómo interpretar y poner en práctica los derechos humanos en relación con situaciones en las que la orientación sexual o la identidad de género son la causa de vulneraciones de estos derechos. Se trata de un conjunto de medidas elaboradas por un grupo de 29 especialistas en derechos humanos, procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Disponible en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf. Véase O’Flaherty, M. y Fisher, J., “Sexual orientation, gender identity and international human rights law: contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 2, 2008, pp. 207-248.

⁹ Disponible en: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf.

¹⁰ Principios de Yogyakarta, *cit.*, preámbulo, p. 8.

la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.¹¹

Estas definiciones son revisadas en la ampliación de 2017, haciendo expresas referencias a los conceptos de *expresión de género*, considerado como incluido en el contenido de la identidad sexual, y de *características sexuales*, como un concepto independiente a la orientación sexual y la identidad y expresión de género. Así, se define la expresión de género como:

La presentación del género de la persona a través de la apariencia física —incluyendo la forma de vestir, el peinado, los accesorios y el maquillaje— y los modales, el discurso, los patrones de comportamiento, los nombres y las referencias personales, y dejando claro que la expresión de género puede o no ajustarse a la identidad de género de una persona.¹²

De igual manera, se definen las características sexuales como las características físicas de cada persona relacionadas con el sexo, incluyendo los genitales y otras anatomías reproductivas y sexuales, cromosomas, hormonas y características físicas secundarias que emergen en la pubertad.¹³

Esta transformación tan acusada, en relativamente poco tiempo, de los conceptos que se formulan en torno a las reivindicaciones de las minorías sexuales y de género tienen que ver con dos importantes referencias que vienen a transformar el escenario actual.

Nos referimos, por un lado, a las exigencias que se están haciendo cada vez más visibles, y están siendo recogidas por una doctrina legal aún minoritaria del colectivo intersexual. Hablamos de personas cuya biología no se ajusta a la descripción biológica dominante de macho o hembra. Así, se trata de situaciones en las que, o bien, y a pesar de que genéticamente se puede identificar

¹¹ *Idem.*

¹² Traducción de la autora; el texto original en inglés es: “Each person’s presentation of the person’s gender through physical appearance —including dress, hairstyles, accessories, cosmetics— and mannerism, speech, behavioural patterns, names and personal references, and noting further that gender expression may or may not conform to a person’s gender identity”. The Yogyakarta Principles plus 10, *cit.*, preámbulo, p. 6.

¹³ Traducción de la autora; el texto original en inglés es: “Each person’s physical features relating to sex, including genitalia and other sexual and reproductive anatomy, chromosomes, hormones, and secondary physical features emerging from puberty”. *Idem.*

el sexo biológico, los genitales externos tienen la apariencia de pertenecer al sexo biológico contrario, o bien nos encontramos ante personas cuya carga genética no permite determinar con claridad su pertenencia al sexo femenino o masculino. En estos casos, también conocidos desde la antigüedad como hermafroditismo, se tiende a definir la pertenencia a un sexo u otro por parte de los progenitores, pudiendo dar lugar a error, esto es, que no coincida la determinación hecha a muy temprana edad por terceras personas, con los sentimientos del sujeto que ha sido objeto de esta determinación. Debido a las múltiples variantes que se pueden dar en relación con este fenómeno, ciertamente excepcional tanto en número de casos como en grados de complejidad, la respuesta desde el derecho debe también atemperarse, no siendo posible en algunos casos la asignación de la persona a un determinado sexo hasta que ésta tenga edad suficiente como para que pueda intervenir en la propia determinación de su identidad sexual. En este sentido, son varios los colectivos de personas intersexuales que reclaman la posibilidad de establecer mecanismos que dejen en suspenso temporalmente esta asignación sexual¹⁴ (con la necesidad de reforma de los registros civiles correspondientes, que actualmente no permiten, en términos generales, la inscripción sin asignación sexual de las personas), e incluso la prohibición de asignación sexual por parte de los progenitores o los médicos cuando se da una situación de ambigüedad sexual como la que hemos descrito.¹⁵

Junto con esta primera ruptura, en el ámbito incluso de la biología, de la concepción binaria de la idea de sexo, asistimos, como segundo elemento

¹⁴ Algunas de estas reclamaciones se pueden consultar en <http://www.isna.org/>, página web de la *Intersex Society of North America*. También en <http://oii-espana.blogspot.com.es/>, un blog creado por la Organización Internacional de Intersexuales para exponer el contenido de sus reclamaciones y su rechazo a la reasignación sexual no consentida. La sección sobre intersexualidad de ILGA- Europe ofrece una importante información al respecto: http://www.ilga-europe.org/home/issues/trans_and_intersex/intersex. En relación con nuevas maneras de afrontar las cuestiones médicas relacionadas con la intersexualidad (o, en el sentido de las reivindicaciones de parte del colectivo, la DSD, *Disorders of Sex Development*), véase <http://www.accordalliance.org/>.

¹⁵ Una autora especialmente importante en este sentido ha sido C. Chase, quien produjo el documental *Hermaphrodites Speak!* en 1997, lo que llevó al debate público los sufrimientos y reivindicaciones de este colectivo. Para un completo análisis de la historia de la aparición y lucha de los colectivos intersexuales, así como para conocer la crítica *queer* en este sentido, véase *id.*, "Hermaphrodites with attitude: mapping the emergence of intersex political activism", *A Journal of Lesbian and Gay Studies. The Transgender Issue*, vol. 4, núm. 2, 1998, pp. 189 y ss. En los últimos tiempos, otros interesantes documentales han tratado la cuestión; en concreto, Elisco, D., *La ciencia de los sexos*, Inglaterra, 2009, y Hart, P., *Mi aventura intersexual*, Australia, 2010, ambos disponibles en <http://www.rtve.es/television/20111025/noche-tematica-tercer-genero/471002.shtml>.

transformador de la respuesta jurídica que se empieza a dar, a la irrupción de las teorías *queer* en el debate, que van a suponer una relectura profunda de conceptos tan esenciales como el sexo, el género y la identidad. Así, esta postura radicalmente constructivista acerca de las identidades personales en torno a sexo, sexualidad y género, que bebe, como decíamos al principio, de la puesta en cuestión realizada por el feminismo de los conceptos culturales de hombre y mujer, sostiene, con muchos matices y diferencias entre autores,¹⁶ que no sólo el género es una construcción social, sino que incluso la idea de sexo (ligada a los atributos biológicos) y de sexualidad está profundamente marcada por sesgos culturales que constriñen al ser humano en su libre desarrollo. Se trata de una posición teórica que ha alcanzado en los últimos años al debate público, muy vinculado con la exigencia de las personas transexuales de remover los obstáculos que les dificultan el cambio de sexo registral, y ha impulsado acaloradas discusiones en foros y redes sociales, no siempre fructíferas o útiles, entre posturas muy encontradas. Y es que para un sector del feminismo, la exigencia desde lo *queer* (que no necesariamente desde lo *trans*) de utilizar un lenguaje que consideran excluyente de las mujeres transexuales¹⁷ supone de hecho una amenaza para el resto de las mujeres, que vuelven a ser invisibilizadas bajo las reivindicaciones de aquéllas.¹⁸ Ade-

¹⁶ Una amplia revisión de la bibliografía *queer* y feminista se puede encontrar en Grupo de Trabajo Queer, *El eje del mal es heterosexual*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005; Córdoba, D. et al. (eds.), *Teoría queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*, Madrid, Egales, 2005; Jagose, A., *Queer theory: an introduction*, New York, New York UP, 1996; Seidman, S. (org.), *Queer theory sociology*, Oxford, Blackwell, 1996. Una de las obras fundacionales de este movimiento es Butler, J., *Gender Trouble. Feminism and the subversion of identity*, Nueva York, Routledge, 1990. Véase también de la misma autora, *Bodies that Matter. On the discursive limits of sex*, Nueva York, Routledge, 1993.

¹⁷ Un ejemplo puede ser la exigencia desde este colectivo de referirse a las mujeres como “personas gestantes” cuando se regulan aspectos relacionados con los derechos reproductivos, ya que el uso del término “mujer” resulta excluyente hacia las mujeres transexuales, quienes no pueden gestar. Sin embargo, se trata de un argumento un tanto forzado, ya que, en el caso de España, el borrador del proyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans, proyecto aún en fase de desarrollo, en su artículo 29 habla de “personas trans con capacidad de gestar”, dejando esta alusión así constreñida a la referencia a la condición de transexual de la persona indicada, lo que parece una fórmula de expresión acorde con la necesidad de respeto del colectivo. Borrador disponible en: https://www.neutral.es/wp-content/uploads/2021/02/2021-02-02_Borrador-Ley-Trans.pdf?x42453.

¹⁸ Así, autoras como Martha Nussbaum son especialmente críticas con las teorías *queer*. Véase Nussbaum, M., “The professor of parody. The hip defeatism of Judith Butler”, *The New Republic*, 1999, disponible en: <https://newrepublic.com/article/150687/professor-parody>.

más, la posibilidad de un cambio registral del sexo por la sola voluntad de la persona afectada es percibida como una amenaza, ya que podría dar lugar a abusos de derecho.¹⁹ Por último, la posibilidad de favorecer el cambio de sexo antes de la mayoría de edad se concibe, de nuevo, como un riesgo para los niños y niñas, que podrían verse abocados a esto tan sólo por mostrar actuaciones y tendencias que no son los que tradicionalmente se atribuyen a hombres o mujeres.²⁰ Así, paradójicamente, partiendo de una revisión transgresora del concepto de sexo, contribuiríamos a consolidar la visión cisheteropatriarcal del género, obligando a niños y niñas a comportarse como se espera de su condición de hombre o mujer a riesgo si no de ser sometidos a un cambio de sexo.

En realidad, se trata de un debate algo artificial; por una parte, porque no está claro que toda la comunidad *trans* comulgue con las posiciones *queer*,²¹ y por otra, porque algunas de las posiciones contrarias a la posibilidad de cambiar el sexo con la sola voluntad de la persona afectada parten de asunciones falsas en torno a la regulación legal que se propone. Así, frente a la posible utilización del cambio de sexo de forma inapropiada, tenemos el principio general del derecho del fraude de ley como freno; frente al riesgo para los menores, los procesos de cambio de sexo de los menores de edad pueden incorporar cautelas y la intervención de terceras personas para asegurar el interés del menor. Quizá la mayor dificultad, y la más interesante, tiene que ver con la propia idea de mujer, y la posibilidad de invisibilización de las reivindicaciones feministas, si deben plegarse, en todos los casos, a las exigencias de una minoría del colectivo, el de las mujeres trans. Se percibe así un intento de destrucción desde dentro del movimiento feminista al que hay que estar atentos. Las mujeres trans, en su doble condición de mujer y persona trans, quizá puedan ligar sus reivindicaciones trans a un concepto jurídico de identidad de género que se ha construido precisamente como protector de las necesidades derivadas de la situación de las personas transexuales e intersexuales.

¹⁹ Se plantea que pueda ser utilizado este cambio de sexo por violadores para acabar en una cárcel de mujeres, o por deportistas masculinos para competir en las competiciones femeninas.

²⁰ En España se encuentra en proceso de aprobación la llamada Ley para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans, *cit.*, y esto ha dado lugar a un agrio debate social. Muchos son los medios de comunicación que se han hecho eco de esta situación. Véase, por todos, <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20210205/6222909/ley-trans-argumentos-favor.html> y <https://www.rtve.es/noticias/20201119/despatologizar-personas-trans-clave-futura-ley-levanta-criticas-entre-parte-del-feminismo/2057445.shtml>.

²¹ De hecho, parece un debate mucho más encendido en relación con las mujeres trans que con los hombres trans.

En este estado de cosas, resulta esencial centrar el foco de todas estas cuestiones, en el plano jurídico, en relación con la función que el derecho, y más aún, que los derechos humanos, deben jugar. Así, se trata de definir y comprender la función de la regulación jurídica de un amplísimo y variadísimo abanico de acciones humanas relacionadas con la identidad de género y la sexualidad, y explicitar cómo solucionar los problemas que de ello se pueden derivar. En este sentido, se proponen dos puntos de partida.

Por un lado, la utilización de una terminología lo menos restrictiva posible de los fenómenos y las posiciones que hemos mencionado. Así, a efectos de la protección antidiscriminatoria, entendemos que utilizar los términos de diversidad sexual y de género nos permite englobar gran parte de la casuística ya referida, y resulta por tanto menos reduccionista que la tendencia a la que estamos asistiendo de ir incorporando nuevas causas antidiscriminatorias más concretas (orientación sexual, identidad sexual, identidad de género, expresión de género, expresión sexual, etcétera...), que siempre, con base en su concreción, resultarán insuficientes.

Por otro lado, se propone la conexión íntima entre la cláusula antidiscriminatoria y los valores superiores vinculados con los derechos humanos. Así, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad deben presidir toda fórmula interpretativa de eficacia de los derechos humanos en su aplicación a los casos concretos de diversidad sexual y de género, y conlleva necesariamente el distanciamiento en esta materia de posiciones morales o religiosas que, legítimas o no en su ámbito de actuación, no pueden desplegar sus efectos hasta el punto de entorpecer el correcto ejercicio de los derechos humanos.

2. *Nuevas y viejas reivindicaciones*

En el plano internacional de carácter global, seguimos asistiendo a una enorme variedad de regulaciones jurídicas en esta materia, que suponen desde la criminalización de las prácticas homosexuales hasta el reconocimiento de los derechos familiares, incluido el matrimonio, y toda una serie de normas encaminadas a la erradicación de la discriminación por motivos de diversidad sexual y de género.

Así, observamos con perplejidad creciente cómo aún en 67 Estados miembros de Naciones Unidas hay disposiciones que penalizan los actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo, y otros dos Estados

miembros de Naciones Unidas tienen una criminalización de *facto*.²² De entre estos países, en seis se aplica la pena de muerte como castigo de manera clara,²³ y en cinco más existen informaciones que indican que esta pena puede potencialmente imponerse.²⁴ De esta manera, en materia de legalidad de los actos sexuales consensuales entre personas del mismo sexo en el mundo, la situación es la que sigue:²⁵

	<i>Estados de la ONU</i>	<i>África</i>	<i>LAC</i>	<i>Norteamérica</i>	<i>Asia</i>	<i>Europa</i>	<i>Oceanía</i>
Penalizado	69 (36%)	32 (59%)	9 (27%)	0	22 (52%)	0	6 (43%)
No penalizado	124 (64%)	22 (41%)	24 (73%)	2 (100%)	20 (48%)	48 (100%)	8 (57%)

Por otra parte, en relación con la libertad de expresión, aún encontramos importantes restricciones en cuestiones relacionadas con la diversidad sexual y de género en nada menos que 42 Estados miembros de Naciones Unidas.²⁶ Obstáculos en un mayor número de países, nada menos que 51, se observan en el ejercicio del derecho a la libertad de asociación, no permitiéndose el registro o el funcionamiento de organizaciones de la sociedad civil que trabajan en materia de diversidad sexual y de género.²⁷ En términos globales, la situación en relación con estas materias es la siguiente:

²² Los datos generales que a partir de ahora aquí se destacan han sido extraídos del complejo y magnífico informe de 2020 de ILGA, que sólo hace referencia, en principio, a la cuestión de la orientación sexual. Ramón Mendos, L. *et al.*, *Homofobia de Estado 2020: actualización del panorama global de la legislación*, Ginebra, ILGA World, diciembre de 2020.

²³ Estos son Arabia Saudita, Brunei, Irán, Mauritania, Nigeria (sólo 12 Estados del Norte) y Yemen. *Ibidem*, p. 27.

²⁴ Se trata de Afganistán, Emiratos Árabes Unidos, Pakistán, Qatar y Somalia (incluida Somalilandia). *Idem*.

²⁵ Datos extraídos de ILGA, *Homofobia...*, *cit.*, p. 95. Para ver un exhaustivo seguimiento de la situación actual y de los procesos de despenalización, país por país, ir al documento de referencia.

²⁶ Se consideran como tales la penalización de los delitos contra la moral y la religión, la limitación de los programas de educación sexual, la prohibición de la promoción o la propaganda de la homosexualidad, la censura en los medios de comunicación, etcétera. *Ibidem*, p. 153.

²⁷ Se incluyen las restricciones a la obtención de personalidad jurídica de las asociaciones explícitamente vinculadas con la diversidad sexual y de género, así como los obstáculos legales para impedir u obstaculizar su trabajo. *Ibidem*, p. 173.

	<i>Estados de la ONU</i>	<i>África</i>	<i>LAC</i>	<i>Norteamérica</i>	<i>Asia</i>	<i>Europa</i>	<i>Oceanía</i>
Restricciones a la libertad de expresión	42 (21%)	20 (37%)	1 (3%)	0	17 (40%)	4 (8%)	0
Restricciones a la libertad de asociación	52 (27%)	27 (50%)	0	0	21 (50%)	2 (4%)	1 (7%)

Si centramos la cuestión en la protección antidiscriminatoria, nos encontramos con que, en el plano constitucional, esto es, con textos que prohíban explícitamente la discriminación basada en la orientación sexual, sólo hay 11 Estados miembros de Naciones Unidas y un Estado no miembro que cumplan este requisito.²⁸ No resulta excesivamente relevante este dato por cuanto sólo tiene en cuenta menciones expresas a la orientación sexual en los textos constitucionales, con las necesarias reformas constitucionales que en la mayoría de los casos conllevan. Resulta mucho más esclarecedora la cifra de Estados en los que se considera que hay una protección amplia contra la discriminación basada en la orientación sexual.²⁹ A lo que se añade el elenco de Estados en los que, si no de una forma más completa, hay cierto grado de protección antidiscriminatoria, como por ejemplo en materia laboral.³⁰ Además, en cuanto a medidas de protección en relación con la diversidad sexual y de género, hay que tener en cuenta también las legislaciones nacionales que consideran, en su respuesta penal, los actos delictivos motivados por la orientación sexual de la víctima.³¹ Por otro lado, también encontramos un grupo de Estados miembros de la ONU que prohíben expresamente la incitación al odio, la violencia o la discriminación basada en la orientación sexual.³² Asimismo, también encon-

²⁸ Se trata de Sudáfrica, Bolivia, Cuba, Ecuador, México, Nepal, Malta, Portugal, San Marino, Suecia y Fiyi, y de Kosovo. *Ibidem*, p. 193.

²⁹ *Ibidem*, p. 201.

³⁰ Se trata, en estos casos, de legislaciones que establecen expresamente la protección laboral a discriminación por orientación sexual, sin incluir otros casos en los que, por vía jurisprudencial, por ejemplo, se ha reconocido esta protección. *Ibidem*, p. 225.

³¹ Tanto incorporando nuevos tipos delictivos en función de este elemento como considerando la concurrencia del mismo como una agravante al castigo de delitos preexistentes. *Ibidem*, p. 249.

³² Se trata de la tipificación como delito de estos comportamientos, aunque su alcance varíe considerablemente de un Estado a otro. *Ibidem*, p. 261.

tramos un número casi testimonial de Estados en los que está expresamente prohibida la realización de terapias de conversión.³³ Así, tenemos:

	<i>Estados de la ONU</i>	<i>África</i>	<i>LAC</i>	<i>Norteamérica</i>	<i>Asia</i>	<i>Europa</i>	<i>Oceanía</i>
Protección antidiscriminatoria amplia	57 (30%)	3 (6%)	11 (33%)	1 (50%)	3 (10%)	34 (68%)	5 (29%)
Protección antidiscriminatoria laboral	81 (42%)	9 (17%)	16 (33%)	2 (100%)	4 (10%)	42 (84%)	8 (57%)
Protección penal por orientación sexual de la víctima	48 (25%)	4 (7%)	11 (33%)	2 (100%)	2 (5%)	27 (54%)	2 (14%)
Prohibición de incitación al odio, a la violencia o a la discriminación por orientación sexual	45 (23%)	2 (4%)	9 (27%)	1 (50%)	0	32 (64%)	1 (0%)

La cuestión del reconocimiento jurídico de las relaciones sentimentales y familiares en materia de diversidad sexual y de género es, obviamente, especialmente relevante. Además, supone un indicador importante para reconocer escenarios de discriminación indirecta, como veremos más adelante, que se esconden bajo el paraguas de la diferente naturaleza de las relaciones personales involucradas. Respecto de las más importantes cotas de reconocimiento en este sentido, los Estados miembros de la ONU que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo siguen siendo absolutamente minoritarios.³⁴ A esto se añade el grupo de países que, sin permitir el acceso

³³ En este informe de ILGA se define “terapia de conversión” como “el término paraguas con el que hoy en día se hace referencia a cualquier esfuerzo sostenido para modificar la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de una persona”. Se trata sólo de cuatro países: Brasil, Ecuador, Alemania y Malta. *Ibidem*, pp. 273 y ss.

³⁴ *Ibidem*, p. 289.

a la institución del matrimonio, sí que reconocen los lazos sentimentales y familiares de las parejas del mismo sexo a través de la figura de las uniones civiles, que a veces suponen un paso previo a una posterior protección a través del matrimonio.³⁵ Además, sigue siendo de nuevo muy reducido el número de Estados que permiten la adopción conjunta de menores por parte de las parejas del mismo sexo, en la mayoría de los casos esto ha sido el resultado del acceso al matrimonio.³⁶ Curiosamente, se amplía, sin embargo, cuando se trata de la adopción de los hijos/as de uno de los cónyuges por parte del otro/a. Esta situación es particularmente relevante en el caso de las parejas de mujeres, ya que el acceso a métodos de inseminación artificial facilita la conformación de una familia que, sin embargo, puede verse obstaculizada si la madre no gestante no ve reconocida legalmente su vinculación familiar con la descendencia. En cualquier caso, no se limita a este tipo de situaciones, sino que también puede afectar a las parejas conformadas por dos hombres.³⁷

	<i>Estados de la ONU</i>	<i>África</i>	<i>LAC</i>	<i>Norteamérica</i>	<i>Asia</i>	<i>Europa</i>	<i>Oceanía</i>
Matrimonio igualitario	28 (14%)	1 (2%)	7 (18%)	2 (100%)	0	16 (33%)	2 (14%)
Uniones civiles	34 (18%)	1 (2%)	6 (18%)	1 (50%)	1 (2%)	23 (48%)	2 (14%)
Adopción conjunta	28 (14%)	1 (2%)	5 (15%)	2 (100%)	1 (2%)	17 (35%)	2 (14%)
Adopción de descendencia por parte de la pareja	32 (16%)	1 (2%)	5 (15%)	2 (100%)	1 (2%)	21 (44%)	2 (14%)

³⁵ En estos casos, el reconocimiento de las uniones civiles permite cierto grado de protección, pero con diferencias sustanciales respecto del matrimonio, como por ejemplo la imposibilidad de adopción de menores. *Ibidem*, p. 305.

³⁶ Aunque no en todos. Así, a pesar de que en número global coincide, en América Latina y el Caribe, dos Estados que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo no permiten la adopción por parte de éstos. Se trata de Ecuador, que limita la adopción a matrimonios heterosexuales expresamente en su Constitución, y México, que debido a la dispersión legislativa, y a que en buena medida el reconocimiento del matrimonio homosexual ha venido dado por el desarrollo jurisprudencial, no se pronuncia en ningún sentido expreso respecto de esta cuestión. *Ibidem*, pp. 321 y ss.

³⁷ *Ibidem*, p. 331.

De esta manera, hemos obtenido una visión global, ciertamente resumida, de la situación jurídica en la que se encuentra la diversidad sexual y de género en el mundo. Los organismos internacionales han tenido un importante, aunque, como estamos viendo, no suficiente, papel en la consecución del reconocimiento jurídico de la orientación sexual y de género como causas merecedoras de la protección antidiscriminatoria, como seguidamente veremos.

III. LA RESPUESTA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. *La respuesta antidiscriminatoria en el seno de la ONU*

Lo primero que conviene destacar es que ningún tratado de derechos humanos de la ONU menciona de manera explícita a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, o a la orientación sexual, la identidad y expresión de género y las características sexuales.³⁸ Sin embargo, esto no ha sido un impedimento para, por vía interpretativa, acometer importantes revisiones del contenido de los tratados que protejan e incluyan al colectivo LGBTIQ+.³⁹ De hecho, de la actuación de los distintos comités encargados de la supervisión del grado de cumplimiento de los tratados se desprende una creciente perspectiva de diversidad sexual y de género. Y en concreto, si observamos los trabajos realizados en relación con las reclamaciones individuales, sobre todo en el seno del Comité de Derechos Humanos, podemos destacar importantes decisiones que van a suponer un punto de inflexión en la cultura jurídica respecto de estos asuntos. Así, conviene señalar asuntos más que conocidos, como *Toonen v. Australia*,⁴⁰ en el que el Comité protege la vida privada del recurrente, un activista homosexual australiano, frente a la intromisión que supone el mantenimiento del reproche penal de conductas sexuales entre hombres (no se criminalizaba de la misma manera el sexo entre mujeres) en uno de los territorios australianos (Tasmania). Tan importante

³⁸ Kirichenko, K., *Órganos de tratados de la ONU: referencias a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales: informe anual 2019*, Ginebra, ILGA Mundo, julio de 2020, p. 14.

³⁹ Un estudio de los orígenes de esta protección puede verse en Heinze, E., *Sexual orientation: a human right. An essay on international human rights law*, Dordrecht, M. Nijhoff Publisher, 1995. Además, resulta muy interesante, Cotter, A. M., *Ask no questions: an international legal analysis on sexual orientation discrimination*, Farnham, Ashgate, 2010.

⁴⁰ Asunto *Toonen v. Australia*, comunicación n. 488/1992, del 31 de marzo de 1994.

como el reconocimiento de que el derecho a la vida privada incluye la vida sexual de adultos que consienten, va a ser el inequívoco reconocimiento de la orientación sexual como motivo antidiscriminatorio⁴¹ de los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a través de la interpretación amplia del término *sexo*, y ni siquiera teniendo que hacer uso de las cláusulas abiertas de los mismos. Esta afirmación va a ser confirmada por la actuación del Comité a lo largo del tiempo, en relación con cuestiones tan diversas como la libertad de expresión,⁴² cuyos límites, para ser legítimos, deben ser interpretados de manera que no supongan una vulneración de la prohibición de discriminación por orientación sexual; el reconocimiento legal de los vínculos sentimentales y familiares entre personas del mismo sexo;⁴³ el acceso a la justicia,⁴⁴ o el cambio de sexo registral.⁴⁵ De esta manera, el Comité de Derechos Humanos de la ONU se configura como un órgano de supervisión absolutamente pionero en su protección de los derechos humanos del colectivo, aun cuando no se trate del único que ha intervenido en esta materia.⁴⁶

Quizá uno de los elementos más relevantes en el análisis de esta respuesta de organismos internacionales tiene que ver con la definición y el lugar que el Comité de Derechos Humanos otorga a la moral en la interpretación del

⁴¹ Una afirmación que tardará más de cinco años en producirse en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tras una importante actividad de litigación estratégica, como veremos más adelante. Y ello a pesar de que el Comité de Derechos Humanos finalmente sólo encuentra vulneración del artículo 17 del Pacto, relativo al derecho a la vida privada, y no considera, por consiguiente, necesario pronunciarse acerca de la violación de la cláusula antidiscriminatoria. *Ibidem*, párrafos 8.7 y 11.

⁴² Asunto *Fedotova v. Rusia*, comunicación núm. 1932/2010, del 31 de octubre de 2012, y asunto *Nepomnyaschij v. Rusia*, comunicación núm. 2318/2013, del 17 de julio de 2018.

⁴³ Así, tenemos dos importantísimas comunicaciones muy similares en contenido: asunto *Young v. Australia*, comunicación núm. 941/2000, del 6 de agosto de 2003, y asunto *X v. Colombia*, comunicación núm. 1361/2001, del 30 de marzo de 2007.

⁴⁴ Asunto *C v. Australia*, comunicación núm. 2216/2012, del 28 de marzo de 2017, sobre la posibilidad de tramitación judicial de un divorcio de un matrimonio entre personas del mismo género celebrado en el extranjero. En esta decisión cobrarán especial importancia los elementos de comparación para considerar que ha habido discriminación en el acceso a proceso judicial.

⁴⁵ Asunto *G. v. Australia*, comunicación núm. 2172/2012, del 17 de marzo de 2017.

⁴⁶ Para ver en mayor detalle los asuntos que han llegado, en el seno de la ONU, a los diferentes órganos de control, véase Kirichenko, K., *United Nations Treaty Bodies jurisprudence on sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics: Case Digest*, Ginebra, ILGA World, octubre de 2019. En relación con la intervención en materia de diversidad sexual de todo el aparato de la ONU, véase el completísimo estudio encargado por ILGA World: Kirichenko, K., *Órganos de tratados...*, *cit.*

contenido de los derechos humanos, algo esencial cuando hablamos de vulneraciones de éstos basados en la diversidad sexual y de género.⁴⁷ Por ello, conviene reproducir la opinión del Comité expresada en relación con la libertad de expresión:

...el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. Estas limitaciones han de entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación.⁴⁸

Resulta especialmente interesante el papel que el Comité de Derechos Humanos confiere a la prohibición de discriminación, convirtiéndola no sólo en un instrumento de protección y garantía del disfrute de otros derechos en igualdad de condiciones, sino que, yendo un paso más allá, la eleva a una suerte de valor conformador de lo que debe considerarse moral pública a efectos de interpretación del contenido y los límites de los derechos humanos. Es importante resaltar que no estamos hablando de un genérico concepto de igualdad, que ya ocupaba un papel parecido, sino de un mecanismo de no discriminación, basado en motivos concretos, al que se le otorga categoría de principio informador.

Como segundo apunte a tener en cuenta en el desarrollo de niveles de protección en torno a la idea de diversidad sexual y de género, es que éstos se consolidan casi exclusivamente por vía de la interpretación extensiva de los tratados ya existentes. Efectivamente, como decíamos antes, no hay tratados específicos sobre derechos LGBTIQ+, ni se han modificado convencionalmente los ya vigentes para incluir éstos. De manera que nos encontramos ante un impulso transformador que, como hemos visto someramente, ha venido forzado en buena medida por reclamaciones individuales ante los órganos de control. Este esfuerzo no ha sido en general casual, sino que se inscribe en una política de litigación estratégica que los colectivos han desarrollado a lo largo del tiempo.⁴⁹ Se trata de una manera de transformación del derecho

⁴⁷ Para un análisis en profundidad de la relevancia para el derecho del debate moral acerca de la sexualidad, y particularmente de la homosexualidad, véase Sandel, M., "Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality", *California Law Review*, vol. 77, 1989, pp. 521 y ss.

⁴⁸ Observación General del Comité de Derechos Humanos, núm. 34, párrafo 32.

⁴⁹ Es mucha la investigación que sobre este fenómeno se está llevando a cabo en los últimos años; así, por ejemplo, Hodson, L., *NGOs and the struggle for human rights in Europe*, Oxford,

poco habitual en la tradición continental europea, pero muy familiar para el mundo anglosajón. Por ello, algunos de estos impulsos se plantean precisamente desde este ámbito jurídico-cultural. Esta misma realidad se ha desarrollado en el entorno europeo, de manera especialmente acusada, y centrada en el plano internacional regional. Al estudio de la transformación producida en Europa dedicamos el siguiente apartado.

2. *La situación en Europa*

En Europa la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos del colectivo LGBTIQ+ ha sido especialmente intensa y fructífera,⁵⁰ en buena medida favorecida por la existencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional de interpretación última del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al que los ciudadanos tienen acceso directo.

A este factor determinante hay que añadir, a nuestro parecer, dos elementos más. Por un lado, la coexistencia de dos tribunales europeos, el que acabamos de comentar y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este segundo tribunal no se concibió desde un inicio como intérprete de derechos humanos, al contrario de lo que ocurre con el TEDH, sino que ha sido

Hart Publishing, 2011, en la que, además, explora la naturaleza de los derechos humanos como resultado de la lucha reivindicativa de grupos de presión sociales, haciendo especial referencia a la teoría crítica del derecho. También, Smith, R. A. y Haider-Markel, D. P., *Gay and lesbian Americans and political participation: a reference handbook*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2002, para un estudio de la influencia de la orientación sexual en el sistema político norteamericano; Adam, B. D. et al. (eds.), *The global emergence of gay and lesbian politics: national imprints of a worldwide movement*, Philadelphia, Temple University Press, 1999, en el que se describe con detalle la historia del movimiento LGBTI en distintos países de todo el mundo, pero no desde una óptica exclusivamente europea; Adam, B. D., *The rise of a gay and lesbian movement*, New York, Twayne Publishers, 1995; Rajagopal, B., *International law from below: development, social movements and third world resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, en el que hace un interesantísimo análisis del derecho internacional, desde la perspectiva del desafío que supone para el sistema el recurso al discurso de derechos humanos protagonizado por los movimientos sociales, y que bien puede aplicarse, aunque no se menciona en esta obra a las reivindicaciones LGBTI, algo que se hace expresamente en Loux, A. C., “Losing the battle, winning the war: litigation strategy and pressure group organisation in the era of incorporation”, *King’s Law Journal*, vol. 11, núm. 1, 2000, pp. 90-104. Por otra parte, la misma ILGA World publica una guía para la litigación estratégica, disponible en: <https://ilga.org/ILGA-World-launches-UN-Treaty-Bodies-Strategic-Litigation-toolkit>.

⁵⁰ Para un estudio en profundidad de la evolución en Europa de la respuesta jurídica a la diversidad sexual y de género, véase Rivas Vañó, A., *LGBTI en Europa: la construcción jurídica de la diversidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

siempre configurado como el garante último de la eficacia del derecho de la Unión Europea. Sin embargo, las reivindicaciones sociales en la consecución de los derechos humanos también en este ámbito han acabado cristalizando en un elenco de derechos directamente efectivos en relación con el marco jurídico de la Unión,⁵¹ y que están permitiendo un diálogo regional acerca del contenido y el nivel de protección de los derechos humanos especialmente interesante.⁵²

En segundo lugar, la existencia en el ámbito europeo de una más que activa política de intervención de la sociedad civil en dos frentes distintos: la presión en los procesos legislativos tanto en el seno de la Unión Europea, a través fundamentalmente, pero no sólo, del Parlamento, institución muy permeable a esta actividad, como en relación con el Consejo de Europa, en cuyo seno también se establecen mecanismos de cooperación con la sociedad civil,⁵³ y la litigación estratégica, tanto de manera directa, preparando asuntos *ad hoc* para llevar tanto al TEDH como al TJUE,⁵⁴ como a través de la intervención como *third party* en asuntos presentados, en el caso del TEDH, que en este sentido también ha evolucionado hacia una creciente apertura procesal que está resultando muy importante.

Respecto a los resultados a nivel de cristalización legislativa, en relación con la Unión Europea, además de la ya comentada primera referencia del Tratado de Ámsterdam, y como consecuencia precisamente de ello, vamos a asistir a la protección expresa frente a la discriminación por orientación sexual en el ámbito laboral, a través de una directiva muy aplaudida y estudiada desde su entrada en vigor. En efecto, se trata de la Directiva 2000/78⁵⁵ que incide en un ámbito de especial vulnerabilidad, como es el laboral, que

⁵¹ Nos referimos a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que a través del Tratado de Lisboa adquiere fuerza vinculante directa.

⁵² Véase Caruso Fontán, M. V. y Pérez Alberdi, M. R., *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

⁵³ Para un análisis de la labor del Consejo de Europa en relación con la orientación sexual, véase Consejo de Europa, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre: les normes du Conseil de l'Europe*, Estrasburgo, Publicaciones del Consejo de Europa, 2011; Heinze, E., *Sexual orientation...*, *cit.*

⁵⁴ Sobre el potencial que ya se intuía de la litigación estratégica y los resultados ambivalentes que se han obtenido en la UE en los primeros tiempos, véase Beger, J., "Queer readings of Europe: gender identity, sexual orientation and the (im)potency of rights politics at the European Court of Justice", *Social and Legal Studies*, vol. 9, núm. 2, 2000, pp. 124 y ss.

⁵⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

sin embargo no suele aparecer en las agendas de los grupos sociales como objetivo prioritario. Quizá es receptora esta directiva de las reivindicaciones de otros grupos también incluidos en el listado del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam,⁵⁶ y también es posible que se trate de un intento de ampliación de los niveles de protección a través de un mecanismo ya clásico, como es la prohibición de discriminación laboral, entorno éste en el que la Unión Europea se encuentra muy cómoda para legislar.⁵⁷ En cualquier caso, supone un importante avance por diversos motivos: no sólo se trata de la garantía de la protección antidiscriminatoria en el ámbito laboral, sino que implica, además, la inclusión en una norma de obligado cumplimiento, de un motivo de discriminación, el de la orientación sexual, acerca del cual las reticencias legislativas eran más que palpables en buena parte de los Estados miembros de la Unión Europea. La entrada en el lenguaje y la cultura jurídica de este nuevo motivo permitirá salvar resistencias a lo largo del tiempo, y se trata de un efecto a largo plazo nada desdeñable.⁵⁸

Es precisamente su consolidación como motivo antidiscriminatorio lo que permitirá su inclusión en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁵⁹ auténtico instrumento de vinculación directa en protección de los

⁵⁶ Se trata de la prohibición de discriminación laboral por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual. Artículo 1o. de la Directiva.

⁵⁷ Pensemos que la primera protección antidiscriminatoria por razón de género en el derecho de la Unión (entonces denominado derecho comunitario) la tenemos precisamente a través de una directiva en materia laboral; en concreto, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

⁵⁸ Sobre el objeto y alcance de esta Directiva, véase, por todos, Chacartegui Jávega, C., *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, Lex Nova, 2001; *id.*, “La tutela de la discriminación por la orientación sexual del trabajador en el ordenamiento social comunitario”, en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 537 y ss.; Rivas Vañó, A. y Rodríguez-Piñero Royo, M., “Orientación sexual y derecho europeo”, en Fernández Liesa, C. y Mariño Menéndez, F., *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 2001, pp. 293 y ss.; Rivas Vañó, A., “La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 193 y ss.; Meenan, M. (ed.), *Equality law for an enlarged Union: understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

⁵⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE C 364 del 18 de diciembre de 2000.

derechos humanos en este ámbito,⁶⁰ el cual, en su artículo 21, sobre prohibición de discriminación, nombra expresamente a la orientación sexual entre los motivos protegidos. Es sin embargo decepcionante que no se incluyera la identidad de género también, lo que habría supuesto una apuesta decidida por la protección del colectivo transexual fundamentalmente, aunque no sólo. También resulta ambigua la redacción del derecho al matrimonio o al de fundar una familia, en su artículo 9o., que remite a su desarrollo nacional para terminar de perfilar su contenido, encontrándose ambos derechos incluidos en el mismo artículo, lo que podría llevar a una interpretación de interdependencia entre uno y otro que supondría un auténtico retroceso para el colectivo LGBTIQ+. Sin embargo, el enfoque de los tribunales europeos, a los que hemos hecho referencia anteriormente, permitirá una ampliación progresiva de los derechos vinculados con la diversidad sexual y de género, afectando incluso, como veremos, a la propia configuración del matrimonio, aunque sea por vía de la exigencia de un trato no discriminatorio a las parejas del mismo sexo que no tengan acceso, con base en los ordenamientos nacionales, al mismo. Por otro lado, también se está empezando a incorporar una especie de análisis de impacto sobre diversidad sexual y de género en las innovaciones legislativas.⁶¹

En el seno del Consejo de Europa, por otro lado, si bien se perdió la oportunidad de incluir a la orientación sexual como motivo antidiscriminatorio en el interesante protocolo 12,⁶² es también cierto que se han hecho importantes avances, aun cuando la capacidad de decisión en este ámbito esté mucho más

⁶⁰ A través de la aprobación del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, DOUE C306, del 17 de diciembre 2007, en vigor desde el 1o. de diciembre de 2009. Véase Millán Moro, L., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Tratado de Lisboa”, en Soroeta Licerias, J., *La eficacia del derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones Donosti, 2011, pp. 175 y ss.; Liñán Noguerras, D. J. y Martín Rodríguez, P. J., “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”, en varios autores, *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 1053 y ss.

⁶¹ Véase Rivas Vañó, A., *LGBTI en Europa...*, *cit.*, p. 308.

⁶² El Protocolo adicional núm. 12, del 1o. de abril de 2005, incorpora al conjunto normativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos una cláusula general de no discriminación, que supera las limitaciones que el artículo 14 impone. Para un análisis de este Protocolo en relación con la orientación sexual, véase Henderson, L. M., *A new protocol for equality: a new vehicle toward gay rights as human rights?*, mayo de 2010 disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1638385> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1638385>.

constreñida por las limitaciones impuestas por los gobiernos nacionales. Así, se ha aprobado la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa acerca de medidas para combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género,⁶³ dos resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en relación con la orientación sexual y la identidad de género, por un lado,⁶⁴ y centrada en la discriminación por motivo de transexualidad,⁶⁵ por otro.

Resulta imposible, en un trabajo de estas dimensiones, resumir siquiera el número de decisiones judiciales relevantes a efectos de la protección frente a la discriminación con base en la diversidad sexual y de género. Por ello, tan sólo haremos referencia a un par de sentencias elegidas con base en su incidencia sobre la aplicación y el contenido de la prohibición de discriminación.⁶⁶ Así, no vamos a tratar los asuntos cuyo contenido material resulta ya

⁶³ Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, aprobada el 31 de marzo de 2010.

⁶⁴ Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 29 de abril de 2010, y titulada “Discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género”.

⁶⁵ Resolución 2048 (2015), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 22 de abril de 2015, y titulada “Discriminación contra las personas transexuales en Europa”. Véanse también los interesantes documentos temáticos publicados por el comisionado para los derechos humanos del Consejo de Europa: *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe (the Hammarberg Report)*, Estrasburgo, Publicaciones del Consejo de Europa, 2011, disponible en: http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBTI/LGBTIStudy2011_en.pdf, y *Human rights and intersex people*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2015.

⁶⁶ Para un estudio a profundidad de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en esta materia, véase Rivas Vañó, A., *LGBTI en Europa...*, cit.; Elvira Perales, A., “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual en el ámbito internacional”, *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, vol. 2, pp. 355 y ss.; Gijalba Cabrero, E., “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014, pp. 303 y ss.; Manzano Barragán, I., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2012, pp. 49 y ss.; Borillo, D., “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11, 2011, pp. 69 y ss.; Sandland, R., “Crossing and not crossing: gender, sexuality and melancholy in the European Court of Human Rights”, *Feminist Legal Studies*, núm. 11, 2003; Helfer, L. R., “Human rights-discrimination on grounds of sexual orientation-parental custody rights-privacy-criminal restrictions on private sexual activity”, *The American Journal of International Law*, núm. 2, 2001. Para un listado completo de los diferentes asuntos que han llegado al entramado jurisdiccional del Consejo de Europa, hasta el 2013 (incluyendo así a la

claramente protegido, léase las controversias en torno a la libertad de expresión, reunión o asociación, pero respecto de los cuales algunos Estados en particular se niegan a respetar los derechos del colectivo LGBTQ+.⁶⁷ Hablamos en concreto del acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Vamos a encontrar una respuesta jurídica muy interesante respecto de esta cuestión en dos sentencias: una del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁶⁸ Se trata de los asuntos *Taddenci*⁶⁹ y *Coman*,⁷⁰ en los que se van a utilizar enfoques acerca de controversias parecidas. Se trata, en ambos casos, de la negativa, por parte del Estado del que es nacional uno de los miembros de la pareja, de conceder reconocimiento jurídico al vínculo con una persona extranjera del mismo sexo. En el caso del TEDH se utilizará un análisis con base en la puesta en práctica de un concepto de discriminación indirecta muy interesante, mientras que el TJUE llegará a la misma conclusión aplicando una tradicional conceptualización de la discriminación directa. Como resultado, en ambas circunstancias la negativa al reconocimiento se considerará discriminatoria por razón de orientación sexual, y en ambas, también, se atestigua la necesidad de llenar de contenido material una idea de no discriminación conceptualizada como mera fórmula de análisis, casi automática, y que, por tanto, podría dar lugar a casi cualquier

extinta Comisión Europea de Derechos Humanos), se puede consultar el detallado gráfico que aporta Johnson, P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Oxon, Routledge, 2013, Appendix 2. Además, actualizada, Wintemute, R., “Sexual orientation and gender identity discrimination: the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union”, disponible en: https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/case_law_document_rw_2017-08-01.pdf.

⁶⁷ Tanto es así que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó en 2013 la Resolución 1948 (2013) y la Recomendación 2021 (2013), en las que señala expresamente su preocupación por la situación del colectivo LGBTI en estos países, en particular respecto de Rusia, con varias condenas ya.

⁶⁸ Para un estudio de las diferencias en la aproximación al concepto de discriminación y su aplicación, entre ambos tribunales internacionales, véase Petersen, N., “The principle of non-discrimination in the European Convention on Human Rights and in EU Fundamental Rights Law”, en Nakanishi, Y. (ed.), *Contemporary issues in human rights law*, Singapore, Springer, 2018, pp. 129-142 disponible en: https://doi.org/10.1007/978-981-10-6129-5_7. En relación, en concreto, con la orientación sexual, véase Wintemute, R., “In extending human rights, which European Court is substantively «braver» and procedurally «fitter»? the example of sexual orientation and gender identity discrimination”, en Morano-Foadi, S. y Vickers, L. (eds.), *Fundamental rights in the EU: a matter for two Courts*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

⁶⁹ Sentencia *Taddenci y McCall v. Italia*, del 30 de junio de 2016.

⁷⁰ Sentencia *Relu Adrian Coman y otros v. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor*, del 5 de junio de 2018, asunto C-673/16.

respuesta si no se vincula con conceptos materiales de libertad, igualdad y dignidad humana.⁷¹

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tres son los aspectos esenciales que han pretendido exponerse a lo largo de este trabajo, y que resumimos a modo de conclusión. Por una parte, la importancia de la protección internacional de los derechos humanos, como mecanismo a través del cual se logran objetivos que en los ámbitos nacionales son mucho más difíciles de conseguir. Esto es algo que los colectivos LGBTIQ+ han entendido desde hace mucho, y que configura buena parte de un avance sustancial en esta materia.

Como segunda idea, muy relacionada con la anterior, nos encontramos con un colectivo especialmente perseguido, que tiene que reivindicar sus derechos en las peores condiciones posibles. La misma invocación a la moral pública como mecanismo legitimador de la persecución y la represión a la que están sometidos en razón de su orientación o identidad sexual hablan por sí mismas de las dificultades de partida. Y es por ello también por lo que se configura en auténtico estudio de caso de las potencialidades del sistema de protección de derechos humanos, tanto respecto de los mecanismos internacionales antes comentados como en relación con la propia estructura interna de los derechos. En esto ha resultado esencial la apelación a la moral pública que se extrae del reconocimiento de los derechos humanos como único faro legitimador de posibles límites en la aplicación práctica de los mismos.

En lo que aquí interesa, el proceso de transformación de la propia noción de discriminación es especialmente acusado, fundamentalmente, a nuestro parecer, porque nos encontramos ante asuntos que tensan sobremanera la posibilidad de limitación de los derechos humanos con base en postulados morales ajenos al propio sistema de protección. La necesidad de amparar al colectivo ha exigido repensar la propia noción de discriminación para adecuarla a un discurso y una concepción moral, o quizá mejor expresado, de valores, que se enraíce en el propio bagaje normativo de la idea de derechos humanos, de la idea de dignidad humana.

⁷¹ Un estudio de estas dos sentencias se encuentra en Rivas Vañó, A., “Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las sentencias *Taddenci y Coman*”, *Lex Social*, vol. 9-1, 2019, pp. 136-161, disponible en: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.3975>.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, B. D. *et al.* (eds.), *The global emergence of gay and lesbian politics: national imprints of a worldwide movement*, Philadelphia, Temple University Press, 1999.
- ADAM, B. D., *The rise of a gay and lesbian movement*, New York, Twayne Publishers, 1995.
- ALONSO OLEA, M., “El despido de un transexual”, *Actas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1997.
- BAMFORTH, N., *Sexuality, morals and justice: a theory of lesbian and gay rights law*, Londres, Cassell, 1997.
- BARNARD, C., “The principle of equality in the community context: P, Grant, Kalanke and Marshall: four uneasy bedfellows?”, *Cambridge Law Journal*, núm. 57, 1998.
- BARNARD, C., “Some are more equal than others: the decision of the Court of Justice in Grant *vs.* South-West Trains”, *Cambridge Journal of European Law*, 1999.
- BEGER, J., “Queer readings of Europe: gender identity, sexual orientation and the (im)potency of rights politics at the European Court of Justice”, *Social and Legal Studies*, vol. 9, núm. 2, 2000.
- BELL, M., “The new Article 13 EC Treaty: a sound basis for European anti-discrimination law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, núm. 1, 1999.
- BELL, M., “Shifting conceptions of sexual discrimination at the Court of Justice: from P v. S to Grant v. SWT”, *European Law Journal*, vol. 5, 1999.
- BERTHOUS, K. y MASSELO, A., “La CJE et les couples homosexuels”, *Droit Social*, núm. 1, 1998.
- BORILLO, D., “De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11, 2011.
- BOSWELL, J., *Christianity, social tolerance, and homosexuality: gay people in western Europe from the beginning of the Christian era to the fourteenth century*, Chicago, University of Chicago Press, 1980.
- BUTLER, J., *Gender Trouble. Feminism and the subversion of identity*, Nueva York, Routledge, 1990.
- BUTLER, J., *Bodies that Matter. On the discursive limits of sex*, Nueva York, Routledge, 1993.

- CARUSO FONTÁN, M. V. y PÉREZ ALBERDI, M. R., *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “La tutela de la discriminación por la orientación sexual del trabajador en el ordenamiento social comunitario”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- CHASE, C., *Hermaphrodites Speak!*, 1997.
- CHASE, C., “Hermaphrodites with attitude: mapping the emergence of intersex political activism”, *A Journal of Lesbian and Gay Studies. The Transgender Issue*, vol. 4, núm. 2, 1998.
- COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe (the Hammarberg Report)*, Estrasburgo, Publicaciones del Consejo de Europa, 2011, disponible en: http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBTI/LGBTIStudy2011_en.pdf.
- COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Human rights and intersex people*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2015.
- CONSEJO DE EUROPA, *Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre: les normes du Conseil de l'Europe*, Estrasburgo, Publicaciones del Consejo de Europa, 2011.
- CÓRDOBA, D. et al. (eds.), *Teoría queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*. Madrid, Egales, 2005.
- COTTER, A. M., *Ask no questions: an international legal analysis on sexual orientation discrimination*, Farnham, Ashgate, 2010.
- DUBERMAN et al. (ed.), *Hidden from history. Reclaiming gay and lesbian past*, New York, Meridian, 1990.
- ELISCO, D., *La ciencia de los sexos*, Inglaterra, 2009, disponible en: <http://www.rtve.es/television/20111025/noche-tematica-tercer-genero/471002.shtml>.
- ELVIRA PERALES, A., “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual en el ámbito internacional”, *Derechos huma-*

- nos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, vol. 2.
- ERIBON, D., *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Barcelona, Anagrama, 2001.
- GIJALBA CABRERO, E., “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014.
- GONZÁLEZ VEGA, J., “Buscando en la caja de pandora: el derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual”, *La Ley-Unión Europea*, núm. 4522, 1998.
- GRUPO DE TRABAJO QUEER, *El eje del mal es heterosexual*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005.
- HALPERIN, D., *One hundred years of homosexuality*, New York, Routledge, 1990.
- HART, P., *Mi aventura intersexual*, Australia, 2010, disponible en: <http://www.rtrve.es/television/20111025/noche-tematica-tercer-genero/471002.shtml>.
- HEINZE, E., *Sexual orientation: a human right. An essay on international human rights law*, Dordrecht, M. Nijhoff Publisher, 1995.
- HELPER, L., “European Court of Justice decision regarding employment discrimination on the basis of sexual orientation”, *American Journal of International Law*, vol. 93, núm. 1, 1999.
- HELPER, L. R., “Human rights-discrimination on grounds of sexual orientation-parental custody rights-privacy-criminal restrictions on private sexual activity”, *The American Journal of International Law*, núm. 2, 2001.
- HENDERSON, L. M., *A new protocol for equality: a new vehicle toward gay rights as human rights?*, mayo de 2010. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1638385> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1638385>.
- HERZOG, D., *Sexuality in Europe, a twentieth-century history*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- HODSON, L., *NGOs and the struggle for human rights in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- JAGOSE, A., *Queer theory: an introduction*, New York, New York UP, 1996.
- JOHNSON, P., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Oxon, Routledge, 2013, Appendix 2.
- KIRICHENKO, K., *United Nations Treaty Bodies jurisprudence on sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics: Case Digest*, Ginebra, ILGA World, octubre de 2019.

- KIRICHENKO, K., *Órganos de tratados de la ONU: referencias a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales: informe anual 2019*, Ginebra, ILGA Mundo, julio de 2020.
- KOSOFSKY SEDGWICK, E., *Epistemology of the closet*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 1990.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”, en varios autores, *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- LOUX, A. C., “Is he our sister? sex, gender, and transsexuals under European law”, *Web Journal of Current Legal Issues*, vol. 3, 1997.
- LOUX, A. C., “Losing the battle, winning the war: litigation strategy and pressure group organisation in the era of incorporation”, *King’s Law Journal*, vol. 11, núm. 1, 2000.
- MANZANO BARRAGÁN, I., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2012.
- MARISCAL DE GANTE, M. y LÓPEZ PASARO, E., “Transexualidad y discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 97, 1999.
- MEENAN, M. (ed.), *Equality law for an enlarged Union: understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- MILLÁN MORO, L., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Tratado de Lisboa”, en SOROETA LICERAS, J., *La eficacia del derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones Donosti, 2011.
- MORALES ORTEGA, J. M., “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1999.
- NUSSBAUM, M., “The professor of parody. The hip defeatism of Judith Butler”, *The New Republic*, 1999, disponible en: <https://newrepublic.com/article/150687/professor-parody>.
- O’FLAHERTY, M. y FISHER, J., “Sexual orientation, gender identity and international human rights law: contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 2, 2008.
- PETERSEN, N., “The principle of non-discrimination in the European Convention on Human Rights and in EU Fundamental Rights Law”, en NAKA-

- NISHI, Y. (ed.), *Contemporary issues in human rights law*. Singapore, Springer, 2018, disponible en: https://doi.org/10.1007/978-981-10-6129-5_7.
- RAJAGOPAL, B., *International law from below: development, social movements and third world resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- RAMÓN MENDOS, L. et al., *Homofobia de Estado 2020: actualización del panorama global de la legislación*, ILGA World, Ginebra, diciembre de 2020.
- RIVAS VAÑÓ, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Orientación sexual y derecho europeo”, en FERNÁNDEZ LIESA, C. y MARIÑO MENÉNDEZ, F., *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 2001.
- RIVAS VAÑÓ, A., “La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.
- RIVAS VAÑÓ, A., *LGBTI en Europa: la construcción jurídica de la diversidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- RIVAS VAÑÓ, A., “Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las sentencias Taddeucci y Coman”, *Lex Social*, vol. 9-1, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.3975>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y RIVAS VAÑÓ, A., “Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa”, *Temas Laborales*, núm. 52, 1999.
- SANDEL, M., “Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality”, *California Law Review*, vol. 77, 1989.
- SANDLAND, R., “Crossing and not crossing: gender, sexuality and melancholy in the European Court of Human Rights”, *Feminist Legal Studies*, núm. 11, 2003.
- SEIDMAN, S. (org.), *Queer theory sociology*, Oxford, Blackwell, 1996.
- SMITH, R. A. y HAIDER-MARKEL, D. P., *Gay and lesbian Americans and political participation: a reference handbook*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2002.
- SOMEK, A., “A Constitution for antidiscrimination: exploring the vanguard moment of Community Law”, *European Law Journal*, vol. 5, núm. 3, 1999.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “El crimen y pecado contra natura”, en varios autores, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- VÉLEZ-PELLIGRINI, L., *Minorías sexuales y sociología de la diferencia. Gays, lesbianas y transexuales ante el debate identitario*, Madrid, Montesinos, 2008.

- WINTEMUTE, R., “Recognizing new kinds of direct sex discrimination: transsexualism, sexual orientation and dress code”, *Modern Law Review*, vol. 60, 1997.
- WINTEMUTE, R., “In extending human rights, which European Court is substantively «braver» and procedurally «fitter»? the example of sexual orientation and gender identity discrimination”, en MORANO-FOADI, S. y VICKERS, L. (eds.), *Fundamental rights in the EU: a matter for two Courts*, Oxford, Hart Publishing, 2015.
- WINTEMUTE, R., “Sexual orientation and gender identity discrimination: the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union”, disponible en: https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/case_law_document_rw_2017-08-01.pdf
- WOLF, S., *Sexuality and socialism: history, politics and theory of LGBTI liberation*, Chicago, Haymarket Books, 2009.