



## **TEMA 3. LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN**

### **1. El carácter abierto de la definición de discriminación en el ordenamiento español**

La noción de discriminación parte de la toma de conciencia de que la mera aplicación del principio de igualdad formal de los ciudadanos “ante la ley” no impide la subsistencia de desigualdades sistemáticas que afectan a las personas por su pertenencia o adscripción a determinados grupos o colectivos que se encuentran en la práctica en una posición social o jurídica de inferioridad. Por este motivo, en algunos ordenamientos, la protección frente a la discriminación no es absoluta, sino que se refiere exclusivamente a determinadas causas expresamente reconocidas por la norma.

En los Estados Unidos, la noción de discriminación se desarrolla fundamentalmente a partir de las fuertes tensiones raciales, aunque a la raza se añaden otros motivos de discriminación. La norma básica, el Título VII de la *Civil Rights Act* se refiere a la raza, el color, sexo<sup>1</sup>, la religión y el origen nacional. Posteriormente, se han añadido otras normas federales que prohíben la discriminación por razón de edad, por discapacidad y por motivos genéticos. No existen, sin embargo, normas federales que se refieran a otros motivos, como la ideología política o la orientación sexual; estas otras causas de discriminación están vedadas en muchos Estados y municipios, pero existen zonas en donde no se aplica esta prohibición y se permite, por ejemplo, el “despido libre” de una persona por estos motivos claramente discriminatorios.

En cambio, en el Derecho de la Unión Europea, la normativa antidiscriminatoria se desarrolla en torno a la discriminación “por razón de sexo”. Posteriormente, en el año 2000 se reconocen también otras causas: el origen racial o étnico, religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual. Sin embargo, el ordenamiento comunitario en sí mismo no protege de ningún modo frente a otras causas de discriminación que pudieran producirse.

En cambio, en el ámbito del Derecho Internacional, los distintos instrumentos (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convenio Europeo de Derechos Humanos...), tras la enumeración de diversas causas de discriminación, incluyen una cláusula abierta que se refiere a “cualquier otra condición” o “cualquier otra condición social”.

El art. 14 CE recoge esta pauta internacional y establece una cláusula abierta, puesto que determina que no puede prevalecer ninguna discriminación “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Los tratados internacionales anteriormente referidos limitaban la eficacia de la prohibición de discriminación al disfrute de los derechos reconocidos en su articulado.

<sup>1</sup> A título anecdótico, parece que la inclusión del “sexo” se debió a una maniobra de un parlamentario contrario a la prohibición de discriminación racial que intentó evitar su aprobación.



En cambio, el art. 14 CE establece una prohibición general de discriminación, que no solo se refiere a los derechos previstos en la Constitución, sino también a cualquier otra diferencia de trato jurídicamente relevante.

Esta cláusula abierta permite que el ordenamiento se adapte mucho más fácilmente a la aparición de nuevas causas de discriminación, solventando los problemas de desprotección que han aparecido tanto en Estados Unidos como en el Derecho de la Unión Europea. La desventaja de esta técnica legislativa es que la noción de discriminación puede resultar algo indeterminada, apareciendo dudas respecto a la relevancia de determinadas alegaciones de discriminación (*Vid. Infra*, epígrafe 8). Por este motivo resulta particularmente importante comprender adecuadamente el concepto de discriminación (*Vid*, tema 2, epígrafe 2.2), facilitando la construcción en los procesos judiciales de nuevas categorías cuando esto resulta oportuno.

## 2. La discriminación entre hombres y mujeres

*Las mujeres no se equivocan en absoluto al rechazar las normas de la vida introducidas en el mundo, puesto que las han hecho los hombres sin contar con ellas*  
Michel de Montaigne (1533-1592).

### 2.1. El género como categoría y las categorías de género

En la mayoría de las especies de reproducción sexual se produce el fenómeno del “dimorfismo sexual”, esto es, existen una serie de disparidades anatómicas, morfológicas y fisiológicas que diferencian a las “hembras” de los “machos”. Así sucede en la especie humana, que se divide en dos grupos sexuales relativamente bien delimitados, si bien no puede olvidarse que existen diversos supuestos de intersexualidad producidos por anomalías cromosómicas, genitales o gonadales.

A partir de estas diferencias anatómicas y sexuales, en todas las sociedades humanas conocidas existen al menos dos categorías de género, “hombre” y “mujer” que se representan como formalmente opuestas entre sí y que fundamentan o justifican una determinada división del trabajo productivo y del trabajo reproductivo. Para construir esta polaridad, las diferentes culturas tienden a exaltar las diferencias y a minimizar las similitudes que existen entre hombres y mujeres, generando toda una serie de estereotipos acerca del comportamiento esperado de las personas en función del género al que pertenecen. En todas las sociedades hay roles de género y en todas o casi todas existe un desequilibrio de poder en favor de los hombres, pero los contenidos materiales de estos estereotipos son muy variables de una sociedad a otra y a veces son incluso opuestos.

De aquí se deduce que los estereotipos, expectativas y roles asignados a hombres y mujeres no derivan de la “naturaleza de las cosas” ni se desprenden automáticamente de las diferencias anatómicas, sino que son *construcciones sociales* que toman los rasgos biológicos como *rasgos distintivos* para justificar una *determinada forma de organización social*. Para expresar esta disociación entre el sexo biológico y el sexo social aparece la noción de “género” en las ciencias sociales y en la filosofía feminista. Desde este punto de vista, el “género” es el conjunto de



estereotipos, expectativas sociales y roles que una determinada formación social atribuye a cada uno de los sexos en los que se divide la especie humana.

La principal diferencia que tiene el “género” respecto a las demás causas de discriminación es que, aunque las mujeres tienden a estar situadas en una posición de inferioridad en la sociedad en general y en el mercado de trabajo en particular, no constituyen una minoría en términos numéricos, dado que componen aproximadamente la mitad de la población. De aquí podríamos extraer una serie de consecuencias: en primer lugar, parece especialmente urgente erradicar esta forma de discriminación, dado que afecta a un número enorme de personas. En segundo lugar, como se señaló en el tema anterior, la transversalidad de género implica un cambio más profundo de la sociedad que la mera gestión de la diversidad. En tercer lugar, resulta mucho más fácil identificar los desequilibrios entre hombres y mujeres que cuando se toman en consideración otras categorías sociales; por ejemplo, si en una empresa casi no hay mujeres es un indicio de una cierta segregación social (no necesariamente discriminación en términos jurídicos), pero si no hay personas pertenecientes a minorías étnicas, ello podría deberse precisamente a su carácter minoritario.

La discriminación por razón de género se refiere con carácter general al tratamiento peyorativo de “las mujeres” respecto a “los varones”, puesto que son las mujeres las que se encuentran en una posición de desventaja en la sociedad. El Derecho de la Unión Europea, sin embargo, está planteado de un modo formalmente neutro, pudiendo en teoría aplicarse a discriminaciones “inversas”, esto es, a diferencias de trato que perjudicaran sistemáticamente la posición social de los varones respecto a las mujeres. En la práctica, es muy discutible que estas discriminaciones se produzcan sin estar conectadas con el contexto general de subordinación de las mujeres. Por ejemplo, si en una determinada empresa se permite que las mujeres ejerzan derechos de conciliación sin recibir represalias, pero se “castiga” a los hombres que lo hacen, aparentemente hay una discriminación “en contra de los hombres”, pero desde una perspectiva más global, esta desigualdad está contribuyendo a reproducir las pautas de género que mantienen a las mujeres en una posición secundaria en el mercado de trabajo. De la misma manera, la reducción de la jornada de trabajo denominada “por lactancia”, no puede reservarse exclusivamente a las mujeres (STJCE *Roca Álvarez*, 2010), dado que realmente no se restringe a facilitar la lactancia natural; podría parecer que la exclusión de la lactancia es “discriminatoria para los hombres”, pero hay que tener en cuenta que derivaría de una serie de estereotipos sexistas que globalmente perjudican a las mujeres y que, si son estas las que hacen uso exclusivamente de los derechos laborales para el cuidado de hijos, su contratación resulta menos rentable para el empresario.

Como se estudió en el tema anterior, puede suceder que una determinada medida de acción positiva resulte ilegítima por producir un perjuicio desproporcionado a un trabajador de sexo masculino pero, en la mayoría de las ocasiones, esto no se trata de un problema de discriminación de los hombres como colectivo, sino más bien de daño excesivo a los intereses legítimos de un individuo de sexo masculino.

En todo caso, no todas las discriminaciones de género afectan a “las mujeres” o a “los hombres” como bloques homogéneos, sino que también pueden existir subcategorías vinculadas a las pautas de género, así, por ejemplo, las “mujeres desobedientes” u “hombres desobedientes” (personas que



no cumplen con alguna de las expectativas de género) o las “mujeres no asimiladas” (cuando solo se permite entrar en un espacio masculinizado a las mujeres que renuncian a determinados roles de género). También, como se ha visto, puede haber intersecciones con otras causas de discriminación (“mujeres musulmanas”, “mujeres gitanas”, “mujeres mayores”, etc.) Aunque estas posibles categorías sean más específicas que la mera polaridad hombre/mujer, todas ellas contribuyen a mantener y reproducir las relaciones desiguales de poder que existen en la sociedad entre hombres y mujeres.

Por último, no cabe duda de que la discriminación por razón de la orientación sexual (homosexuales, bisexuales) o de la identidad de género (transexuales o travestis) es una diferencia de trato referida al género, puesto que en realidad se perjudica a las personas por no responder a las expectativas que la sociedad mayoritaria atribuye a su condición de “hombre” o “mujer”. No obstante, a grandes rasgos estas discriminaciones no producen un efecto directo muy significativo sobre las relaciones de poder entre hombres y mujeres en la sociedad (aunque también pueden producirse conexiones y formas de multidiscriminación), sino que, en todo caso, pueden afectar a la posición social de estos colectivos específicos. Por este motivo, presentan una notable autonomía de las demás categorías de género y se tratarán más adelante (*Vid. Infra*, epígrafe 3).

## 2.2. Especialidades en la regulación jurídica de la discriminación entre hombres y mujeres

En el ordenamiento español, la prohibición de discriminación de género goza de un tratamiento jurídico especialmente desarrollado. Esto no solo tiene efectos puramente simbólicos (las menciones a la igualdad de género en la legislación laboral son mucho mayores que las menciones a otras circunstancias), sino que también despliega efectos estrictamente jurídicos. En el ámbito laboral, la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIMH) establece una serie de pautas que se dirigen específicamente a combatir la discriminación por razón de género:

- ✓ Los poderes públicos deben aplicar a todas sus políticas el principio de transversalidad (arts. 14 y 15 LOIMH).
- ✓ En este sentido, se establece la obligación de interpretar todas normas conforme al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (art. 4 LOIMH y STC 3/2007).
- ✓ La ley establece expresamente que la discriminación relacionada con el embarazo o la maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo (art. 8 LOIMH), como anteriormente había señalado la jurisprudencia del TC y del TJUE. Ciertamente, si el empresario demuestra que no tenía conocimiento del embarazo, no podrá prosperar la alegación de discriminación directa. No obstante, nuestro ordenamiento establece un sistema de protección adicional de las trabajadoras embarazadas (y de las personas que están beneficiándose de determinados derechos de conciliación), según el cual el despido de estas personas es automáticamente nulo, salvo que se demuestre su procedencia, sin que ello implique una calificación de discriminación (*Cfr.* STC 92/2008).

Serán discriminatorias por razón de sexo las decisiones empresariales que perjudiquen a la



trabajadora por iniciar el proceso de fecundación in vitro, aunque en estos casos no se aplique la protección específica del embarazo (STJUE *Mayr*).

- ✓ Se prohíbe expresamente el acoso sexual, considerándose en todo caso como discriminatorio y exigiendo a las empresas que tomen medidas específicas para prevenir y afrontar tanto el acoso sexual como el acoso por razón de género (*Vid.* Tema 4).
- ✓ Las medidas de acción positiva resultan obligatorias para los poderes públicos (art. 11.1 LOIMH), aunque ciertamente esta obligación está formulada en términos muy amplios; como regla general y, a salvo de lo que se señalará en el punto siguiente estas medidas son potestativas para los sujetos privados (art. 11.2 LOIMH) y para la negociación colectiva (art. 43 LOIMH). De manera más concreta, las políticas de empleo tienen que estar dirigidas a mejorar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y la igualdad entre hombres y mujeres y pueden contener medidas específicamente dirigidas a las mujeres (art. 42 LOIMH).
- ✓ Todas las empresas, sea cual sea su tamaño, tienen la obligación de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier discriminación entre mujeres y hombres (art. 45.1 LOIMH), aunque ciertamente esta obligación es muy genérica y no se establecen sanciones claras para su incumplimiento.
- ✓ En todos los convenios colectivos es obligatorio negociar de buena fe (aunque no necesariamente acordar) medidas de igualdad entre hombres y mujeres (art. 85.1 ET).
- ✓ En las empresas de más de 250 trabajadores, las políticas de la empresa para garantizar la igualdad de género deben adoptar la forma de un Plan de Igualdad, que consiste en un conjunto sistemático y ordenado de medidas destinadas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres y eliminar la discriminación por razón de sexo tras realizar un diagnóstico de la situación previa (art. 46. LOIMH). De acuerdo con la ley, estos planes deben fijar objetivos concretos, estrategias y prácticas a adoptar y sistemas de evaluación y seguimiento de los resultados. En principio, deberán ser negociados con los representantes de los trabajadores, o bien en el convenio colectivo de empresa o, en caso de no haberlo, según las pautas marcadas por la negociación colectiva suprapresarial (art. 85.2 ET). En caso de que no se llegara un acuerdo después de haber negociado de buena fe entiendo que debería interpretarse que la empresa tiene la obligación de formular unilateralmente un plan de igualdad.

Las empresas de menor dimensión pueden también estar obligadas a realizar un plan de igualdad si así lo exige el convenio colectivo o como imposición de la Autoridad laboral para sustituir determinadas sanciones accesorias frente a infracciones administrativas relacionadas con la discriminación (art. 46.2 bis LISOS).



### **3. La identidad de género y la orientación o condición sexual**

Como he señalado anteriormente, no cabe duda de que la discriminación por razón de “orientación sexual” constituye una discriminación “por razón de género”, porque afecta hombres o mujeres cuyo comportamiento sexual contrasta con los roles y expectativas que la sociedad asigna mayoritariamente a su género. De hecho, los estereotipos asociados a la conducta homosexual tienden a mezclarse con las consideraciones valorativas de qué constituye un “auténtico hombre” o una “auténtica mujer”; por otra parte, las categorías sociales construidas en torno a orientaciones sexuales minoritarias pueden utilizarse como calificaciones peyorativas para personas que, a pesar de ser de conducta heterosexual, “desobedecen” en un momento dado conforme a las pautas de género mayoritarios (por ejemplo, un varón que no muestra “suficiente” agresividad puede ser descalificado como “maricón”). En otro orden de cosas, las categorías relativas a la “identidad de género” (transexuales o travestis) no necesariamente se refieren a la orientación sexual, sino a la propia identificación global de la persona con su género, o, al menos, a la proyección de un aspecto físico atribuido al otro género, con independencia de la conducta sexual.

Ahora bien, como regla general, este tipo de discriminaciones no inciden en la reproducción de las desigualdades sistemáticas entre hombres y mujeres (al contrario que los prejuicios contra “hombres” o “mujeres” que desobedecen las pautas de género en lo que refiere a las responsabilidades familiares). Por eso, resulta más apropiado que estas causas reciban un tratamiento diferenciado respecto de la genérica “discriminación por razón de sexo”.

En algunos casos, estas categorías se han vinculado a la discriminación por razón de sexo, pero ello seguramente se debe a que esta otra clasificación está mucho más consolidada en el ámbito normativo. Así, por ejemplo, en el Derecho norteamericano, puesto que no existe una prohibición generalizada de discriminación por razón de orientación sexual, algunos tribunales han admitido pretensiones de discriminación por razón de sexo cuando el motivo de discriminación era claramente la desobediencia a estereotipos sociales acerca de lo que se considera “masculino” o “femenino”. En un sentido similar, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha determinado que la prohibición de discriminación por motivos de sexo en los tratados multilaterales de derechos humanos pactados en el seno de las Naciones Unidas comprende los motivos de orientación sexual.

También el TJUE consideró en el caso [\*P. vs. S.\*](#), en 1996, que el despido de un transexual por motivo del sometimiento a la cirugía de reasignación de sexo constituía una discriminación por razón de sexo. En mi opinión, la argumentación de esta sentencia es forzada y artificiosa, probablemente porque el Tribunal quería evitar que se produjera una injusticia material por las insuficiencias del Derecho Comunitario. En cambio, de manera un tanto contradictoria, dos años después, en la sentencia [\*Grant\*](#), declaró que la prohibición de discriminación por razón de sexo no abarca la orientación sexual. De cualquier modo, como ya se ha visto, la Directiva 2000/78/CE ya reconoce específicamente esta causa (aunque no se refiere a la transexualidad, que seguiría formalmente ubicada en el ámbito de la discriminación entre hombres y mujeres).



Siguiendo los parámetros de la Directiva comunitaria, la Ley 62/2003 prohíbe expresamente la discriminación por motivos de orientación sexual. El Estatuto de los Trabajadores, por su parte, además de incluir esta causa, se refiere a la “condición” sexual. Esto facilita la detección de discriminaciones llevadas a cabo contra personas por llevar a cabo otras conductas sexuales minoritarias, aunque ya no relacionadas con las pautas de género (como podrían ser el BDSM o el intercambio de parejas).

#### **4. El origen racial o étnico**

A mi juicio, la “discriminación racial” es la discriminación derivada de la adscripción a una comunidad de origen, con independencia de que esta comunidad de origen sea real o imaginaria o tenga relevancia o no para el sujeto adscrito a ella; así, por ejemplo, un trabajador puede ser discriminado porque el empresario lo considera “gitano” aunque él mismo no se perciba como perteneciente a esta etnia. La mención a la “comunidad de origen” abarca diversos “motivos de discriminación” que aparecen en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales<sup>2</sup>: raza, color, idioma (cuando este define a la comunidad), origen nacional, linaje, pertenencia a una minoría nacional, etc. En realidad, algunos de estos “motivos” pueden ser tipos o modalidades de categorías “raciales”, mientras que otros constituyen simplemente “rasgos distintivos” de una supuesta comunidad de origen.

En ocasiones se distingue en el lenguaje común entre “razas” y “etnias”. Las razas se referirían a rasgos distintivos de carácter biológico mientras que las etnias aludirían a elementos culturales. Incluso se ha sugerido que la discriminación racial sería más grave que la discriminación étnica. En mi opinión, esta pretensión es completamente errónea. Tanto las “razas” como las “etnias” son categorías mentales o sociales que se construyen con unos u otros rasgos distintivos en función del contexto. Así, por ejemplo, una persona puede pensar que alguien es “gitano” por sus rasgos físicos, pero también por su acento, por su vestimenta, por su asociación por otras personas o por su propia declaración; de hecho, puede suceder que alguien inicialmente considerado como “gitano” debido a sus rasgos físicos posteriormente no se considere como tal debido a su comportamiento. Los discursos antisemitas en la Alemania nazi atribuían a los judíos determinados rasgos físicos, pero esa descripción frecuentemente era imaginaria, de manera que posteriormente se aludía a rasgos culturales o genealógicos, e incluso el Estado concedía “certificados de raza pura” a determinadas personas de ascendencia judía que se pretendían excluir de la categoría marginada. Así pues, tanto las razas como las etnias son construcciones sociales y no derivan de la naturaleza de las cosas. Por supuesto, estas construcciones pueden hacerse en relación con rasgos visibles del fenotipo, pero también con muchos otros distintivos. La gravedad de la discriminación no viene dada por los rasgos distintivos que se hayan utilizado, sino por los efectos que produzca cada conducta discriminatoria sobre las personas y los grupos.

---

2 Además de los tratados internacionales multilaterales de Derechos Humanos que hacen mención a las categorías raciales o étnicas, entre otras, deben tomarse en consideración algunos convenios internacionales dedicados específicamente a la discriminación racial. Así, la [Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial](#) o el Convenio-marco nº 157 del Consejo de Europa para la [Protección de las Minorías Nacionales](#).



La Directiva 2000/43/CE se refiere a la discriminación por razón del origen “racial” o “étnico”, separando ambos términos. De este modo parece acoger esta distinción entre raza y etnia, aunque lo hace simplemente a efectos de evitar que queden categorías fuera de la protección. De hecho, en su Considerando Seis establece que “La Unión Europea rechaza las teorías que tratan de establecer la existencia de las razas humanas”. Por supuesto que existen las razas, pero existen simplemente como clasificaciones humanas que toman unos u otros rasgos como elementos distintivos en función de contextos diversos.

En el mundo moderno, formado por Estados-nación, la referencia a la comunidad de origen puede construirse a partir de la percepción de las “comunidades nacionales” agrupadas en torno a la población del territorio de un Estado. Por este motivo, se reconoce en los textos internacionales el *origen nacional* como una causa de discriminación de naturaleza racial o étnica. El *origen nacional* no es lo mismo que la *nacionalidad*, aunque guarda relación con ella. Así, por ejemplo, una persona puede tener la nacionalidad española pero ser percibida socialmente como “marroquí” porque ha nacido en Marruecos o porque, incluso habiendo nacido en España, sus padres son o fueron marroquíes; del mismo modo, alguien de origen “español” puede ostentar otra nacionalidad pero al mismo tiempo ser percibido socialmente como “español”. La nacionalidad de una persona o de sus antepasados opera normalmente como rasgo distintivo para construir las categorías sociales relativas al origen nacional.

La “nacionalidad” en principio no es una categoría social, sino una categoría jurídica, precisamente creada para llevar a cabo diferencias de tratamiento jurídico. Por eso en principio las diferencias por razón de nacionalidad son legítimas. La Directiva 200/43/CE afirma en su art. 3.2 que es compatible con la normativa de extranjería de los Estados miembros y que no afecta a las diferencias de trato por razón de nacionalidad<sup>3</sup>. El art. 1.2 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial permite las distinciones por nacionalidad, siempre que no supongan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular. Por último, el art. 13 CE permite establecer distinciones entre españoles y extranjeros incluso en el ejercicio de derechos constitucionales (aunque esta posibilidad está muy restringida por la jurisprudencia del TC). No obstante, no cabe duda de que esta circunstancia está íntimamente relacionada con el origen nacional, operando a menudo como rasgo distintivo de esta categoría étnica.

En este contexto, el papel de la “nacionalidad” podría sintetizarse del siguiente modo:

- ✓ Las distinciones entre “españoles” y “extranjeros” establecidas por normas de rango legal (y en particular por la Legislación de Extranjería) son en principio legítimas, salvo que:
  - En ellas el dato jurídico de la nacionalidad opere como un mero rasgo distintivo de una discriminación por el origen nacional (así, por ejemplo, la norma norteamericana que durante la II Guerra Mundial obligaba a la reclusión de todos los japoneses y descendientes de japoneses en campos de concentración).

---

<sup>3</sup> Ahora bien, entre ciudadanos comunitarios existe un principio de no discriminación por razón de nacionalidad que, más que vincularse al ejercicio de derechos fundamentales (aunque puede haber alguna conexión), se vincula a la libertad de circulación en el ámbito de la Unión Europea.



- Provoquen un impacto desfavorable y no estén justificadas conforme al patrón de la discriminación indirecta.
- ✓ Las distinciones entre distintos grupos de extranjeros por razón de nacionalidad son legítimas siempre que atiendan exclusivamente al dato jurídico de la nacionalidad y no a circunstancias o estereotipos asociados al origen nacional como categoría étnica. Así, por ejemplo, es relevante que España tenga o no un convenio bilateral con algún país por el que adquiere obligaciones específicas con un Estado en relación con el tratamiento de sus ciudadanos.
- ✓ Las distinciones por nacionalidad operadas por los particulares, como por ejemplo, los empresarios, *al margen de las diferencias de trato legítimamente establecidas por las normas de rango legal son directamente discriminatorias* por razón del origen nacional. Por este motivo, la Ley de Extranjería prohíbe expresamente la “discriminación por razón de nacionalidad” (art. 23 LOEX).

## 5. La edad

Todas las sociedades humanas conocidas utilizan de algún modo la “edad” como un criterio de distinción de las personas, que se utiliza para organizar la división del trabajo y que determina en gran medida la percepción del lugar que cada persona ocupa en la estructura social. En toda sociedad existen roles diferenciados y expectativas distintas para las personas que se ubican en distintas categorías de edad (como por ejemplo “niños”, “jóvenes”, “maduros”, “ancianos”). Por otra parte, el transcurso del tiempo provoca indudables cambios en las personas, que afectan tanto a su madurez intelectual como a sus atributos físicos. Ciertamente, estos cambios no se producen de manera homogénea pero a menudo la legislación tiene que tenerlos en cuenta y, en estos casos, para introducir una cierta seguridad jurídica, suele utilizar el “número de años” como una presunción de la concurrencia de determinados requisitos o cualidades. Así, por ejemplo, es preciso establecer cuando una persona es “mayor de edad” y nuestro ordenamiento atribuye esta condición a los mayores de 18 años. Por supuesto, no se produce ningún cambio “mágico” en la persona el día en el que alcanza la mayoría de edad, pero de este modo se construye la categoría jurídica con cierta certidumbre. Del mismo modo, como regla general, se permite a los trabajadores jubilarse a los 65 años y acceder a la pensión contributiva de jubilación a esta edad si cumplen los demás requisitos.

Por estas razones, a priori la “edad” parece una circunstancia legítima para la diferencia de trato. No obstante, no cabe duda de que, desde otra perspectiva, la “edad” tiene un claro papel segregador y de reproducción de desigualdades sociales. Así, los trabajadores “mayores” tienden a ser expulsados del mercado de trabajo (debido a las políticas que rigen el despido y la contratación) y sus capacidades tienden a ser minusvaloradas por la aplicación de una serie de estereotipos. Por otra parte, los trabajadores “jóvenes” se sitúan casi siempre en posiciones precarias y marginales en el mercado de trabajo debido a determinados mecanismos sociales de división del trabajo; en algunos casos en los que estos jóvenes acceden a un espacio que no se les atribuye, pueden ser fácilmente



infravalorados en sus capacidades debido a la aplicación de pautas estereotipadas. Por estos motivos, la edad se reconoce expresamente como causa de discriminación en el derecho de la Unión Europea y en el ordenamiento interno<sup>4</sup>.

Es muy frecuente que esta contradicción se resuelva a partir del esquema clásico del principio de “igualdad en el contenido de la ley”. Desde esta óptica, serían correctos los tratamientos diferenciados por razón de edad siempre que estuvieran justificados por una causa objetiva y razonable y que los medios utilizados fueran proporcionados. Aparentemente, este es el enfoque que sigue el art. 6 de la Directiva 2000/78/CE, así como la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

No obstante, a mi juicio esta perspectiva no es correcta en lo que refiere al sistema normativo español<sup>5</sup>. *Si se aplicara simplemente este juicio de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad propio del principio de igualdad* en sentido estricto, entonces *la edad no sería realmente una “causa de discriminación”* y es evidente que lo es, tanto por su potencial segregador como por su reconocimiento expreso en el ordenamiento interno (art. 17 ET y art. 34 Ley 62/2003).

En mi opinión, como ya señalé en el tema anterior, *la discriminación es una regla, no un principio y no puede ponderarse, con otros bienes constitucionales*. De acuerdo con el art. 14 CE, la discriminación por razón de edad no puede prevalecer en ningún caso. Cuestión distinta es que a veces sea difícil de determinar si existe o no discriminación y que la técnica de la adscripción indirecta establezca la necesidad de justificar medidas que provocan un impacto desfavorable sobre colectivos de edad.

En función del concepto de discriminación que propongo en el tema anterior, la edad cronológica (número de años) o la apariencia física de un individuo no son las categorías estereotipadas de edad en sí mismas, sino *rasgos distintivos* que se usan para construir estas categorías y aplicar después una *generalización* (esto es, un tratamiento basado en estos estereotipos y no en las circunstancias reales del sujeto). Estas generalizaciones solo son discriminatorias cuando tienen un efecto potencialmente segregador, es decir, cuando tienden a situar a los individuos adscritos a determinadas categorías de edad en una posición socio-jurídica de inferioridad.

De este modo, cualquier diferencia de trato peyorativa en el trabajo provocada por prejuicios relacionados con la edad (“las personas mayores no son buenas en informática”, “una persona tan joven no tiene madurez para el puesto”), constituirá una discriminación directa, con independencia de que estos prejuicios se hagan manifiestos o bien se mantengan ocultos, o incluso en caso de que sean inconscientes.

---

4 Con anterioridad, la edad ya se reconocía como causa de discriminación en el derecho norteamericano desde la Age Discrimination in Employment Act de 1967. Esta ley prohíbe la discriminación en la contratación, en las condiciones de trabajo y en la extinción del contrato de los trabajadores mayores de 40 años (de modo que la norma no afecta a los “jóvenes”).

5 El hecho de que el Derecho de la Unión Europea regule la causa de la edad de manera más restrictiva -al menos en apariencia-, no impide que los ordenamientos de los Estados miembros establezcan regulaciones más favorables al principio de igualdad, como es el caso.



Por otra parte, si la diferencia de trato se debe a la aplicación de un criterio aparentemente neutro pero que causa un impacto claramente significativo sobre jóvenes o mayores se podría aplicar el esquema de la discriminación indirecta y exigir la justificación de la medida en términos de objetividad, razonabilidad, adecuación y necesidad. Del mismo modo, cuando se utiliza como criterio una característica objetiva *relacionada* con las categorías de edad, como una determinada apariencia física, se aplicaría la exigencia de justificación, puesto que no se estaría procediendo directamente a una generalización basada en estereotipos de edad.

Las distinciones normativas que utilizan el criterio de edad cronológica son muy frecuentes. Para evaluar si son contrarias a la prohibición de discriminación habrá que considerar si implican este tipo de generalización y, sobre todo, si tienen un efecto segregador por situar real o potencialmente a las personas adscritas a las categorías de edad en posiciones sociales y jurídicas de inferioridad.

En relación con la edad, ha sido especialmente problemático el supuesto de la “jubilación obligatoria” impuesta en algunos convenios colectivos; debe recordarse que, como regla general, la jubilación a los 65 años es voluntaria. En este sentido, la jurisprudencia del TS, del TC y del TJUE ha convalidado esta práctica<sup>6</sup>, estableciendo una serie de requisitos relativamente estrictos para que puedan establecerse estas cláusulas; en la práctica, la misma jurisprudencia ha permitido en último término una lectura muy laxa de estos requisitos. En la actualidad, las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria están prohibidas por la ley ordinaria, aunque en este aspecto el legislador ha mostrado una actitud oscilante (dependiendo de si las políticas sociales ponen el acento en el empleo de los jóvenes o en la solvencia del sistema público de pensiones), de modo que no es imposible que la tendencia pueda invertirse. De cualquier modo, resultan muy discutibles las reglas de jubilación obligatoria a determinada edad que existen en determinadas profesiones de acuerdo con otras normas, sin comprobación de la aptitud física real.

## 6. La discapacidad

De acuerdo con el art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estas personas son aquellas que tienen “*deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”. Así pues, este concepto abarca cualquier tipo de disfunción, siempre que no sea puramente transitoria, sino “indefinida” o de larga duración y que implique una cierta desventaja para la integración efectiva, sobre todo en combinación con determinadas barreras naturales o sociales.

La amplitud de esta definición permite que el término tenga la suficiente flexibilidad como para adaptarse a la gran diversidad de situaciones reales, pero al mismo tiempo implica que sea difícil determinar cuál es el grado de intensidad de la deficiencia que debe considerarse para que esta se califique como una “discapacidad”. Probablemente, ninguna persona está libre de algún tipo de deficiencia en comparación con los demás. Por ejemplo, no cabe duda de que la miopía es una deficiencia sensorial de larga duración que puede implicar algún problema a quien la padece, pero,

---

<sup>6</sup> SSTJUE *Palacios de la Villa* (2007), *Fuchs* (2011), *Georgiev* (2011), SSTC 28/1981, 58/1985, 280/2006, 341/2006.



en el mundo moderno estos problemas son casi insignificantes debido al auxilio de la tecnología y por tanto esta disfunción no tiene suficiente entidad como para considerar a los miopes como personas “con discapacidad”.

Para evitar estas dificultades, en el ordenamiento español existe un baremo técnico que mide la discapacidad (RD 1971/1999); unos grupos multidisciplinares denominados Equipos de Valoración de Incapacidades aplican este baremo a cada caso concreto asignando a los individuos un determinado porcentaje. Esta cifra determina a efectos administrativos cuál es la intensidad de la relevancia de las deficiencias que sufre una persona. Así, el ámbito de aplicación de la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, se refiere exclusivamente a las personas que tengan reconocido un grado de minusvalía del 33% (art. 1.2) y a quienes disfruten de prestaciones de incapacidad laboral temporal permanente total, absoluta o de gran invalidez. Asimismo, aunque la Ley de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI) parte de una noción amplia de discapacidad (art. 7.1), posteriormente condiciona la aplicación de los beneficios previstos en su articulado al reconocimiento de esta discapacidad por parte de equipos multidisciplinares (art. 7.2).

Estas definiciones más restrictivas tienen una gran utilidad para poder aplicar determinadas medidas de acción positiva referidas a las personas con discapacidad, pero no pueden restringir los efectos de la prohibición de discriminación. Para que exista discriminación no es necesario que la discapacidad del sujeto haya sido reconocida a efectos administrativos, y, de hecho, ni siquiera es relevante si la víctima tiene realmente una discapacidad (*discriminación por error*).

No obstante, en caso de que la discapacidad sea real, ello implica por definición que existe una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y esta deficiencia puede hipotéticamente afectar de manera negativa a la prestación de trabajo. En ello consiste la principal especialidad de esta causa de discriminación.

Para resolver este dilema es preciso, una vez más, acudir a la definición de discriminación que se ha enunciado en el tema anterior. Para que exista discriminación directa, la diferencia de trato debe poder atribuirse a una “generalización”, es decir, a la adscripción de una persona a una categoría social, aplicándosele el conjunto de expectativas, estereotipos y preconcepciones socialmente asignados a un determinado grupo de personas con discapacidad. Cuando operan estas generalizaciones, a la persona no se le trata por lo que es en realidad, sino por lo que se supone que es debido al estigma asignado su condición de discapacitado.

Cuando se exige la concurrencia de una determinada aptitud para el ejercicio de una determinada profesión que se vincula a alguna categoría relativa a la discapacidad, operaría la doctrina del “requisito esencial y determinante”, analizada en el tema anterior. Por este motivo, el art. 4.2 c) ET prohíbe la discriminación por razón de discapacidad siempre que el trabajador se encuentre “en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

Así pues, si realmente es esta aptitud y no la generalización acerca de la categoría (como por ejemplo, los estereotipos populares y no comprobados acerca de lo que pueden hacer o no hacer



determinados discapacitados), en principio no existiría discriminación directa. No obstante, dado que el criterio aparentemente neutro supone un impacto desfavorable sobre los discapacitados, debería poderse argumentar que la diferencia de trato es razonable y necesariamás allá de los estereotipos y generalizaciones acerca de la discapacidad. Así, por ejemplo, para un puesto de “socorrista” puede exigirse la posesión del sentido de la vista. Ello no se debe a ningún estereotipo acerca de lo que pueden o no hacer los ciegos, sino a la realidad objetiva de que la vista es completamente necesaria para ejercer labores de socorrismo, sin que existan otras posibilidades alternativas menos dañinas para los “ciegos”.

A mi juicio, el mismo mecanismo se aplica a otros supuestos menos claros. Supongamos que realmente el sentido de la vista no es absolutamente necesario para ejercer una determinada profesión, pero sí es un elemento que afecta objetivamente a la productividad del trabajo de manera significativa. Una pauta general y sistemática de “no contratar a los ciegos” sería claramente sospechosa de discriminación indirecta, por no tomar en consideración las circunstancias particulares de cada persona y debería justificarse conforme a criterios de razonabilidad y necesidad. En cambio, la selección de una persona vidente en lugar de un ciego en un proceso individualizado de contratación no necesariamente constituye discriminación, incluso aunque se haya tenido en cuenta la deficiencia sensorial, siempre que no se haya obrado en base a estereotipos y generalizaciones y que, asimismo, se hayan tomado en consideración los méritos individuales de cada candidato; así, por ejemplo, aunque la deficiencia sensorial pueda afectar negativamente a la productividad, el trabajador puede tener determinadas capacidades o méritos que compensen de sobra esta deficiencia en términos de eficiencia total. Estos patrones pueden también aplicarse a la extinción durante el período de prueba o al despido por ineptitud, al conocerse alguna deficiencia concurrente en el trabajador; a estos efectos lo relevante es que no se apliquen estereotipos. Así, por ejemplo, si se descubre que el trabajador es “esquizofrénico”, lo relevante no son las preconcepciones acerca de lo que un esquizofrénico puede hacer, sino la conducta real del trabajador en el puesto de trabajo, o, en su caso, las deficiencias objetivas observadas en el diagnóstico médico individual (puesto que las disfunciones motivadas por la esquizofrenia son muy variables dependiendo del caso) que afecten de manera clara al trabajo contratado.

Esta conclusión inicial es coherente con la definición general de discriminación y también con los principios meritocráticos y de eficiencia que rigen el modelo teórico de economía de mercado (no tanto el funcionamiento real de los mercados). No obstante, sus efectos pueden ser muy negativos desde una óptica social. En efecto, más allá de los estereotipos y de las falsedades que puedan circular acerca de las categorías de discapacitados, determinadas disfunciones sitúan objetivamente a muchas personas en una posición de clara desventaja en el mercado laboral. Debe tenerse en cuenta que en una economía capitalista la integración en el mercado de trabajo es el medio más habitual por el que las personas de clase trabajadora consiguen de manera autónoma mantener unas condiciones materiales y sociales de existencia dignas. La aplicación sistemática de los criterios de maximización del beneficio empresarial puede dificultar enormemente la integración de las personas con discapacidad en la sociedad y la garantía de una vida digna que pueda desarrollarse con cierta autonomía respecto a la protección familiar o las prestaciones públicas.

Por este motivo, las normas protectoras de las personas con discapacidad establecen diversas



*medidas de acción positiva* (Cfr. art. 37 bis 1 LISMI), que van más allá de los clásicos “tratamientos preferenciales”:

- ✓ Nuestro ordenamiento establece la *obligación del empresario de realizar “ajustes razonables”* para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, llevar cabo adecuadamente sus tareas o progresar profesionalmente. Esta obligación, inspirada en el derecho norteamericano (*American with Disabilities Act*), deriva del art. 5 de la Directiva 2000/78/CE que se ha transpuesto al ordenamiento español a través del art. 37 bis 2 LISMI.

Esta obligación empresarial se incorpora al propio concepto de discriminación. Así pues, la discriminación por discapacidad no se produce solamente cuando la diferencia de trato se pueda atribuir a estereotipos o generalizaciones acerca de la productividad del trabajo de las personas con discapacidad, sino también cuando se atienda a disfunciones realmente concurrentes en el trabajador, siempre que estas disfunciones pudieran afrontarse adecuadamente realizando ajustes “razonables”.

Lógicamente, existe una cierta dificultad para determinar cuando un ajuste es “razonable” y, por tanto, exigible. Desde luego, son “razonables” las medidas que vienen directamente impuestas por la normativa vigente y que, por tanto, son obligatorias con independencia de la prohibición de discriminación. Así sucede con la normativa relativa a la supresión de las barreras arquitectónicas en espacios públicos urbanizados y edificaciones. En segundo lugar, deben considerarse razonables las medidas que implican un coste relativamente pequeño (en relación con la capacidad económica de la empresa) o nulo, ya sea por su propia naturaleza o porque la inversión está en todo o en parte subvencionada por los poderes públicos.

- ✓ Además de esta obligación general, en materia de prevención de riesgos existe una obligación de los empresarios de atender particularmente a las necesidades de los trabajadores que, por diversas circunstancias, incluida la discapacidad, sean especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25.1 LPRL).
- ✓ Asimismo, existe una *cuota para el empleo de personas con discapacidad* que afecta a las empresas públicas o privadas de más de 50 trabajadores (art. 38.1 LISMI). Como regla general, al menos el 2% de la plantilla de estas empresas debe estar compuesto por personas con discapacidad. Tradicionalmente, el incumplimiento de esta obligación ha sido muy generalizado. Por este motivo, el legislador ha previsto que la negociación colectiva puede eximir de esta obligación o que las empresas individualmente puedan sustraerse a ella por motivos justificados, comunicándolo debidamente a la autoridad laboral y acogiéndose a determinadas medidas alternativas, destinadas a fomentar el empleo de minusválidos (art. 38.1 LISMI y RD 364/2005).
- ✓ En tercer lugar, las políticas de empleo establecen diversas formas de *subvención* a la contratación de personas con discapacidad (*Vid Ley 43/2006*).



- ✓ En cuarto lugar, como un complemento al empleo desarrollado en el mercado de trabajo ordinario, existen fórmulas de *empleo protegido* en *centros especiales de empleo*, que son empresas en las que la mayoría de los trabajadores son personas con discapacidad (Cfr., arts. 42 y ss. LISMI).

## **7. La religión y la ideología (remisión)**

El problema de la discriminación por motivos religiosos o ideológicos está íntimamente relacionado con el ejercicio de la libertad de pensamiento en la empresa, de modo que se tratará de manera específica en el tema correspondiente.

Por otra parte, del mismo modo, la discriminación por motivos sindicales está fuertemente vinculada a la Libertad Sindical, derecho que se ha estudiado con suficiente profundidad en la asignatura de Derecho Colectivo.

## **8. Otras posibles causas de discriminación**

Como se ha señalado en el epígrafe 1, la Constitución Española opta por una prohibición de discriminación abierta y flexible, que permite dar cabida a nuevas causas de discriminación que vayan apareciendo al hilo de los cambios sociales y económicos. Estas “nuevas causas” pueden venir recogidas en convenios internacionales o en la legislación interna o pueden directamente construirse en el proceso judicial o en el procedimiento administrativo a través de un trabajo de argumentación.

### 8.1 Causas expresamente mencionadas en el Estatuto de los Trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores menciona expresamente diversas causas de discriminación: “*sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del estado español*” (arts. 17 ET); en el mismo sentido, el art. 4.2 c) que incluye además las causas de edad (dentro de los límites marcados por la ley) y discapacidad (siempre que el trabajador sea apto para el puesto de trabajo).

Algunas de estas causas no aparecen expresamente previstas en la Constitución ni en la normativa comunitaria, o al menos pueden añadir matices a estas previsiones. Las menciones al origen (más allá del racial y étnico) y a la condición social pueden utilizarse frente a discriminaciones relativas a la clase social o al lugar del que se proviene (ya sea un barrio o incluso un municipio, provincia o región, aunque no implique contenidos claramente étnicos) añadiendo matices a la causa formulada en el art. 14 CE como “nacimiento”. Como ya se ha visto, la “condición sexual” puede ir más allá de la orientación sexual para incluir otras conductas sexuales



minoritarias. La adhesión o no a sindicatos y sus acuerdos se vincula a la problemática de la libertad sindical. En todo caso, presentan una cierta especificidad el Estado civil, el parentesco y la lengua.

El *Estado civil* se trata, en principio, de una circunstancia jurídica y por lo tanto apta para las diferencias de trato razonables que deriven de la propia naturaleza de la institución jurídica. Así, por ejemplo, existen diferencias de trato apropiadas vinculadas al dato jurídico del matrimonio, aunque en determinados casos se podrá discutir acerca de si puede ser discriminatoria la falta equiparación de las parejas de hecho. De cualquier modo, la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, introducida en el 2005 y recientemente declarada conforme a la Constitución por el TC, impide que esta falta de equiparación entre el régimen del matrimonio y el de las parejas de hecho pueda considerarse discriminatorio por razón de la orientación sexual. En todo caso, la circunstancia jurídica “Estado civil” tiene una proyección social y por lo tanto puede generar categorías sociales estereotipadas susceptibles de estigmatizar a las personas incluidas en ellas.

En muchos casos, este rasgo opera en intersección con el género. Incluso en un contexto muy tradicionales, las mujeres han podido acceder al mercado de trabajo en tanto estuvieran solteras, pero el esquema más conservador ha dificultado el trabajo de las mujeres “casadas”, o bien porque se considera que “deben” dedicarse a su familia (y ser mantenidas por el marido) o bien porque se asume que su dedicación al trabajo va a ser inferior debido a esta circunstancia. Si bien el primero de estos prejuicios está prácticamente desterrado de nuestro ambiente cultural, el segundo sigue estando presente, de manera que muchos empresarios pueden discriminar a las “mujeres casadas” suponiendo que son menos productivas. También parece favorecerse, por contra, a los hombres casados frente a los solteros en determinados empleos, suponiendo (en base a los estereotipos tradicionales) que esta circunstancia les proporciona una mayor estabilidad vital que repercute positivamente en el trabajo. En otro orden de cosas, el estatuto de “divorciado” puede operar en ocasiones como un estigma tanto para hombres como para mujeres, especialmente cuando estas personas desarrollan puestos “de tendencia” en organizaciones religiosas que no aprueban la disolución del matrimonio, como se verá en el tema 6.

La *lengua* es una circunstancia que presenta una cierta complejidad porque tradicionalmente ha operado como criterio de marcador étnico (para identificar los grupos étnicos, las “tribus” y las “naciones”) y, por tanto, puede ser un claro rasgo distintivo del origen racial o étnico, pero al mismo tiempo, al ser el instrumento básico de comunicación, de manera que el conocimiento de una lengua puede ser claramente una circunstancia profesionalmente relevante. A mi juicio, estos conflictos se resuelven con la definición de discriminación que se defiende en estos apuntes. Es decir, la clave para que no haya discriminación directa es que la lengua opere como un requisito realmente relevante en términos objetivos y no se utilice como una etiqueta que despliega estereotipos y generalizaciones.

El *parentesco*, también referido expresamente en el Estatuto de los Trabajadores, presenta también dificultades de comprensión. En el contexto productivo español predominan las pequeñas y medianas empresas, caracterizadas por las relaciones personales y directa, que en muchos casos son concretamente “empresas familiares”. Así pues, es muy habitual que el parentesco influya notablemente en la selección del personal e incluso en las condiciones de trabajo, haciendo



extremadamente difícil la aplicación de una prohibición de discriminación por razón de parentesco en el sector privado. Una vez más, en mi opinión la clave es que para que exista discriminación en el sentido establecido en la Constitución no basta con que haya una desigualdad “arbitraria” que no esté basada exclusivamente en el mérito objetivo (aunque en la Administración Pública sí deben existir garantías de igualdad en sentido estricto). La discriminación parte de una “generalización” -tratar a una persona conforme a una categoría y no conforme a lo que es individualmente-, que sitúa a determinados grupos sociales en una posición social de inferioridad.

Por este motivo, a mi juicio serían nulas las cláusulas de los convenios colectivos que establecen preferencias de contratación por razón de parentesco con los trabajadores de la empresa. También operaría la discriminación siempre que el “parentesco” opere como una pauta abstracta, independiente de las personas a las que se aplique. Este tipo de generalizaciones establecen un “nosotros” y “ellos” incluso cuando se refiere al contexto social reducido de una empresa y, además, pueden provocar una discriminación indirecta por razón de origen racial o étnico. Por último, existiría discriminación cuando el individuo afectado pertenezca a una familia “estigmatizada” (por ejemplo, con “mala fama” en un determinado municipio), cuando se perjudique a alguien por el mero hecho de ser pariente de otra persona o cuando una preferencia contribuya a reproducir los eventuales privilegios de determinadas familias de la élite dominante.

Sin embargo, no creo que sea aplicable esta causa de discriminación cuando se refiere a las relaciones personales que dos individuos tienen entre sí. Un empresario puede contratar a un trabajador tomando en consideración diversos elementos, entre ellos la relación personal que los une. Esta relación personal (afectiva, de confianza) puede estar mediatizada por diversos factores sociales, entre ellos el parentesco. Pero en este caso no operaría una “generalización” estigmatizante, puesto que la decisión se refiere a una relación concreta entre dos individuos.

## 8.2. Causas de nueva creación:

La posibilidad de reconstruir nuevas causas de discriminación en el proceso judicial o en el procedimiento administrativo a través de la argumentación implica el riesgo de que se pueda banalizar el concepto de discriminación, confundiendo este fenómeno con cualquier desigualdad no del todo razonada o justificada en términos racionales. Por este motivo, la jurisprudencia del TC es bastante estricta respecto a estas “nuevas causas”, aunque en mi opinión, sigue sin haber construido una teoría sólida y coherente que sirva para aplicarse más allá de cada caso concreto. Las apreciaciones de la jurisprudencia constitucional a este respecto se sintetizan en la [STC 62/2008](#), pero a mi juicio los razonamientos expuestos no resultan del todo coherentes, por cuanto, aunque distinguen claramente entre desigualdad y discriminación, terminan aplicando en algún momento las pautas del principio general de igualdad.

De cualquier modo, la jurisprudencia insiste en que las nuevas causas sean “análogas” a las previstas en el art. 14 CE. Estas causas previstas en la Constitución se refieren a “determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han situado a grupos de la población en posiciones contrarias a la dignidad humana”. Por ello, se hace referencia a que el criterio utilizado



tenga un carácter estigmatizante o “una naturaleza particularmente odiosa, puesto que convierte en elemento de segregación una condición innata o una opción que expresa el ejercicio de las libertades básicas.”

En mi opinión, la clave para detectar una nueva causa de discriminación es el carácter estigmatizante de la categoría social empleada y su aptitud real o potencial para producir desigualdades sistemáticas derivadas de la categorización social. No me parece que sea un requisito necesario en todo caso que la diferenciación esté históricamente arraigada; puede ser, por ejemplo, una causa nueva derivada del progreso tecnológico, como la *discriminación por razones genéticas* reconocida actualmente en el derecho norteamericano. Tampoco creo necesario que tenga que derivar necesariamente de una circunstancia “innata” o “derivada del ejercicio de un derecho”. Así, por ejemplo, el tratamiento desfavorable de una persona por *tener antecedentes penales* al margen de lo previsto en la propia pena resulta claramente estigmatizante y sitúa potencialmente a estas personas en una posición marginal, dificultando la aplicación del principio de reinserción (en sentido contrario, sin embargo, STSJ Comunidad Valenciana de 16-9-2009, nº 2667/2009). También podrían ser posibles, dependiendo de los casos concretos, causas de discriminación vinculadas a la apariencia física, la obesidad (en contra STSJ Comunidad Valenciana de 9-5-2012, nº 823/2012 con argumentos a mi juicio insuficientes), el tabaquismo o a determinadas opciones de vida personal.

La problemática sobre las causas no tipificadas de discriminación ha sido particularmente relevante en España en relación con la *enfermedad*, en torno a la cual se han producido un gran número de litigios. Este conflicto ha venido generado por una práctica empresarial muy extendida consistente en extinguir el contrato de los trabajadores cuando estos se dan de baja por enfermedad, más allá de los estrictos requisitos del despido objetivo por acumulación de ausencias. La extinción por enfermedad durante el período de prueba sería válida, dado que el empresario no tiene que justificar su decisión, salvo que se considere discriminatoria o contraria a algún derecho fundamental. Por otra parte, una vez transcurrido el período de prueba, la extinción por motivos de enfermedad sería en principio improcedente pero, en caso de considerarse discriminatoria, habría de calificarse como nula, aplicándose por tanto unos efectos jurídicos distintos.

En un principio, se planteó que las diferencias de trato por razón de enfermedad podían reconducirse a la discriminación por motivos de discapacidad, pero esta tesis ha sido claramente desechada por la jurisprudencia del TS (SSTS [11-12-2007](#) y [18-12-2007](#)) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE [Chacón Navas](#), de 2006). En efecto, según esta jurisprudencia para que una “enfermedad” pueda ser considerada como discapacidad, debe ser de larga duración y no de carácter puramente transitorio.

Posteriormente se ha intentado argumentar que la enfermedad puede constituir una causa autónoma de discriminación no tipificada expresamente en la Constitución ni en la normativa de desarrollo. A estos efectos, la STC 62/2008, anteriormente citada, ha descartado que esta identificación pueda producirse con carácter general<sup>7</sup>. No obstante, esto sí puede suceder “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la

---

<sup>7</sup> A título anecdótico, el Anteproyecto de Ley Integral de Igualdad y no Discriminación del año 2011, que nunca llegó a materializarse, incluía expresamente la enfermedad como causa de discriminación prohibida.



mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”. Un ejemplo de este supuesto podría ser el despido de una persona al conocerse que es portadora del VIH. Por otra parte, las diferencias de trato desfavorables vinculadas a enfermedades conectadas con el embarazo constituyen actos discriminatorios por razón de sexo.

Aunque el TC se ha mostrado estricto en la consideración de la enfermedad como causa de discriminación, su criterio ha sido muy amplio en la consideración de las *responsabilidades familiares* como causa de discriminación (STC 26/2011). La sentencia citada resuelve un litigio derivado de la reclamación de un trabajador varón de un cambio de horarios para atender a las necesidades de sus dos hijos pequeños. El Tribunal considera que no puede considerarse que exista discriminación por razón de sexo, puesto que el cuidado de los hijos no ha sido una tarea asignada tradicionalmente a los varones (y no se le trata de manera perjudicial por ser un hombre); esta interpretación no parece tomar en consideración el concepto de género y sus consecuencias sobre la prohibición de discriminación “por razón de sexo”. Así pues, al no poder acudir a un correcto entendimiento de la discriminación por razón de género el Tribunal inventa una causa de discriminación “por circunstancias familiares” sin atender a su propia doctrina de que el criterio utilizado tenga un carácter estigmatizante o una naturaleza particularmente odiosa.

### **Autoevaluación**

(El alumno debe estar seguro de que sería capaz de responder a las siguientes preguntas)

- ✓ ¿En el sistema español existe una lista taxativa de causas de discriminación previstas por la Constitución y las leyes o pueden considerarse otras causas que no están expresamente previstas?
- ✓ ¿Por qué se considera en este texto que la discriminación entre hombres y mujeres tiene perfiles que la hacen singular respecto a las demás causas posibles de discriminación?
- ✓ La discriminación por la orientación sexual o por el cambio de sexo, ¿son discriminaciones por razón de sexo?
- ✓ ¿En qué se diferencian el origen nacional y la nacionalidad?
- ✓ Según el argumento que se defiende en el texto ¿las discriminaciones por razón de edad y discapacidad pueden justificarse?
- ✓ ¿En qué consiste la obligación de hacer ajustes razonables?
- ✓ ¿Según la doctrina del Tribunal Constitucional es la enfermedad una causa de discriminación prohibida?
- ✓ ¿Qué elementos nos permiten identificar nuevas causas de discriminación no enunciadas por la Constitución ni previstas en la Ley?