

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

(Director y Coordinador)

MANIFESTACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO: PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE
LUIS GÓMEZ DE LAS HERAS MARTÍN-MAESTRO
BEGOÑA LASA IBARRECHE
JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
HENAR ÁLVAREZ CUESTA
M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
GUILLERMO GARCÍA GONZÁLEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO
ELISABET ERRANDONEA ULAZIA
FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE
SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ
ANA CASTRO FRANCO
RAQUEL POQUET CATALÁ
MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO
IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ
SANTOS MANUEL CAVERO LÓPEZ
FRANCISCO CORTÉS GONZÁLEZ
RODRIGO CRISTIÁN MÉNDEZ FILLEUL
JUAN MÉJICA GARCÍA
EKATERINA REZNIKOVA
CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ
EDRIGA ARANBURU AGIRRE
JUAN PABLO IBAÑEZ GARCÍA
LIDIA DE LA IGLESIA AZA



**MANIFESTACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN
EN EL TRABAJO:
PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN**

**MANIFESTACIONES
DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO:
PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN**

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
(Director y Coordinador)

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1070-924-9

Depósito Legal: M-16799-2025

DOI: <https://doi.org/10.14679/4290>

ISBN electrónico: 979-13-7006-487-7

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Índice

Prólogo	31
 Capítulo primero. Igualdad, desigualdad y discriminación en la Constitución Española de 1978. Especial consideración a la identidad de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	 37
EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE	
I. UN ÁMBITO CONSTITUCIONAL PARA UN CONCEPTO DE IGUALDAD	37
II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y ANTE LOS PARTICULARES	41
III. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY	42
IV. NOCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN	43
V. DISCRIMINACIÓN, IDENTIDAD, GÉNERO Y SEXO. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA STC PLENO 67/2022, DE 2 DE JUNIO	45
5.1. El objeto del amparo	45
5.2. Su transcendencia constitucional	48
5.3. El contenido argumental de la sentencia	49
VI. LA PROYECCIÓN AL CASO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ..	57
VII. BIBLIOGRAFÍA	59

Capítulo 2. Aspectos singulares de la discriminación laboral 61

LUIS GÓMEZ DE LAS HERAS MARTÍN-MAESTRO

I.	MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA.....	61
II.	PROTECCIÓN	64
	2.1. Medidas de orden administrativo	65
	2.2. Medidas a nivel constitucional	66
III.	ENJUICIAMIENTO Y SANCIÓN.....	71
	3.1. El Tribunal Constitucional.....	71
	3.2. El poder judicial.....	73
IV.	BIBLIOGRAFÍA	82

Capítulo 3. La discriminación en el ámbito laboral. Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social..... 83

BEGOÑA LASA IBARRECHE

I.	MARCO NORMATIVO.....	83
II.	FUNCIÓN DE VIGILANCIA Y EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS	84
III.	ACTUACIONES INSPECTORAS	86
	3.1. Control de planes de Igualdad y otras obligaciones de la Ley de Igualdad.....	86
	3.2. Control de situaciones discriminatorias en la relación laboral	91
	3.3. Control de situaciones de discriminación salarial.....	96
	3.4. Actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales con un enfoque de género.....	101
	3.5. Acoso sexual y por razón de sexo	102
	3.6. Control de la existencia de cláusulas discriminatorias o en materia de igualdad en los convenios colectivos.....	105
IV.	MEDIDAS ADOPTADAS COMO CONSECUENCIA DE LA ACTUACIÓN INSPECTORA	105
	4.1. Requerimiento	106
	4.2. Procedimiento sancionador	107
	4.3. Acta de Liquidación	113

4.4. Fiscalía.....	113
V. OFICINA ESTATAL DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.....	113

Capítulo 4. La discriminación en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... 115

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

PREVIA.....	115
I. PUNTO DE PARTIDA. SELECCIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES GENERALES A CONSIDERAR.....	115
1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.....	115
1.2. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.....	116
1.3. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.....	117
1.4. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales	119
1.5. Pacto internacional de derechos civiles y políticos.....	120
1.6. Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales	120
1.7. Convenio núm. 111 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación.....	121
II. NORMAS EUROPEAS.....	121
2.1. Tratado de la Unión Europea	121
2.2. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.....	122
2.3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	123
2.4. Directiva 76/207/CEE del consejo, de 9 de febrero de 1976 (derogada).....	124
2.5. Directiva 79/7/CEE, del Consejo de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.....	125
2.6. Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES	126

2.7.	Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada	126
2.8.	Directiva 2000/78/C del coConsejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación	127
2.9.	Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo	133
2.10.	Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales (refundición)	137
2.11.	Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal	138
2.12.	Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento	138
III.	TIPOLOGIA DE SUPUESTOS JUDICIALES.....	146
3.1.	¿Discriminaciones a favor o en contra de las mujeres?	146
3.2.	Discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y contra trabajadores contratados por tiempo determinado	171
3.3.	Empresas de Trabajo Temporal. Contratos sucesivos	184
3.4.	Discriminaciones por edad	186
3.5.	Discriminación hacia trabajadores homosexuales/orientación sexual	189
3.6.	Diferencia de trato por razón de religión. Discriminación religiosa	191

3.7. Discriminación de la discapacidad.....	195
3.8. Empleadas de hogar y desempleo.....	198
3.9. Discriminación contra la retribución del trabajo nocturno.....	203
Capítulo 5. Discriminación por motivos sindicales: nuevas manifestaciones..	205
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO	
I. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL COMO PILAR NUCLEAR DE LAS RELACIONES LABORALES. ASPECTOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS.....	205
II. LOS EXTENSOS CONTORNOS DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL. CONTENIDO ESENCIAL Y ADICIONAL.....	207
III. AMPLITUD DE CONDUCTAS LESIVAS DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL A LA LUZ DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES.....	209
IV. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO PROACTIVO. EL DEBILITAMIENTO DE LOS SINDICATOS DE CLASE.....	215
V. EL ACCESO AL EMPLEO COMO SINGULAR CONTEXTO DE EXPOSICIÓN: LISTAS NEGRAS.....	218
VI. DIFICULTADES PARA EL MANTENIMIENTO DEL PUESTO DE TRABAJO.....	224
VII. LA TUTELA EN EL DISFRUTE DEL CRÉDITO HORARIO: QUIEBRAS.....	227
VIII. EL DATO DE AFILIACIÓN SINDICAL COMO DATO ESPECIALMENTE PROTEGIDO.....	228
IX. INFORMACIÓN SINDICAL SOBRE ALGORITMOS COMO GARANTÍA.....	233
9.1. La regulación estatutaria.....	234
9.2. El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial.....	238
X. BIBLIOGRAFÍA.....	240
Capítulo 6. La discriminación laboral por motivos religiosos. Elementos para la reflexión a partir de la jurisprudencia.....	247
JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ	
I. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LAS RELACIONES LABORALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: BASES EMPÍRICAS PARA EL ANÁLISIS.....	247

II.	EL DERECHO A PORTAR SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL TRABAJO	252
2.1.	La doctrina del TEDH sobre signos identitarios durante la prestación de servicios	253
2.2.	El criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	258
2.3.	Algunas cuestiones controvertidas a la luz de las resoluciones de los órganos judiciales españoles	266
III.	LA MODIFICACIÓN DE REQUISITOS OBJETIVOS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR MOTIVOS RELIGIOSOS.....	269
IV.	DESCANSO SEMANAL O CONMEMORACIÓN DE FESTIVIDADES RELIGIOSAS.....	277
4.1.	Descanso por motivos religiosos o festividad religiosa y pruebas selectivas	277
4.2.	Derecho al descanso semanal o a la celebración de las festividades en los días previstos según las convicciones del trabajador: de la sanción (incluido el despido) a la acomodación razonable	281
V.	RITOS RELIGIOSOS Y SALUD DEL TRABAJADOR.....	288
VI.	LA LIBERTAD SINDICAL EN EL SENO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS: EL CASO <i>SINDICATO DEL BUEN PASTOR C. RUMANÍA</i> ..	289
6.1.	La valoración del asunto en los tribunales rumanos.....	290
6.2.	El criterio de la Sala Tercera del TEDH	291
6.3.	La primacía de la autonomía religiosa sobre la libertad sindical bajo el parecer de la Gran Sala del TEDH.....	293
VII.	LAS ORGANIZACIONES RELIGIOSAS Y EL RESPETO A SU IDEARIO POR LOS TRABAJADORES.....	296
7.1.	Autonomía confesional y conducta del trabajador que se aparta del ideario en la doctrina del TEDH.....	296
7.2.	La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la autonomía confesional y su incidencia en las relaciones laborales	301
7.3.	El criterio en los tribunales españoles sobre el conflicto entre libertad religiosa del trabajador y autonomía confesional	304
VIII.	AUTONOMÍA CONFESIONAL Y VIDA PRIVADA DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA EN CENTROS PÚBLICOS	308

8.1. El alcance de la autonomía de las confesiones religiosas en la designación de profesores de religión en centros públicos bajo el parecer del TEDH.....	309
8.2. La aproximación del TJUE a propósito de la vinculación contractual temporal de los profesores de religión	314
8.3. La autonomía confesional y la remoción de los profesores de religión católica en los tribunales nacionales	316
IX. BIBLIOGRAFÍA	324

Capítulo 7. Avanzando hacia la no discriminación laboral por razón de etnia, condición social o ideas políticas: propuestas y buenas prácticas. 341

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

I. CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN «TRADICIONALES»: ETNIA, IDEAS POLÍTICAS Y CONDICIÓN SOCIAL	341
II. CAUSAS TRADICIONALES Y NUEVAS DIMENSIONES DE ESTAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN	346
III. NUEVAS REGULACIONES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ETNIA	354
IV. LA DISCRIMINACIÓN POR IDEAS POLÍTICAS.....	357
V. LAS MIL CARAS DE LA DISCRIMINACIÓN POR CONDICIÓN SOCIAL	357
VI. EL IMPACTO DISCRIMINATORIO DE LA IA SOBRE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y SOCIALES	364
VII. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN LEGALES Y CONVENCIONALES	367
VIII. BIBLIOGRAFÍA	372

Capítulo 8. La construcción jurídica de la discriminación por parentesco en el empleo y en las prestaciones sociales..... 377

M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

I. INTRODUCCIÓN.....	377
II. EL PARENTESCO COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN (FAVORABLE O ADVERSA) EN EL EMPLEO.....	378

2.1. El concepto de parentesco como factor o causa autónoma de discriminación favorable o adversa. Su distinción respecto del estado civil.....	379
III. EL PARENTESCO COMO CIRCUNSTANCIA CAUSANTE DE DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN: DOCTRINA COMUNITARIA Y APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	395
IV. LA REPERCUSIÓN DEL PARENTESCO EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	399
4.1. La exclusión de la cobertura por desempleo de los hijos contratados en la empresa familiar	400
4.2. Discriminación por asociación y pensión de viudedad	412
4.3. Discriminación por asociación y prestación en favor de familiares	412
V. BIBLIOGRAFÍA	414

Capítulo 9. Inteligencia artificial y discriminación en el trabajo: un acercamiento crítico a su incipiente ordenación jurídica

417

GUILLERMO GARCÍA GONZÁLEZ

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	417
II. SESGOS ALGORÍTMICOS Y DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO: RETOS SOCIOJURÍDICOS A LA LUZ DEL MARCO REGULATIVO INESPECÍFICO	419
III. LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA LABORAL Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.....	424
3.1. El derecho de información de la representación de los trabajadores como mecanismo de tutela colectiva frente a la discriminación algorítmica	425
3.2. La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: un tímido y simbólico acercamiento jurídico-positivo a la inteligencia artificial	430
3.3. Inteligencia artificial y discriminación algorítmica en la nueva Ley de Empleo: aciertos y limitaciones.....	433
3.4. El <i>sandbox</i> regulatorio como instrumento preventivo frente a la discriminación algorítmica	438

IV.	LA <i>LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL</i> EUROPEA Y SU POTENCIAL ANTIDISCRIMINATORIO: ENTRE LA PRUDENCIA Y LA ESPERANZA.....	441
V.	A MODO DE REFLEXIÓN FINAL	448
VI.	BIBLIOGRAFÍA	450

Capítulo 10. La discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. Las nuevas obligaciones empresariales en relación con el colectivo lgtbi

455

PATRICIA NIETO ROJAS

I.	LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO	455
1.1.	La prohibición por razón de orientación sexual e identidad de género en el Derecho Comunitario.....	456
1.2.	La prohibición de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género en el ordenamiento nacional	457
II.	LAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS NEGOCIADAS DESTINADAS A LA PROMOCIÓN DE LA ORIENTACIÓN Y DIVERSIDAD SEXUAL	463
2.1.	La negociación de un protocolo para la prevención de las situaciones de acoso por razón de orientación sexual e identidad de género como obligación autónoma	466
2.2.	La negociación de un conjunto planificado de medidas para la consecución de la igualdad real y efectiva del colectivo LGTBI.....	473
III.	A MODO DE CONCLUSIÓN	477
IV.	BIBLIOGRAFÍA	479

Capítulo 11. La discriminación por razón de edadismo en los convenios colectivos

481

DJAMIL TONY KAHLE CARRILLO

I.	INTRODUCCIÓN.....	481
II.	EL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN	482

III.	LA EDAD COMO DISCRIMINACIÓN	500
IV.	EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA DISCRIMINACIÓN POR EDAISMO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS	501
V.	CONCLUSIONES	508
VI.	BIBLIOGRAFÍA	508

Capítulo 12. La discriminación por enfermedad 511

ELISABET ERRANDONEA ULAZIA

I.	INTRODUCCIÓN.....	511
II.	EL LISTADO DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN CONTENIDO EN LA LEY 15/2022, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	513
III.	LA ENFERMEDAD COMO CAUSA POSIBLE DE DISCRIMINACIÓN....	517
IV.	LA ENFERMEDAD O CONDICIÓN DE SALUD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN LA LEY 15/2022.....	527
V.	LA NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES, ACTOS O CLÁUSULAS QUE CAUSEN DISCRIMINACIÓN POR MOTIVO DE ENFERME- DAD Y LAS REGLAS RELATIVAS A LA CARGA DE LA PRUEBA.....	530
VI.	A MODO DE CONCLUSIÓN	535
VII.	BIBLIOGRAFÍA	535

Capítulo 13. Manifestaciones de discriminación laboral por razón de dis- capacidad..... 539

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

I.	EL ITINERARIO JURÍDICO HACIA LA IGUALDAD EN DERE- CHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	539
1.1.	Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	540
1.2.	El camino seguido en la Unión Europea.....	541
1.3.	Terminología en la Constitución española y su reforma	543
II.	DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD	546

III.	EL INCUMPLIMIENTO DE LOS «AJUSTES RAZONABLES» COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD	547
IV.	JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL	550
	4.1. Solicitud de permiso o subsidio en el supuesto de maternidad subrogada	550
	4.2. Discriminación en el empleo por causa de «discriminación transferida» o por «vinculación» o «asociación»	552
	4.3. La falta de aptitud del trabajador con discapacidad para desempeñar el trabajo	553
	4.4. Despido de persona con discapacidad sin aplicar «ajustes razonables»	555
	4.5. Discriminación por razón de discapacidad, al aplicar la indemnización por despido en inferior cuantía a la del método de cálculo general	556
	4.6. Discriminación según que la persona con discapacidad sea personal laboral o funcionario	557
	4.7. Despido de persona con discapacidad por faltas de asistencia al trabajo	558
V.	DISCRIMINACIONES LABORALES POR RAZÓN DE OTRAS SITUACIONES EQUIPARABLES A LA DISCAPACIDAD	558
	5.1. Despido a causa de enfermedad o accidente	558
	5.2. Despido por obesidad.....	564
	5.3. Despido de persona «especialmente sensible» a determinados riesgos.....	565
	5.4. Un cambio de paradigma sobre el despido de persona con incapacidad permanente (STJUE 18 enero 2024)	567
	5.5. Conclusión	571
VI.	DE LA JUBILACIÓN «ANTICIPADA» PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA INCAPACIDAD PERMANENTE	572
VII.	REFLEXIONES FINALES.....	575
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	575

Capítulo 14. Sector público y discapacidad: gestión y fomento del acceso al empleo de las personas con discapacidad..... 577

VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE

I.	INTRODUCCIÓN.....	577
II.	EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MARCO DE LA AGENDA 2023.....	578
	2.1. El acceso al empleo de personas con discapacidad en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible	578
	2.2. La contratación pública al servicio de las políticas sociales en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible	580
III.	RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD	581
	3.1. Normativa básica estatal.....	581
	3.2. Normativa autonómica de desarrollo. La Ley del Parlamento Vasco 11/2022, de 1 de diciembre	583
IV.	LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.....	586
	4.1. Consideraciones generales.....	586
	4.2. Las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público	589
	4.3. La incorporación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público.....	591
	4.4. Las reservas y los criterios de desempate en la adjudicación de contratos públicos.....	597
V.	CONCLUSIONES.....	602
VI.	BIBLIOGRAFÍA	603
VII.	RESOLUCIONES E INFORMES DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS ...	607

Capítulo 15. La lucha contra la discriminación por discapacidad en el ámbito laboral: una visión desde la protección de los derechos fundamentales y la salvaguarda de la dignidad de la persona 609

SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	609
----	-------------------	-----

II.	LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	610
III.	LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL CONSEJO DE EUROPA.....	614
	3.1. En el ámbito normativo	614
	3.2. En el ámbito jurisprudencial	616
IV.	LA LUCHA CONTRA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	618
	4.1. En el ámbito normativo	618
	4.2. En el ámbito jurisprudencial	620
V.	LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	623
	5.1. En el ámbito de la Constitución	623
	5.2. En el ámbito legislativo.....	627
	5.3. En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	633
VI.	CONCLUSIONES	635
VII.	BIBLIOGRAFÍA	636

Capítulo 16. Discriminación por lengua dentro del estado español

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	641
II.	LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA NO DISCRIMINA- CIÓN POR LENGUA DENTRO DEL ESTADO ESPAÑOL, A MODO DE CONTEXTUALIZACIÓN	641
III.	SUPUESTOS PRÁCTICOS EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI.....	653
	3.1. En el ámbito privado.....	653
	3.2. En el ámbito del empleo público	656
IV.	BIBLIOGRAFÍA	667

Capítulo 17. Las características genéticas, ¿rasgo protegido por el dere- cho a no ser discriminado?.....

BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	669
----	-------------------	-----

II.	¿QUÉ ES LA INFORMACIÓN GENÉTICA Y QUÉ RELACIÓN TIENE CON EL ESTADO DE SALUD DE UNA PERSONA?	670
III.	EL DERECHO ANTE LOS RIESGOS JURÍDICOS QUE SUPONEN LOS AVANCES EN GENÉTICA	673
	3.1. Ideas generales	673
	3.2. El ámbito de las relaciones laborales en particular	676
IV.	CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO	677
	4.1. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación	677
	4.2. El ámbito de aplicación subjetivo del derecho a no ser discriminado	679
V.	REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CARACTERÍSTICAS GENÉTICAS	682
	5.1. Referencia al marco jurídico internacional	683
	5.2. Referencias al marco jurídico de la Unión Europea	684
	5.3. Referencias al marco jurídico nacional	687
VI.	CONCLUSIONES FINALES: ¿ES NECESARIO UN DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR MOTIVO DE LAS CARACTERÍSTICAS GENÉTICAS?	692
VII.	BIBLIOGRAFÍA	694

Capítulo 18. La discriminación por razón de edad en la selección de los afectados por un despido colectivo. Valoración jurisprudencial de la menor indemnización para mayores de 60 años	697
---	-----

ANA CASTRO FRANCO

I.	DIFICULTADES EN LA BÚSQUEDA Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO POR RAZÓN DE EDAD	697
II.	LA DOCTRINA EUROPEA EN TORNO A LAS DIFERENCIAS DE TRATO POR RAZÓN DE EDAD JUSTIFICADAS	700
III.	LA AFECTACIÓN DE LOS TRABAJADORES MADUROS EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS COMO PRÁCTICA HABITUAL EN LAS EMPRESAS	711
	3.1. La intervención legislativa contra el edadismo: el convenio especial con la Seguridad Social y la aportación al Tesoro Público	713

3.2.	La prioridad de permanencia por razón de edad en la negociación colectiva.....	718
3.3.	El plan de recolocación y las medidas sociales de acompañamiento.....	721
3.4.	La posición jurisprudencial sobre la discriminación por razón de edad en el despido colectivo	723
3.5.	La problemática en torno a los pactos indemnizatorios en el despido colectivo y los trabajadores mayores de 60 años.....	725
IV.	CONCLUSIONES.....	729
V.	BIBLIOGRAFÍA	730

Capítulo 19. Listas negras como manifestación de la discriminación por razones sindicales

733

RAQUEL POQUET CATALÁ

I.	INTRODUCCIÓN.....	733
II.	CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS «LISTAS NEGRAS»	734
III.	MARCO NORMATIVO.....	736
IV.	DATOS PERSONALES Y CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES	741
V.	TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LAS RELACIONES LABORALES. ESPECIALMENTE EN LAS LISTAS NEGRAS.....	744
VI.	DERECHO DE LA PERSONA TRABAJADORA A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA	747
VII.	DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SINDICALES	750
VIII.	POSICIONAMIENTO DE LA DOCTRINA JUDICIAL Y LA JURISPRUDENCIA	754
IX.	CONCLUSIONES.....	756
X.	BIBLIOGRAFÍA	756

Capítulo 20. La discriminación en los procesos de selección

759

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

I.	INTRODUCCIÓN.....	759
----	-------------------	-----

II.	MARCO NORMATIVO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y SU APLICACIÓN AL PROCESO DE SELECCIÓN	762
2.1.	Marco normativo interno	762
2.2.	Marco normativo supranacional	766
III.	UNA APROXIMACIÓN JUDICIAL A LA GARANTÍA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN.....	767
3.1.	Antes de la selección.....	767
3.2.	Discriminación por razón de sexo	769
3.3.	Discriminación por edad	772
3.4.	Otros factores discriminatorios y el principio de igualdad	774
3.5.	La discriminación oculta: la situación socioeconómica	775
IV.	LOS PROCESOS DE SELECCIÓN, LAS TIC, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DISCRIMINACIÓN	778
V.	UNA PROPUESTA DE PRESENTE Y DE FUTURO	780
VI.	CONCLUSIONES	785
VII.	BIBLIOGRAFÍA	786

Capítulo 21. La protección del aspecto físico en la relación laboral..... 789

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

I.	«ASPECTISMO», CAPITAL ESTÉTICO Y DISCRIMINACIÓN	789
II.	PERCEPCIÓN Y EXPERIENCIA DEL ASPECTO FÍSICO COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA	791
III.	PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	792
IV.	CONFLICTOS RELACIONADOS CON EL ASPECTO FÍSICO EN EL ÁMBITO LABORAL: EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN, LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LIBERTAD DE EMPRESA	799
4.1.	La apariencia física en el acceso al empleo	800
4.2.	La imagen como condición de trabajo.....	801

4.3.	El impacto del aspecto físico en el desarrollo de la carrera profesional: el fenómeno de la «beauty premium»	802
4.4.	Posibles implicaciones de la imagen desde la perspectiva de la salud de los trabajadores	804
V.	EL ASPECTO FÍSICO COMO PARTE DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN TRADICIONALES. REFERENCIA A LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE	805
VI.	EL AMPARO DE DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO FRENO AL «ASPECTISMO»	812
VII.	PROPUESTAS PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN POR «ASPECTISMO»: PROPUESTAS INTERNAS Y DE DERECHO COMPARADO Y SU ADECUACIÓN AL CONTEXTO ACTUAL	816
VIII.	CONCLUSIONES: LEGISLAR O NO LEGISLAR	819
IX.	BIBLIOGRAFÍA	822

Capítulo 22. La no discriminación de los trabajadores por cuenta ajena por sus ideas políticas..... 827

SANTOS MANUEL CAVERO LÓPEZ

I.	EL ALCANCE DE LA CAUSA DE DISCRIMINACIÓN POR IDEAS POLÍTICAS EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA	829
1.1.	La discriminación por ideas políticas en el trabajo por cuenta ajena.....	829
1.2.	Análisis de la doctrina europea, constitucional y jurisprudencial...	839
II.	MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN POR IDEAS POLÍTICAS EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA.....	845
2.1.	Medidas para combatir la discriminación	846
2.2.	Las medidas de acción positiva	846
2.3.	Medidas de acción positiva para combatir la discriminación por ideas políticas en el trabajo por cuenta ajena.....	849
III.	BUENAS PRÁCTICAS EN CONVENIOS COLECTIVOS.....	849
3.1.	Identificación de buenas prácticas en convenios colectivos.....	850
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	856
V.	BIBLIOGRAFÍA	858

Capítulo 23. ¿Qué es y para qué sirve el gestor/a de inclusión laboral?

Análisis de la Ley n° 21.275	861
---	------------

FRANCISCO CORTÉS GONZÁLEZ.

I. INTRODUCCIÓN.....	861
II. LEGISLACIÓN CHILENA EN TORNO A LA INCLUSIÓN LABORAL ...	863
III. LEY N° 20.422.....	864
IV. LEY N° 21.015.....	864
V. LEY N° 21.275.....	865
VI. EL/LA GESTOR/A DE INCLUSIÓN LABORAL.....	866
VII. CONCEPTOS BÁSICOS.....	869
VIII. CONCLUSIONES	871
IX. BIBLIOGRAFÍA	871
X. WEBGRAFÍA	872
XI. ANEXO LEGISLATIVO.....	872

Capítulo 24. El derecho a la no discriminación por haber ejercido el trabajador algunas opciones de privacidad en el ámbito del contrato de trabajo

875

RODRIGO CRISTIÁN MÉNDEZ FILLEUL

I. INTRODUCCIÓN.....	875
II. DE LOS NUEVOS ESPACIOS DE ACTUACIÓN DE LAS PERSONAS EN GENERAL Y DE LAS QUE TRABAJAN EN PARTICULAR.....	877
III. LA EXTENSIÓN DE LOS ESPACIOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO	879
IV. EL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES, EN SU RELACIÓN CON EL PODER DE CONTROL Y ADMINISTRACIÓN DEL EMPLEADOR ...	882
4.1. De la nueva dinámica empresarial	882
4.2. De la participación de los trabajadores en las facultades de administración del empleador	885
V. LAS ZONAS DE RESERVA COMO VALLADAR DE PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS Y LAS FACULTADES DERIVADAS	887

VI.	DEL JUEGO DE FACULTADES EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRABAJO	889
6.1.	El reforzamiento de la relación de dependencia	889
6.2.	El rol del consentimiento del trabajador ante la decisión empresarial	891
VII.	MANIFESTACIONES DISCRIMINATORIAS EN EL AMBITO DE RESERVA DEL TRABAJADOR.....	894
7.1.	De la discriminación por efecto	894
7.2.	Del efecto discriminatorio derivado de avanzar por sobre el espacio de reserva del trabajador	897
7.3.	Discriminación algorítmica, desde la óptica de la protección de los datos personales de los trabajadores	900
VIII.	ALGUNAS REFLEXIONES FINALES	904
IX.	BIBLIOGRAFÍA	906

Capítulo 25. Estrategias específicas de Seguridad Social que han promovido o promueven la igualdad de prestaciones entre ambos sexos..... 909

JUAN MÉJICA GARCÍA

I.	INTRODUCCIÓN.....	909
II.	LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL CRITERIO INTERPRETATIVO DE LOS TRIBUNALES COMO MECANISMOS PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL	911
III.	LOS DATOS ESTADÍSTICOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA. TABLAS Y GRÁFICAS CON NOTAS EXPLICATIVAS	914
IV.	ALGUNAS SITUACIONES DE DISCRIMINACIÓN PRESTACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL QUE HAN RESULTADO ACTUALIZADAS.....	918
4.1.	Aclaración previa	918
4.2.	Modalidades habituales de discriminación en la protección social	919

V.	MANIFESTACIONES DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA ASOCIADOS A LOS ROLES DE GÉNERO. ACTUACIONES DEL LEGISLADOR Y/O DEL ÓRGANO JUDICIAL PARA CORREGIR LA NORMATIVA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	930
5.1.	Precariedad en el presente y para el futuro de las trabajadoras contratadas para el servicio del hogar familiar	931
5.2.	Medida por la que la jornada a tiempo parcial se equipara con la jornada completa a efectos de cotización	932
5.3.	La prestación por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante y las cotizaciones asimiladas por parto, cuidado de hijos o menores, o para los supuestos de violencia de género y otros	932
5.4.	El controvertido derecho a la prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor al progenitor monoparental.....	934
VI.	CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS	935
VII.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	937

Capítulo 26. Abordando la brecha de promoción de género en España: mujeres e invisibilidad en el contexto del teletrabajo

EKATERINA REZNIKOVA

I.	INTRODUCCION.....	939
II.	EL PANORAMA BREVE DE TELETRABAJO EN ESPAÑA.....	941
III.	AVANCE PROFESIONAL Y PROMOCIÓN LABORAL EN EL CONTEXTO DE TELETRABAJO	943
IV.	METODOLOGIA.....	945
V.	PERCEPCIONES INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORAS: INCAPACIDAD PARA LA INCLUSIVIDAD EN LA CULTURA CORPORATIVA.....	946
VI.	PRÁCTICA DE TELETRABAJO: SEGREGACIÓN Y DISCRIMINACIÓN RELACIONADAS	949
VII.	SALUD MENTAL Y EL COSTO DEL ESTANCAMIENTO PROFESIONAL	951
VIII.	CONCLUSIONES	953
IX.	RECOMENDACIONES	956
X.	BIBLIOGRAFIA	959

Capítulo 27. ¿Cómo adaptamos con «ajustes razonables» el puesto de trabajo a la persona con discapacidad? 963

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	963
II.	AJUSTES RAZONABLES: NORMATIVAS Y CONVENCIONES	966
	2.1. Los ajustes razonables como garantía para las personas trabajadoras con discapacidad.....	972
	2.2. Adaptación del puesto de trabajo	976
	2.3. Impacto de los ajustes razonables como carga excesiva para la empresa	978
	2.4. La necesidad de actuación de la Inspección de Trabajo para la efectividad de los ajustes razonables	981
III.	HACIA UNA CULTURA LABORAL INCLUSIVA.....	984
	3.1. El alcance del art. 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores	984
	3.2. El conveniente desarrollo reglamentario de los ajustes razonables	987
IV.	CONSIDERACIONES FINALES	989
V.	BIBLIOGRAFÍA	991

Capítulo 28. Las aportaciones a la mutualidad laboral de la banca para el IRPF, ¿son motivo de discriminación en el trabajo? las consecuencias prácticas tras el fallo de la STS 707/2023, de 28 de febrero 995

EDRIGA ARANBURU AGIRRE

I.	INTRODUCCIÓN.....	995
II.	LOS HECHOS Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	997
III.	LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES PREVIA A LA STS DE 2023	1000
	3.1. Consultas Vinculantes de La Dirección General de Tributos.....	1000
	3.2. Las Resoluciones del TEAC	1002
	3.3. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo	1005
IV.	LA CONFIGURACIÓN DEL IRPF Y LAS PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	1007
	4.1. Las cotizaciones a la Seguridad Social	1008

4.2. Las rentas del trabajo en el IRPF	1010
V. LA DOBLE IMPOSICIÓN COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL.....	1012
VI. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA STS DE 28 DE FEBRERO DE 2023 Y LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS	1015
VII. CONCLUSIONES	1019
VIII. BIBLIOGRAFÍA	1020
IX. LEGISLACIÓN.....	1020
X. JURISPRUDENCIA.....	1021
XI. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS	1021

Capítulo 29. Discriminación en el ámbito laboral: la discapacidad, la enfermedad y el estado de salud

1023

JUAN PABLO IBAÑEZ GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN.....	1023
II. LA DISCAPACIDAD, LA ENFERMEDAD Y EL ESTADO DE SALUD COMO TRES REALIDADES QUE CONFLUYEN.....	1026
2.1. El concepto jurídico de discapacidad	1027
2.2. El concepto jurídico de enfermedad, salud o estado de salud.....	1028
III. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD, ENFERMEDAD O ESTA- DO DE SALUD DEL TRABAJADOR: DETECCIÓN, PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN.....	1030
3.1. Medidas preventivas de situaciones discriminatorias por razón de discapacidad, enfermedad o estado de salud del trabajador	1032
3.2. Medidas correctivas de situaciones de discriminación del tra- bajador por razón de discapacidad, enfermedad o estado de salud.....	1036
3.3. Otros mecanismos de tutela aplicables a situaciones de discri- minación por discapacidad, enfermedad o estado de salud de trabajadores	1037
IV. DISCRIMINACIÓN DEL TRABAJADOR POR RAZÓN DE SU DIS- CAPACIDAD O ENFERMEDAD EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	1038

4.1.	La eventual infracción del artículo 14 de la Constitución española en caso de aplicación del artículo 194 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social	1043
4.2.	Efectos de la ratificación de disposiciones convencionales en materia de derechos humanos en relación con la aplicación no discriminatoria del artículo 194 TRLGSS	1044
4.3.	Discriminación de colectivos de trabajadores por razón de discapacidad o enfermedad. Examen crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al acceso a la incapacidad permanente de trabajadores afectados por ceguera ..	1046
V.	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	1050
VI.	BIBLIOGRAFÍA	1051
VII.	JURISPRUDENCIA	1053

Capítulo 30. ¿Son discriminatorias las prestaciones de incapacidad temporal directamente vinculadas a la situación de gestación? Especial referencia al personal estatutario	1055
---	-------------

LIDIA DE LA IGLESIA AZA

I.	INTRODUCCIÓN	1055
II.	PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y RIESGO DURANTE EL EMBARAZO	1058
III.	SITUACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO GESTANTE	1063
IV.	ESTUDIO DE CASO	1066
V.	SOLUCIÓN INTERPRETATIVA Y SOLUCION NEGOCIADA	1068
VI.	CONCLUSIONES	1074
VII.	BIBLIOGRAFÍA	1077

Capítulo 17.

Las características genéticas, ¿rasgo protegido por el derecho a no ser discriminado?

BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ

*Investigadora predoctoral
Universidad Pontificia Comillas, Madrid
bsanchezg@comillas.edu*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como tema principal el estudio de la posibilidad de que las características genéticas sean tratadas jurídicamente como causa de discriminación. Es un tema que discurre desde el corazón del Derecho constitucional, por cuanto tiene por objeto el estudio del alcance y de los límites de un derecho fundamental como es el caso del derecho a no ser discriminado, y que a su vez se adentra en cada una de las diferentes áreas del derecho, pues es allí donde la discriminación puede darse. En efecto, el ámbito laboral es uno de ellas. Sin embargo, esta investigación no pretende hacer una exhaustiva explicación de los riesgos discriminatorios que supone el cada vez más fácil acceso a la información genética. Tampoco va detenerse en proponer y explicar los efectos de una regulación antidiscriminatoria que abordase esta causa en el marco de las relaciones laborales. El propósito de este texto es otro mucho más concreto: valorar si las características genéticas *per se* han de ser una causa de discriminación amparada por el derecho antidiscriminatorio.

Para poder dar una respuesta lo suficientemente argumentada a la cuestión que se plantea es necesario abordar previamente algunos aspectos relacionados con la genética y la discriminación. En primer lugar, de manera

sucinta se explicará qué es la genética y qué tipo de información puede ofrecernos, seguido de una breve exposición que discernirá entre el progreso que han traído los avances en biomedicina y entre el mayor riesgo en la vulneración de derechos humanos que ha provocado.

En este trabajo, en concreto, vamos a situar al derecho a no ser discriminado en el punto de mira. Por ello, en un posterior apartado explicaremos su relación con el principio de igualdad, su contenido material, los sujetos a los que obliga y el ámbito subjetivo de aplicación. Precisamente, a esta última temática merece la pena dedicar una mayor atención, ya que en la determinación de su ámbito personal aplicativo reside la respuesta a si las circunstancias genéticas han de formar parte del mismo. Asimismo, se hará un recorrido histórico acerca de la regulación jurídica existente en la materia desde el plano internacional, comunitario y nacional. El último paso en el reconocimiento de las características genéticas como causa de discriminación se ha dado en el ámbito nacional por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹, ley que inevitablemente cobra una importancia destacable en este asunto.

II. ¿QUÉ ES LA INFORMACIÓN GENÉTICA Y QUÉ RELACIÓN TIENE CON EL ESTADO DE SALUD DE UNA PERSONA?

Los avances en la ciencia médica han permitido incrementar el grado de conocimiento acerca de la genética humana. Todas las células de cada individuo comparten un mismo material genético que se almacena en las moléculas de ADN de sus cromosomas. Los genes son secciones pequeñas de la larga cadena de ADN, constituyen las unidades básicas de información que determinan nuestros rasgos, y se transmiten de generación en generación, es decir, de padres a hijos. Entre los años 1990 y 2003 se llevó a cabo el Proyecto Genoma Humano, mediante la colaboración a nivel internacional de diversos centros de investigación, con el objeto de incrementar el conocimiento en materia genética. Gracias a sus resultados, se pudo cartografiar la secuencia del ADN de los seres humanos, estimándose que en cada célula humana hay aproximadamente 30.000 genes diferentes. Las conclusiones de este estudio, hasta ahora sin precedente, sentaron las bases para futuras investigaciones que pueden suponer grandes avances en medicina, biología, farmacia u otras áreas científicas relacionadas con la salud de las personas.

1 BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

La lectura de la información genética revela importantes datos acerca de las características que tendrá una persona, como su personalidad, su aspecto físico, o incluso sus características patológicas. Así, el estudio del genoma humano es un potente instrumento científico por su carácter predictivo que puede servir para anticipar el desarrollo de enfermedades, evitando su aparición, o si esto no fuese posible, controlando y minimizando sus efectos.

Muchos genes juntos constituyen los cromosomas y cada ser humano hereda dos grupos de cromosomas, uno de cada progenitor, y por este motivo todas las personas tienen dos copias de cada gen. Los cromosomas se encuentran en el interior del núcleo de las células y en ellos el ADN está conformado por una doble hélice constituida por un par de moléculas emparejadas. Estas moléculas se denominan bases nitrogenadas y son cuatro que siempre se acoplan así: la base adenina con la timina y la base guanina con la citosina. El genotipo es el conjunto de genes, junto con su información genética, que conforman a una persona, o un individuo, de cada especie. El fenotipo es la expresión del genotipo y, por tanto, trata de la interpretación física del material genético de una persona, pero ya condicionada por los factores externos que se den en cada contexto. Ejemplos de fenotipo son el color y la forma de los ojos, la altura o la complexión física, entre otros.

El estudio del genoma humano consiste en la identificación de la secuenciación de las bases nitrogenadas en la doble hélice de la molécula de ADN de los cromosomas. La existencia de alteraciones o mutaciones en la secuenciación de los elementos nitrogenados indica la probabilidad de que el sujeto padezca alguna anomalía o patología. Si esta mutación aparece en los cromosomas de las células germinales (sexuales) se trata de alteraciones genéticas heredables que se transmiten de generación en generación. Si la mutación es dominante, basta que sea transmitida en los cromosomas de un solo progenitor para que sus efectos se manifiesten en el fenotipo de la persona descendiente. Sin embargo, si la mutación es recesiva se requiere que la misma sea transmitida en los cromosomas germinales de los dos progenitores para que se pueda manifestar en el fenotipo del descendiente. Por ejemplo, el color azul de los ojos es una mutación recesiva y si un descendiente tiene ojos azules se debe a que los genes del padre y de la madre poseen esta mutación, pero si no está presente en uno de los dos progenitores el descendiente no tendrá ojos azules.

Las enfermedades genéticas son una consecuencia de la alteración, o mutación, de uno o varios genes y pueden ser hereditarias o no. Serán hereditarias si la alteración se encuentra en las células germinales, esto es, en los óvulos o en los espermatozoides, de la persona afectada. Una enfermedad genética heredable, tanto si tiene carácter dominante como recesivo, conlleva un alto riesgo de manifestarse en el individuo que porta el genotipo alterado, ya que

el desarrollo de la misma depende también de una serie de circunstancias relativas al entorno. En definitiva, y de forma simplificada, podemos resumir que el desarrollo de las enfermedades genéticas, heredables o no, depende de tres situaciones: i) de si se trata de una enfermedad ligada al sexo; ii) de si el gen portador posee un carácter dominante o recesivo; y iii) de la confluencia de factores ambientales o de contexto².

Analicemos el caso de una enfermedad ligada al sexo. La especie humana tiene veintitrés (23) pares de cromosomas, lo que hace un total de cuarenta y seis (46) cromosomas. El par 23 son los cromosomas sexuales. Las mujeres tienen este par constituido por dos cromosomas X (XX), y los hombres tienen un cromosoma X y otro Y (XY). Uno de los cromosomas X de las mujeres se inactiva para asegurar que, al igual que ocurre con los hombres, solo hay una copia funcional del cromosoma X en cada célula. El cromosoma Y, más pequeño que el X, contiene los genes que determinan el sexo masculino, así como algunos otros genes. El cromosoma X, por el contrario, es mucho más grande y contiene más genes que el Y. Muchos de los genes del cromosoma X tienen funciones ajenas a la determinación sexual y no tienen equivalencia en el cromosoma Y. En los hombres, al no haber un segundo cromosoma X, los genes específicos del cromosoma X no están emparejados y prácticamente todos se expresan. Por este motivo, los hombres son mucho más propensos a presentar enfermedades genéticas ligadas al sexo, siendo una de ellas la hemofilia, pero también lo son la ceguera, la distrofia muscular de Duchenne o el síndrome del X frágil³. La razón que explica que los varones desarrollen con mayor frecuencia este tipo de patologías es fácilmente comprensible, pues reside en el hecho de que ellos heredan una sola copia del cromosoma X, que tiene una carga genética que no está presente en el cromosoma Y. Así, la práctica totalidad de las mutaciones que se den en este cromosoma se desarrollarán a diferencia de lo que ocurre en el caso femenino, pues al heredar dos cromosomas X existe la posibilidad de que la patología que causa dicha mutación, si es recesiva, no se desarrolle porque uno de los cromosomas X queda inactivado, aunque sí pueda ser transmitida a su descendencia⁴.

El segundo escenario de desarrollo de una enfermedad genética se debe a la presencia de alguna anomalía cromosómica que cause mutaciones en los genes y en sus estructuras. En algunos casos dichas anomalías pueden desarrollarse a lo largo de la vida de una persona, pero lo más frecuente es que se deba a un carácter transmitido por la carga genética hereditaria. Para que

² JIMÉNEZ GONZÁLEZ, 2020.

³ Gran parte de la información de este apartado ha sido extraída de National Human Genome Research Institute, www.genome.gov/es/genetics-glossary/.

⁴ FEDERACIÓN MUNDIAL DE HEMOFILIA, *Mujeres y niñas con hemofilia*, Canadá, 2023. Disponible en www.wfh.org

una mutación genética se manifieste es necesario, entre otros, que en los dos pares de cromosomas haya una alteración en la secuencia de las bases que conforman un gen. Si la alteración de las bases del gen solo afecta a uno de los dos pares de cromosomas, entonces la enfermedad tendrá un 50% de posibilidades de manifestarse, dependiendo del carácter dominante o recesivo del gen. Aunque dicha afección nunca llegue a manifestarse en una patología concreta sí puede ser transmitida a la descendencia si la alteración ocurre en las células germinales o sexuales, haciendo que quien posee dicha mutación genética sea una persona portadora y pueda transmitirla a sus descendientes en los que sí es posible que la enfermedad se manifieste.

En tercer y último lugar debemos referirnos a todas aquellas patologías que se deben a una alteración o defecto genético que no sigue ninguno de los patrones explicados anteriormente, porque dependen de múltiples factores de difícil determinación. Puede concluirse que hay ciertos comportamientos que suponen un mayor riesgo para el desarrollo de anomalías genéticas, o para que las anomalías genéticas se manifiesten en enfermedades concretas. El consumo de alcohol y tabaco, la vida sedentaria, la exposición a agentes químicos como el plomo o a la radiación, son ejemplos de conductas que pueden favorecer al desarrollo de cambios en los genes y consecuentemente a enfermedades. En algunos casos, estas enfermedades se desarrollarán inevitablemente. En otros casos, su desarrollo es una cuestión de probabilidad⁵. No obstante, la carga genética de una persona es inmutable, por eso el estudio y análisis genético puede resultar de gran utilidad en la prevención y control de una patología. El abaratamiento de los costes de estos exámenes ha propiciado su generalización y su uso con una finalidad mercantil y no solo médica⁶, incrementando así el riesgo de que, como se explicará a continuación, los derechos fundamentales de los afectados se vean vulnerados.

III. EL DERECHO ANTE LOS RIESGOS JURÍDICOS QUE SUPONEN LOS AVANCES EN GENÉTICA

3.1. IDEAS GENERALES

Como así ha venido ocurriendo a lo largo de la historia, a medida que se producían nuevos avances tecnológicos o descubrimientos que pudiesen

⁵ VIDAL GALLARDO, 2010: 140.

⁶ MARTÍNEZ OTERO, 2017: 237.

introducir cambios en la sociedad, el derecho ha tenido que adaptarse y evolucionar para dar una respuesta adecuada a situaciones que hasta entonces no había previsto. La biomedicina y la ciencia genética es una importante área que demanda una respuesta jurídica a la altura, capaz de regular los problemas que puedan surgir vinculados a esta ya considerada como todo una *revolución científica*⁷. Sin embargo, esta respuesta jurídica no siempre es fácil de elaborar, pues a menudo supone hacer que el Derecho interceda entre cuestiones tecnológicas a la vez que éticas, cuyos presupuestos son muchas veces antagónicos entre sí.

En cualquier caso, hay que afirmar que el desarrollo científico ha supuesto innumerables beneficios sociales que repercuten en la mejora de la calidad de vida de las personas, propiciado principalmente por un mayor control de las enfermedades lo que conlleva un aumento de la esperanza de vida. Empero, este desarrollo también puede convertirse en un riesgo para el bienestar de la sociedad y sus individuos ya que el respeto a sus derechos humanos puede quedar comprometido fruto del nuevo contexto que el desarrollo biomédico ha brindado, de manera que, para garantizar su eficacia, se haga necesario una relectura del contenido de cada uno de estos derechos que los adecue a los nuevos escenarios donde serán ejercitados⁸.

De la mano de la reflexión ética que acompaña a los avances científicos y tecnológicos surge la bioética y el derecho ético o bioderecho que, en contraposición al pensamiento técnico, invitan a hacer una reflexión más humanística, que sitúe a la protección de los derechos humanos en el epicentro de sus postulados⁹. Para configurar un cuerpo normativo aplicable al desarrollo científico, primero es necesario identificar los problemas jurídicos que puedan aparecer en dicho ámbito¹⁰. En este sentido, son temas de actualidad los debates que entremezclan cuestiones morales y jurídicos alrededor del uso de la técnica de gestación por sustitución, el aborto eugenésico, el almacenamiento y tratamiento de cantidades masivas de datos genéticos o la elección de características genética en embriones.

Aunque por el momento se han dedicado menos recursos a su estudio, pero sin ser por ello menos importante, la biomedicina y en qué medida sus avances han de ser considerados como todo un riesgo para la garantía derecho a no ser discriminado, es una muy importante problemática jurídica¹¹. La lectura de los genes puede sacar a la luz una gran cantidad de información

7 OLIVA BLÁZQUEZ, 2007: 144.

8 PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1994: 202.

9 DÍAZ REVORIO, 2008: 100.

10 VALDÉS, 2015: 144.

11 DE PAOR; FERRI, 2015: 16.

relacionada con las características personales de los individuos afectados¹², información que puede ser indebidamente usada para servir a fines discriminatorios. En pocas palabras, se puede concluir que la discriminación genética es el resultado de otorgar un tratamiento diferenciado, con consecuencias negativas y sin justificación alguna, a una persona basándose únicamente en sus características genéticas.

El primer paso para evitar la discriminación por razones genéticas pasa por la elaboración de un régimen jurídico adecuado para el tratamiento de esta información, que sea capaz de preservar el derecho a la intimidad y a la protección de datos de sus titulares¹³. En esta tarea destaca la primigenia laboral del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ya en la STEDH, de 4 de diciembre de 2008, *S. y Marper*, núm. Reino Unido (núm. 30562/04 y núm. 30566/04), el TEDH explicó que la información que puede extraerse del ADN forma parte del ámbito íntimo y privado del individuo y por ello está bajo la protección del art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al respeto de la vida privada. Entre otras cosas, razona que esto se debe a su vinculación con la información relativa al estado de salud de cada persona. Con anterioridad, en la STEDH, de 25 de febrero de 1997, *Z. v. Finlandia*, (núm. 22009/93), y otras, referidas a datos relativos a la salud revelados en el marco de un proceso judicial, ya había considerado la información genética como propia de la esfera privada, reservada de intromisiones de terceros.

Posteriormente, el legislador de la UE (Unión Europea) que ha elaborado una cuidadosa regulación en materia de tratamiento de datos personales¹⁴, define los datos genéticos de la siguiente manera: «los datos personales relacionados con características genéticas, heredadas o adquiridas, de una persona física, provenientes del análisis de una muestra biológica de la persona física en cuestión, en particular a través de un análisis cromosómico, un análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o del análisis de cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente». Reconoce a los datos genéticos un régimen jurídico de mayor protección al considerarlo como parte de la categoría de datos personales especialmente sensibles, como resultado de la vulneración de derechos como la intimidad o la no discriminación que pueden derivarse de su tratamiento ilegítimo o injustificado¹⁵.

12 RUIZ MIGUEL, 2001: 15.

13 VIDAL GALLARDO, 2019:128-129.

14 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

15 SIERRA HERNÁIZ, 2021: 56.

3.2. EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES EN PARTICULAR

La jerarquía entre empleado y empleador propia de las relaciones laborales hace que el ámbito del empleo se caracterice por convertir a trabajadores y a futuros trabajadores en sujetos especialmente vulnerables a sufrir un trato discriminatorio. Esta situación se incrementa con la mayor posibilidad de disponer información relativa a sus características genéticas¹⁶. El empresario posee interés en conocer cuanta más información sea posible de sus trabajadores o potenciales trabajadores con el fin de tomar las decisiones que mejor contribuyan a mejorar la productividad empresarial a la para que reduzcan los costes económicos¹⁷.

Por un lado, la genética aporta datos sobre la personalidad del trabajador, sus aptitudes o habilidades; por otro, es un potente indicador de su estado de salud y de la predisposición a sufrir enfermedades. En la medida en que el estado de salud del trabajador incide en su capacidad para desempeñar la prestación laboral, las características genéticas pueden ser de gran utilidad para ayudar a adoptar decisiones de contratación o de mantenimiento del empleo. La enfermedad de un trabajador supone un coste organizativo y económico que ha de ser asumido en gran medida por el empresario, y que por ello intentará reducir a toda costa. Por esta razón, tanto en la selección de trabajadores como en el trascurso de la relación laboral existe interés en someter a los trabajadores a pruebas genéticas periódicas que sirvan como criterio para la adopción de decisiones empresariales.

Sin embargo, la toma de decisiones laborales únicamente basadas en los resultados que proporcionan los test genéticos puede estigmatizar y marginar a las personas que presentan una secuenciación del ADN alejada de lo que se considera *normal*, y en consecuencia convertirlas en víctimas de un trato discriminatorio. Excepcionalmente, y sin ánimo de desviar el tema principal de este trabajo, se debe recordar que la prohibición de discriminación no es absoluta y puede haber supuestos en los que sí estaría justificada la realización de pruebas genéticas, como ocurre en los casos en los que exista un riesgo grave para el trabajador o para terceras personas¹⁸.

Ahora bien, como venimos diciendo, el Derecho no siempre está preparado para proveer de una respuesta jurídica adecuada a las vulneraciones de derechos que puedan darse. En las siguientes páginas, estudiaremos los instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, que proscriben la discriminación para determinar cuáles pueden aplicarse a aquellos casos en los que se

16 GREELY, 2001:1490. VIDAL GALLARDO, 2010: 129.

17 LEMMES, 1997: 58.

18 VIDAL GALLARDO, 2010: 143.

produzca una discriminación basada en la información genética. Asimismo, se intentará responder a la pregunta de si las características genéticas están adecuadamente protegidas por el derecho a no ser discriminado, o si, por el contrario, este último debiese ser reformulado.

IV. CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

En repetidas ocasiones se ha alertado de que los avances en materia genética potencialmente afectan al derecho a no ser discriminado. Pero, ¿qué contenido material tiene exactamente el derecho a no ser discriminado? A menudo, una imprecisión en el uso hace que se confundan los términos de igualdad, diferenciación o discriminación, dificultado la delimitación conceptual de cada uno¹⁹. Por esta razón, y para afirmar o desmentir con rigor si el conocimiento de las características genéticas de una persona supone un riesgo para la garantía de su derecho a la no discriminación que merezca ser tutelado, es imprescindible entender el contenido y ámbito de aplicación de este derecho.

4.1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

El derecho a no ser discriminado se configura como un derecho autónomo, individual e independiente, que representa la máxima manifestación jurídica del principio de igualdad. Desde las revoluciones liberales del siglo XVII, este principio se consolida como elemento rector en Estados moderno y democrático. Todo ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional, está impregnado por los postulados del principio de igualdad, desempeñando así un doble papel: como principal método de control de la actuación de los poderes públicos y a su vez como guía para dirigir su actuación²⁰.

El contenido clásico de este principio se identifica con la máxima aristotélica de «tratar lo igual por igual», hoy conocido como igualdad formal. La igualdad substantiva, también llamada igualdad material o de oportunidades, ha superado y complementado esta tradicional noción²¹. La igualdad substantiva posee unos objetivos más ambiciosos, que todo Estado Social y de Derecho, como el caso de España o en su caso de la UE, como organización

19 ÁLVAREZ ALONSO, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2006: 1001.

20 REY MARTÍNEZ, 2011: 169.

21 DÍAZ REVORIO, 2017: 29; REY MARTÍNEZ, 2011: 169.

supranacional, pretenden alcanzar²², ya que trasciende del mero plano jurídico hasta la realidad de los ciudadanos, pues tiene que ver con el equilibrio de recursos y bienes económicos²³.

En la Constitución española (CE), en la primera parte del artículo 14, «los españoles son iguales ante la ley», queda consagrada la igualdad formal. La igualdad substantiva, como mandato de los poderes públicos, queda recogida en artículo 9.2 de la misma, «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas (...)». En los tratados originarios de la UE son reiteradas las referencias a la igualdad como valor y objetivo, destacando el artículo 2 del Tratado de la UE (TUE) que indica que la «la Unión se fundamenta en valores de respeto de la dignidad humana, libertad democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos (...)» y el artículo 3.3 TUE que señala que «la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño».

El principio de igualdad vincula a los poderes públicos, que serán los obligados a proveer a los ciudadanos de un trato igual, o lo que es lo mismo, un trato que en caso de ser diferenciado se base en criterios de distinción jurídicamente admisibles²⁴. Paulatinamente la noción de igualdad se ha ido haciendo más sofisticada y compleja a efectos de lograr su fin último que, no es otro que acabar con las diferencias existentes entre distintos grupos sociales²⁵. La noción formal de igualdad y su mero reconocimiento jurídico ha resultado insuficiente para lograr su objetivo, ya que puede comprobarse que las diferencias entre distintos colectivos de personas se han mantenido. Esto se debe a que la sociedad está compuesta por una compleja estructura de relaciones de poder entre grupos sociales basada en perjuicios, estereotipos y estigmas, cuya erradicación requiere de una mayor intervención legislativa²⁶.

Es en este contexto donde debe entenderse el derecho a no ser discriminado. Como de su nombre puede deducirse, proscribire la discriminación que pueda una persona experimentar a nivel individual, aunque se deba a razones propias del imaginario colectivo. Los individuos particulares pueden exigir frente a los poderes públicos el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Sin embargo, la prohibición de discriminación supone una igualdad de trato cualificada pues alcanza a las relaciones *inter privados*. Además, exige una

22 C. BARNARD; B. HEPPLÉ, 2000.

23 CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, 2005: 194.

24 REY MARTÍNEZ, 2011: 170.

25 FREDMAN, 2016: 713-715.

26 BARRÈRE UNZUETA; MORONDO TARAMUNDI, 2011.

interpretación mucho más estricta de la justificación de la diferencia de trato que reciben los sujetos a los que ampara²⁷, pues se sustenta en la idea de que los criterios aparentemente empleados para tal distinción reciben la calificación de odiosos lo que les hace especialmente reprochables, ya que han sido causa de marginación de determinados grupos de persona en las sociedades, constituyendo una segregación social, hoy inadmisibles. Así, discriminar puede definirse como «tratar a una persona (o a un grupo) de una manera no solo diferente, sino inferior a la que debería corresponderle, normalmente en base a una condición o circunstancia personal o a la pertenencia de la misma a una minoría o a un colectivo tradicionalmente preterido²⁸».

El artículo 14 CE, en su segundo inciso, recoge la prohibición de discriminación en los siguientes términos: «[los españoles son iguales ante la ley] sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La naturaleza jurídica de este derecho ha sido objeto de estudio por la doctrina en numerosas ocasiones, y aunque hay algunas opiniones contradictorias, mayoritariamente se reconoce su carácter de derecho fundamental²⁹, tanto por la academia, como por el Tribunal Constitucional (TC) interprete supremo de la CE³⁰.

En contraposición, en el marco jurídico de la UE no puede afirmarse que exista un derecho fundamental a no ser discriminado, aunque sí lo hay en lo que se refiere a la igualdad retributiva por razón de sexo, *ex* 157 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la UE). El artículo 19 TUE se refiere a la prohibición de discriminación por razón de sexo, origen racial, edad, orientación sexual, discapacidad y convicciones, pero de su redacción no puede deducirse que exista un derecho directamente aplicable entre particulares. Lo que concede es una «competencia comunitaria en un tema en el que prácticamente deja total libertad de desarrollo a las instituciones comunitarias³¹», competencia que se ha materializado en la aprobación de las Directivas antidiscriminatorias que tendremos ocasión de comentar.

4.2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

Tal y como hemos explicado, discriminar posee un sentido jurídico estricto, más específico que la mera distinción o diferenciación entre sujetos.

27 FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2018: 353-354.

28 DÍAZ REVORIO, 2017: 45.

29 APARISI MIRALLES, 1996-1997.

30 STC 142/1985, de 23 de octubre.

31 BALLESTER PASTOR, 2011: 210.

Para su regulación jurídica, y en concreto para la determinación de su ámbito de aplicación subjetiva, el legislador ha optado por enumerar circunstancias o características personales que determinan la individualización de diferentes grupos sociales socialmente estigmatizados, merecedores por ende de dicha elevada tutela. Podemos decir que es un derecho estrechamente vinculado al contexto social en el que se desarrolla, ya que uno de los factores decisivos en la tarea de su regulación es la elección de los rasgos a proteger³². Normalmente ello tendrá que ver con una cuestión política y con la ideología imperante en cada momento³³, y con la capacidad de ejercer presión que cada uno de estos grupos sociales exhiba. No obstante, el legislador nunca ha pretendido otorgar este derecho a cualquier diferencia de trato, sino únicamente a aquellos grupos caracterizados por un rasgo que «según la experiencia histórica, son víctimas de una profunda y arraigada discriminación, marginación u hostilidad sociales³⁴».

Rasgos como el sexo o el origen racial son hoy universalmente considerados como parte del ámbito subjetivo de este derecho, y así lo demuestra el hecho de que la práctica totalidad de instrumentos jurídicos que recogen el derecho a no ser discriminado se refieran a ellos. A este núcleo de causas tradicional se han adicionado otras que también cuentan con un alto grado de aceptación como causa de discriminación, aunque su recorrido jurídico no alcance un nivel de desarrollo tan perfeccionado en comparación con el sexo o el origen racial³⁵, como es el caso de la edad, la orientación sexual, o la discapacidad. Desde el año 2000, momento en el que se aprobaron las Directivas antidiscriminatorias europeas, éstos son motivos protegidos por el derecho de la UE así como por los Estados miembros. Sin embargo, incidimos en la idea de que estas causas de discriminación de reconocimiento más reciente cuentan con un menor arraigo jurídico, están poco consolidadas y su régimen legal tiene un carácter flexible, marcado por la presencia de un amplio número de situaciones excepcionales que justificarían al diferencio de trato por estos motivos³⁶.

Como el derecho a no ser discriminado es un derecho dinámico y en constante evolución, que depende de los contextos sociales en los que se desarrolla, podemos observar como el legislador se ha referido a causas nuevas, nuevas en lo que se refiere a su reconocimiento jurídico, pero no en lo que respecta a su carácter innovador como causa de discriminación, pues suele ocurrir que han estado presentes en la sociedad desde tiempo atrás,

32 REY MARTÍNEZ, 2011: 173.

33 CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, 2005: 195.

34 REY MARTÍNEZ, 2011: 174.

35 SCHIEK, 2016: 33-34.

36 HOWARD, 2009.

pero, al estar tan arraigadas, han pasado desapercibidas. A modo de ejemplo, podemos destacar que España ha prestado especial atención a las cuestiones relacionadas con la identidad o expresión de género y así se refleja en la Ley 15/2022 o en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales)³⁷. La situación socioeconómica (art. 2 Ley 15/2022) o el patrimonio que posee una persona (art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, CDFUE) son otro ejemplo de una circunstancia personal prácticamente inexplorada por el derecho que pretende acabar con la *aporofobia* o el fenómeno social de rechazo hacia la pobreza³⁸. Por último, puede hablarse de la creación jurisprudencial de otras categorías susceptibles de quedar amparadas por el derecho a no ser discriminado, como es la discriminación por circunstancias familiares a la que se refiere la STC 26/2011, de 14 de marzo (núm. rec. 9145/2009).

En otro orden de cosas, las ciencias sociales se han preocupado por explicar cómo funciona y se perpetúan las discriminaciones. Tendemos a clasificar a las personas en grupos según sus miembros compartan unas mismas características personales o circunstancias sociales a los que, en ocasiones, se asocian prejuicios y estereotipos. Estos últimos son ideas preconcebidas que se tiene acerca de algo o alguien y que cuentan con un alto grado de aceptación social. A través los prejuicios y estereotipos se establece una idea compartida de las características que tienen los miembros de cada grupo, y se determina el comportamiento que se espera que ellos tengan. En muchos casos, esto supone la creación de un ambiente hostil, dado que estas ideas conllevan connotaciones negativas, a la par que erróneas, que posicionan en una situación de desventaja a quienes poseen el rasgo social o personal estigmatizado. Como resultado, ciertos grupos de personas son tratados de manera diferente y peyorativa, haciendo que sus miembros se enfrentan a un entorno social degradante, que les convierte en potenciales víctimas de sufrir un trato discriminatorio³⁹.

La estigmatización de colectivos y la discriminación de sus miembros es un fenómeno social dinámico. Algunos rasgos, como el sexo o el origen racial, han supuesto un efecto indiscutible para el desarrollo personal de quienes los poseen, ya que ha determinado un estatus de ventaja o desventaja en la sociedad según el rol de poder que ostente cada colectivo. Otros rasgos también son influyentes en las oportunidades vitales de las personas, pero su

37 BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

38 CORTINA ORTS, 2017.

39 HOGG, VAUGHAN, 2022.

detección, y consecuente erradicación, es más compleja; bien porque las diferencias están muy arraigadas en la estructura social, o bien porque el rasgo determinante no es apreciable a simple vista, complicando la tarea de hacer de las ideas asociadas a dicho rasgo responsables de la actitud discriminatoria enjuiciada.

Por lo tanto, si el derecho quiere propiciar una respuesta eficaz para la erradicación de las discriminaciones se ve obligado a estar en constante modificación para dar cobertura a las nuevas realidades sociales que demandan tutela⁴⁰. Sin embargo, no hay un número definido de categorías sociales que sufran discriminación, por lo que si la labor del legislador queda reducida a enumerar rasgos que pudiesen quedar amparados por el derecho a no ser discriminado, se corre el riesgo de que llegase a banalizarse su *ratio essendi*⁴¹. La regulación del derecho a no ser discriminado no es una cuestión sencilla de resolver ya que una expansión excesivamente amplia podría vaciarlo de contenido, alejándolo del prisma constitucional que se ha preocupado por circunscribirlo únicamente a las circunstancias o características responsables de marginación y estigmatización social que determinan las relaciones de poder entre grupos sociales⁴².

Desde la doctrina encargada del estudio del derecho antidiscriminatorio se reclama que la definición de la prohibición de discriminación no pierda de vista la importancia que tiene el proceso de adscripción a un grupo social y la causalidad entre la pertenencia a ese grupo y el trato discriminatorio.

«Podemos sintetizar el proceso de la adscripción como una nueva suma de elementos, separables exclusivamente a efectos de análisis: atribución de la categoría y relación de la causalidad en sentido estricto. En primer lugar, a partir de uno o varios rasgos distintivos que se perciben en una persona o grupos de personas –sin importar que la percepción sea acertada– se le atribuye una categoría social (a veces denominada de la misma manera que el rasgo distintivo), que contiene un conjunto de roles, estereotipos y expectativas sobre el sujeto; en segundo lugar, puede inferirse que la atribución de la categoría es de algún modo la causa de diferencia de trato que se enjuicia⁴³».

40 GRAU PINEDA, 2023:38.

41 ÁLVAREZ ALONSO, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2006:1000.

42 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2022:105.

43 ÁLVAREZ ALONSO; ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2006:1021.

V. REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CARACTERÍSTICAS GENÉTICAS

La tendencia a expandir el ámbito subjetivo de aplicación del derecho a no ser discriminado llega hasta la principal cuestión de este trabajo, las características genéticas. Pese a que pueda parecer que la problemática relativa a la discriminación por características genéticas es una cuestión de reciente actualidad, años atrás ya se había puesto sobre la mesa el debate acerca de qué tratamiento jurídico merecía la discriminación basada en este tipo de información. No obstante, y como veremos en las sucesivas páginas, desde el plano internacional y comunitario no se ha elaborado una respuesta contundente ni coherente al respecto. En el caso español, la regulación jurídica nos permite ser algo más optimistas ya que la reciente Ley 15/2022 parece haber arrojado algo de luz a la cuestión al haber expresamente incluido como característica protegida la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (art. 2.1 Ley 15/2022).

5.1. REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Las organizaciones internacionales, testigos de los avances en biomedicina y en genética, se han pronunciado acerca de la importancia de reconocer la prohibición por discriminación genética en un intento de garantizar los derechos humanos ante la generalización del uso de nuevas prácticas científicas que pudiesen comprometer su respeto. La UNESCO, organización dependiente de las Naciones Unidas, elaboró en el año 1997 la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que postula en su artículo sexto que «nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad». No obstante, al tratarse de una Declaración carece de carácter vinculante para los Estados firmantes, aunque no por ello se ha de dejar de reconocer su valor como instrumento de interpretación de otras normas jurídicas⁴⁴. Con estas declaraciones de la UNESCO, se da inicio al reconocimiento jurídico que paulatinamente ha ido recorriendo –y aún sigue en ello–, la consideración de las características genéticas como causa de discriminación, tanto a nivel internacional como nacional.

Paralelamente, destaca el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la

44 GROS ESPIELL, 2006: 1410.

Biología y la Medicina, que se elaboró en Oviedo el 4 de abril de 1997, a instancias del Consejo de Europa. Pese a pertenecer al *hard law*, a diferencia de lo que ocurría con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, no establece un sistema de garantías especialmente reforzado ante los Estados que lo suscriben, lo que limita considerablemente su efectividad⁴⁵. Su artículo 11 reconoce la prohibición de discriminación a causa del patrimonio genético de una persona, que, pese a no conceder un derecho subjetivo individual como tal, sí ha de ser respetado por los ordenamientos jurídicos de los países firmantes. La importancia de este artículo, y en general de este Convenio, no reside tanto en los derechos y obligaciones que reconoce, sino en el hecho de que desde un plano jurídico se asume como necesario el abordaje de los problemas que puedan surgir a partir de los avances en materia genética.

5.2. REFERENCIAS AL MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

El derecho antidiscriminatorio tiene sus raíces en la noción de igualdad sustantiva que recogen los tratados fundacionales de la UE. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho y los términos de su ejercicio se ha llevado a cabo por el derecho derivado. Con base en el artículo 13 del entonces vigente tratado de Ámsterdam⁴⁶, firmado en 1997, se aprobaron dos directivas en la materia, la Directiva 2000/78CE 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 ocupación⁴⁷, y la Directiva 2000/43/CE del Consejo, 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 étnico⁴⁸. Junto a estos dos textos, el derecho antidiscriminatorio europeo está conformado por las normas relativas a la igualdad de género: Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 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 suministro⁴⁹, y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 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 (refundición)⁵⁰.

45 FERIA BASILIO, 2015: 7.

46 DOCE n.º 340 de 10 de noviembre de 1997.

47 DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

48 DOCE núm. 180, de 19 de julio de 2000.

49 DOUE n.º 373, de 21 de diciembre de 2004.

50 DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006.

El marco jurídico europeo, que tiene como objetivo el reconocimiento efectivo de la igualdad de oportunidades, presenta unas características determinadas que a su vez constituyen sus puntos débiles. Entre los rasgos protegidos se da una relación jerárquica⁵¹, encabezada por el género en primer lugar y seguido del origen racial, que gozan de un mayor grado de protección pues el derecho a no ser discriminado se reconoce en diferentes ámbitos de manera generalizada, y no como ocurre en el ámbito de la edad, discapacidad, orientación sexual y convicciones que se limita al ámbito del empleo y la ocupación⁵². Otra de sus características es el carácter cerrado de la enumeración de los motivos a los que se refiere, ya que la lista de rasgos protegidos que recoge la Directiva 2000/78 constituye un *numerus clausus*⁵³. Esto quiere decir que únicamente podrán aplicarse las prerrogativas comunitarias cuando el sujeto posible víctima de un trato discriminatorio lo haya sido por alguno de los motivos que expresamente prevé la normativa, sin posibilidad de ampliarse a otros.

Definidas estas características, el encaje de nuevos motivos de protección más allá de los literalmente contemplados en el derecho originario y secundario es muy complejo, por no decir prácticamente imposible. El TJUE como interprete y órgano encargado de supervisar la aplicación del derecho comunitario podría haber favorecido a su expansión hacia otros motivos. Aunque en un primer momento pareció apreciarse una ligera iniciativa tendente a su ser generoso en su interpretación para alcanzar a más ámbitos y sujetos, actualmente la expansión del derecho antidiscriminatorio europeo pasa por un momento de parálisis aplicativa⁵⁴.

El marco jurídico que se refiere expresamente a la prohibición de discriminación por razones genéticas lo encabeza el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE). Se trata de un artículo que desarrolla el principio de no discriminación, anverso del principio de igualdad que se consagra en el artículo 20 de la misma⁵⁵. La redacción opta por una concepción generalista y holística, refiriéndose a la prohibición de dis-

51 SCHIEK, 2016:30.

52 En 2008 el Consejo presentó la Propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, que entre otras cosas ampliaba el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por los motivos mencionados para homogeneizarlo al de la protección prevista para el género o el origen racial, cuya tramitación se encuentra prácticamente paralizada.

53 STJUE de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas (C-13/05), c. 56: «no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva».

54 BALLESTER PASTOR, 2018: 68.

55 A. MANGAS MARTÍN, 2008: 396.

criminación sin limitarlo a un ámbito concreto, y enumerando una amplia serie de causas prohibidas, susceptibles de ampliación, ya que constituye un *numerus apertus*. Como puede observarse, es una regulación sustancialmente más amplia y por ende diferente a la que se prevé en los tratados originarios europeos, lo que podría dar lugar a un conflicto jurídico resultado de la colisión entre el contenido de ambas normas. Su redacción reza de la siguiente manera:

«1. Se prohíbe 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.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados».

Destacamos su papel, no por ser el primer instrumento jurídico que hizo mención a la información genética, pues ya hemos visto que otros textos a nivel internacional habían abordado este asunto, sino por el valor jurídico que se le reconoce en el marco del derecho de la Unión. La CDFUE se proclamó en el año 2000, aunque no fue hasta el año 2007, con la firma del Tratado de Lisboa cuando se equiparó su papel al de los Tratados fundacionales *ex art.* 6.1 TUE. La CDFUE supone la culminación del proceso de reconocimiento en el marco de la UE de un catálogo de derechos fundamentales para todos los ciudadanos en general, y para los trabajadores en particular⁵⁶. Empero, el legislador europeo se preocupó por ser cauteloso en la regulación de los efectos de la CDFUE, y, tanto en su propia redacción, como en las Explicaciones que se han hecho de la misma, puede apreciarse una marcada intención en contener el impacto que pudiese tener en su marco jurídico.

La CDFUE no tiene efectos horizontales, es decir, que sus destinatarios no son los sujetos individuales, sino que se dirige a la UE, a sus instituciones y a los Estados miembros cuando apliquen el derecho comunitario. Esto es importante porque sirve para explicar cómo interacciona la CDFUE con el resto de normas de la UE, y en especial el artículo 21 relativo al derecho a no ser discriminado.

Para armonizar el reconocimiento de los derechos según la CDFUE y los tratados originarios debemos recurrir a los artículos 51 y 52 CDFUE principales

56 VALDÉS DAL-RÉ, 2023:99.

*dique de contención*⁵⁷ frente a la expansión de los derechos en el marco europeo. El primero de ellos pone en claro que la CDFUE ni crea competencias, ni misiones, ni modifica las reconocidas en los Tratados. El segundo, remite a los Tratados para determinar el ejercicio de los derechos que serán delimitados por su redacción en éstos. De esta manera, para referirnos a lo que respecta al derecho a no ser discriminado debemos remitirnos a la regulación que hace el artículo 19 TFUE. En el mismo, la prohibición de discriminación se circunscribe a los mismos ámbitos que las Directivas antidiscriminatorias únicamente, sin posibilidad de ampliación. No obstante, esta limitación plantea algunas incógnitas. Si el derecho a no ser discriminado desde la óptica de los tratados originarios de la UE no es un derecho como tal, sino una competencia, cabe preguntarse hasta qué punto puede verse afectado por el artículo 52 CDFUE⁵⁸.

Ahora bien, reiteramos que este artículo 19 TFUE no está reconocido un derecho individual, susceptible de ser aplicado entre particulares, sino que reconoce una facultad legislativa a la UE, que se ha materializado en las mencionadas directivas. Según los Tratados originarios, la no discriminación es un valor y un mandato rector del derecho comunitario, pero no un derecho fundamental. Los efectos limitados de la CDFUE hacen que tampoco pueda acudir a su artículo 21 como recurso para suplir la ausencia de reconocimiento de este derecho. Por lo tanto, el derecho a no ser discriminado en la UE mantiene su configuración jurídica y parece no verse afectado directamente por la CDFUE. Cuestión distinta es que el TJUE a la hora de determinar el ámbito de aplicación de las Directivas antidiscriminatorias se base en la CDFUE como criterio interpretativo para poder ampliar el contenido material al que hace referencia cada uno de estos rasgos⁵⁹. Asimismo, los Estados miembros pueden tomar como referencia los motivos contemplados por el artículo 21 CDFUE para, en el marco de sus competencias, desarrollar legislación para su protección⁶⁰.

5.3. REFERENCIAS AL MARCO JURÍDICO NACIONAL

5.3.1. Antecedentes históricos

El artículo 14 CE no hace referencia a las características genéticas como causa de discriminación. Tampoco lo hace el Estatuto de los Trabajadores

57 Expresión empleada por BALLESTER PASTOR, 2011: 92.

58 BELL, 2003: 99-100.

59 BELL, 2003:100.

60 HOWARD, 2009:33-34.

(ET) en su artículo 17 relativo a la prohibición de discriminación en las relaciones laborales pese a contener una enumeración de motivos más extensa que la recogida en el texto constitucional. En la jurisprudencia no encontramos resoluciones que se hayan referido directamente a las características genéticas como causa de discriminación. En consecuencia, afirmaremos que la consideración de las características genéticas como ámbito de protección del derecho antidiscriminatorio ha venido siendo una cuestión prácticamente ajena para el derecho nacional, sin perjuicio de la llegada de la Ley 15/2022, que tendremos oportunidad de explicar más adelante.

Pues bien, la configuración del derecho a no ser discriminado tal y como se contempla en la Constitución, así como en otros instrumentos legislativos propios del ordenamiento jurídico español, es de carácter abierto. Esto es, que la enumeración de motivos de manera expresa en ningún caso supone una lista de carácter taxativo, si no que gracias a la inclusión de cláusulas de apertura como «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», pueden quedar amparados otros rasgos. Sin embargo, no se trata de incluir cualquier motivo, si no que insistimos en que serán rasgos protegidos por el derecho antidiscriminatorio aquellos que hayan supuesto para los sujetos que los poseen «determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que les han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, (...) en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE⁶¹».

Las personas víctimas de un trato diferente e injustificado por motivo de la información ligada a su genoma podrían encontrar tutela antidiscriminatoria empleando esta cláusula de apertura. Sin embargo, el hecho de que no se reconozca expresamente como rasgo protegido obstaculiza la aplicación de las garantías de este derecho por cuanto el demandante, supuesta víctima de un trato discriminatorio, debe demostrar que las características genéticas tienen la entidad suficiente como para ser merecedoras de la protección específica que concede el derecho a no ser discriminado. Precisamente a esta cuestión nos remitimos en el apartado siguiente de este trabajo.

Otra posibilidad es relacionar las características genéticas con algún rasgo que sí esté previsto por la normativa antidiscriminatoria y guarde relación con el genoma humano. Se ha explicado que la información genética está vinculada con el estado de salud de una persona, y hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022 la única circunstancia protegida que tenía que ver con la salud era la discapacidad⁶².

61 STC 200/2001, de 4 de octubre de 2001, FJ 4º; STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5º; STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2º; y por todas.

62 DE PAOR, FERRI, 2015.

La vinculación de las características genéticas a la discapacidad para otorgarle un mismo grado de tutela que a ésta plantea algunas dificultades prácticas. En primer lugar, para que la discapacidad ampare a las características genéticas, éstas deben ser susceptibles de provocar una discapacidad en los términos en los que se ha definido. Ante la ausencia de definición, el TJUE ha ido elaborando una definición con el propósito de delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de su normativa antidiscriminatoria. Discapacidad se entiende como «una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores⁶³» a lo que posteriormente se ha añadido la duración incierta. El elemento temporal de los efectos de la deficiencia, o patología que sea, es esencial para determinar su aplicación⁶⁴, ya que la enfermedad que en términos generales se ha entendido por el TJUE de duración determinada y corta, queda fuera de esta protección. En consecuencia, las características genéticas, en el más amplio sentido, no estarían amparadas por el derecho a no ser discriminado por discapacidad, sino que únicamente lo estarán aquellas que puedan dar lugar a una discapacidad o a una enfermedad asimilable a discapacidad con efectos limitantes tengan una duración incierta o previsiblemente permanente⁶⁵.

En otro orden de cosas, la expresión empleada por las normas de aplicación indica un carácter abierto de la relación entre la discapacidad y el trato discriminatorio. Tanto el artículo 14 CE, el artículo 17 ET, así como la Ley General de derechos de las personas con discapacidad⁶⁶, se refieren a la discriminación «por razón de» discapacidad, entre otros. La redacción de estos preceptos invita a que su aplicación no se reduzca únicamente a las personas con discapacidad, sino a toda situación discriminatoria que tenga por móvil la discapacidad, sea o no propiamente discapacitada la persona que lo sufre⁶⁷. Ello podría facilitar que el conocimiento de la presencia de un gen capaz de desarrollar una discapacidad, sin necesidad de que dicha discapacidad sea manifiesta pero pueda hacerlo, quede amparada por este supuesto.

63 STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi (C-395/15).

64 LÓPEZ ÁLVAREZ, 2018 :209.

65 FERIA BASILIO, 2015:8.

66 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, BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

67 Gracias a esta interpretación se pudo delimitar la discriminación por asociación, por primera referida en la STJUE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman (C-303/06), c. 43: «no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad».

Ahora bien, esta cuestión plantea otro segundo problema que tiene que ver con el ámbito temporal de la protección por discapacidad, ya que nos estamos refiriendo a una discapacidad futura. No queda muy claro si, una vez que nos detenemos en la definición de discapacidad, ésta pueda amparar a situaciones futuras. El TJUE en su delimitación requiere que se trate de una limitación, derivada de una deficiencia que, a la hora de interactuar con las barreras sociales, imposibilite la plena participación en sociedad. En una definición que parece sustentarse en elementos prácticos, más o menos tangibles, resulta complicado defender que la discapacidad futura y además incierta quede amparada.

Una solución que puede plantearse en relación con el carácter incierto de la discapacidad de origen genético y la posibilidad de que quede amparada por el derecho antidiscriminatorio es emplear la figura de la discriminación por apariencia. Recordemos que, una de las dificultades a las que la regulación de este tipo discriminación debe hacer frente es su carácter predictivo y a los resultados probabilísticos que aporta en cuanto a la materialización en un problema de salud concreto⁶⁸. Encontramos la interesante STSJ (sentencia del tribunal superior de justicia) de Galicia, de 13 de abril de 2021 (núm. rec. 160/2021) que se refiere a ella. Se trata de un asunto en el que un trabajador es despedido tras sufrir un accidente de tráfico y encontrarse en situación de incapacidad temporal. El tribunal entiende que ha sido la apariencia de discapacidad lo que ha llevado a tomar esta decisión al empleador: «una apariencia objetiva de incapacidad duradera a la que se debe asociar un elemento subjetivo en la actuación del empresario apreciable si constatamos la conexión temporal tan fuerte existente entre el accidente de tráfico, y la consiguiente apariencia de discapacidad, con la baja en la Seguridad Social, acaecida también ese mismo día (hechos probados segundo y cuarto). Una conexión temporal tan fuerte que no cabe ninguna otra conclusión más que asociar causalmente la apariencia de discapacidad con el despido».

Sin embargo, este tipo de discriminación carece de respaldo normativo, aunque el tribunal gallego entendió que estaba recogido dentro de la expresión «por razón de discapacidad». Quizás por eso el recurso a este tipo de discriminación ha sido anecdótico, sumándose la inseguridad jurídica y los problemas probatorios que podría suponer la ampliación de la protección de la discriminación por discapacidad hasta una situación en la que objetivamente no pueda apreciarse una discapacidad como tal⁶⁹.

68 VIDAL GALLARDO, 2010:134.

69 AGUSTÍ MARAGALL, 2021:15.

5.3.2. Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación

En julio de 2022 entraba en vigor la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que como su propio nombre indica, reconoce el derecho a no ser discriminado con una clara voluntad generalista y como puede leerse en su exposición de motivos, «tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas». Se trata de una ley de garantías, general, integral y de carácter transversal, cuya aprobación ha sido catalogada por la gran parte de la doctrina académica como beneficiosa para la contribución a la consecución de la igualdad efectiva ya que «supone un paso decisivo en la senda tendente a conseguir la ausencia de sesgos discriminatorios y la superación de denostados estereotipos que cercenan la dignidad de los seres humanos⁷⁰».

El espíritu general de esta ley queda plasmado en la amplitud de motivos discriminatorios a los que hace referencia su artículo segundo, apartado primero:

«Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Como novedad a destacar la inclusión de la enfermedad y de otras situaciones de salud, sin importar la duración que las deficiencias o sus efectos tengan o se prevean. Resulta de nuestro interés la consideración de la «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos» como causa de discriminación, ya que supone el establecimiento de una relación directa entre las características genéticas y el carácter predictivo en relación con la enfermedad. De esta forma, quedan superados los problemas que podrían aparecer en relación con la vinculación de la genética a la discapacidad. Primero, porque ya no es necesario acudir a la definición de discapacidad para determinar que deficiencias quedan incluidas bajo la protección. Y segundo, porque el problema temporal queda salvado, ya que en su texto queda prevista esta cuestión

70 MONEREO PÉREZ, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, RODRÍGUEZ INIESTA, 2022.

al referirse a la predisposición futura a sufrir un problema de salud sin necesidad de su materialización.

De la literalidad del texto debería deducirse que no importa el tipo de gen en cuestión ni la enfermedad capaz de desencadenar. Al referirse a una patología sin adjetivación alguna, esta ley parece estar ampliando los motivos protegidos por el derecho a no ser discriminado hasta cualquier «alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, en general conocidas, manifestadas por síntomas y signos característicos, cuya evolución es más o menos previsible», que es la definición que la Organización Mundial de la Salud dicta sobre enfermedad. El precepto concluye con la referencia a trastornos, una expresión más amplia empleada por la psicología y psiquiatría para referirse a alteraciones en la salud relacionados con la salud mental y la psique.

No obstante lo anterior, las consecuencias que pueda introducir esta ley en los diferentes ámbitos de aplicación dependerá, fundamentalmente, del grado de efectividad que se le reconozca. Lo cierto es que, dado su carácter de ley ordinaria y no orgánica, podría quedar su eficacia cuestionada. En la medida en que afecta al desarrollo de un derecho fundamental quizás hubiese sido óptimo seguir el procedimiento previsto para la ley orgánica en su aprobación *ex* artículo 81 CE⁷¹. La inadecuación de su forma podría servir como pretexto para su inaplicación, remitiéndose a la doctrina jurídica ya existente acerca del estado de salud como causa de discriminación. En ese caso, solo estaría protegida la discapacidad y la enfermedad asimilable a discapacidad, y excepcionalmente, las enfermedades que por sus características temporales merezcan ser causa de discriminación autónoma⁷².

VI. CONCLUSIONES FINALES: ¿ES NECESARIO UN DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR MOTIVO DE LAS CARACTERÍSTICAS GENÉTICAS?

Llegados a este punto, debemos dar respuesta a la pregunta que ha servido de pretexto para la elaboración de este trabajo: ¿es necesario regular un derecho a no ser discriminado por motivo de las características genéticas?

⁷¹ MONREAL BRINGSVAERD, 2023: 42.

⁷² «Enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución», en STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008.

Hasta el momento, no son muchas las referencias normativas ni jurisprudenciales que encontramos al respecto. Las organizaciones internacionales han reconocido el mayor riesgo a que los individuos sufran discriminación en base a la información genética que poseen debido a los avances científicos, en especial por su carácter predictivo del estado de salud. Sin embargo, no por ello se ha desarrollado un derecho a no ser discriminado como tal. Destaca la CDFUE que sí se refirió a las características genéticas como circunstancia protegida por este derecho, aunque sus efectos en la práctica resultan ser bastante limitados. Por ello, en el marco de la UE sigue imperando el carácter cerrado de los rasgos protegidos por el derecho antidiscriminatorio, limitado a aquellos expresamente mencionados en las Directivas antidiscriminatorias y en el artículo 19 TFUE. Se ha discutido acerca de la posible subsunción de las características genética bajo el concepto de discapacidad, así como acerca del empleo de figuras como la discriminación por asimilación o apariencia para ello, aunque sin mucho éxito. Tampoco el carácter abierto que sí presenta la normativa nacional al incluir cláusulas de apertura como «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» ha servido para dar pasos en aras de la posible consideración de las características genéticas como rasgo protegido por el derecho a no ser discriminado.

A nuestro juicio, resulta complicado defender la necesidad de la consideración de los rasgos genéticos como integrador del ámbito subjetivo del derecho a no ser discriminado, especialmente si atendemos a su contenido material. La discriminación se basa en «el carácter odioso del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad⁷³». Todos nosotros somos poseedores de un ADN que guarda la información relativa a nuestro genoma, por lo tanto, todos tenemos características genéticas. Éstas no pueden emplearse para designar a un colectivo concreto de personas individualizado o individualizable, por lo que su reconocimiento como causa independiente y autónoma de discriminación conllevaría a la inclusión bajo su ámbito de protección a toda la población sin distinción alguna dado que todos poseemos unas determinadas características genéticas. Como consecuencia, se correría el riesgo de que se ampliase de manera desmedida el ámbito de aplicación del derecho a no ser discriminado.

Como venimos diciendo, el genoma humano revela importantes características que tienen que ver con diversos aspectos físicos y mentales de una persona, y algunas pueden derivar en determinadas conductas discriminatorias. Nos referimos por ejemplo su estado de salud, y predisposición a sufrir determinadas patologías que pueden derivar en discapacidad. Por consiguiente, no

73 MONEREO PÉREZ, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, RODRÍGUEZ INIESTA, 2022.

sería cierto afirmar que estas personas son discriminadas por la información que contienen sus genes, sino que son discriminadas en la medida en que esta información genética revela la posesión, o posibilidad de posesión, de cualquiera de los rasgos personales o sociales a los que sí se refiere el derecho.

La Ley 15/2022, con gran acierto desde nuestro parecer, ha incluido las características genéticas como parte del ámbito personal del derecho a no ser discriminado. Empero, al referirse a la «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos» supera los problemas que podría suscitar el reconocimiento de las características genética en abstracto. Al fin y al cabo, la exclusión social a la que se enfrentan estas personas tiene su origen en el riesgo a que se su salud se vea afectada, y con ello su capacidad productiva, que es lo que fundamentalmente interesa en el ámbito laboral.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ MARAGALL, J. (2021): «La importante sentencia de la sala do social del TSX de Galicia de 14.4.21 (rec. 160 /2021).: Despido discriminatorio por apariencia de discapacidad», *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 221.
- ÁLVAREZ ALONSO, D.; ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2006): «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 132.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2022): «La Ley Integral para la Igualdad: Un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 165.
- APARISI MIRALLES, A. (1996-1997): «Igualdad y discriminación genética», *Anuario de filosofía del derecho*, nº 13-14.
- BALLESTER PASTOR, M. A., (2011): «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 92.
- BARRÈRE UNZUETA, M. A; MORONDO TARAMUNDI, D. (2011) «Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45.
- BARNARD, C.; HEPPLE, B. (2000): «Substantive Equality», *The Cambridge Law Journal*, vol. 59, núm. 3.
- BELL, M. (2003): «The right to Equality and Non Discrimination», en T. HERVEY; J. KENNER, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective*, Bloomsbury Publishing.

- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. (2005): «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50.
- CORTINA ORTS, A. (2017): *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*, Barcelona: Paidós.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2008): «La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia Genética y en Tecnologías de la Información y la Comunicación», *Revista de Derecho Político*, núm. 71.
- FERIA BASILIO, I. R. (2015): «Antesala al tratamiento jurídico de la enfermedad como elemento diferenciador: la discriminación por causa genética», *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3.
- FERNADEZ LÓPEZ, M. F. (2018): «La prohibición de discriminación», en VV.AA, (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M; CASAS BAAMONDE, M. E. Dirs), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Boletín Oficial del Estado.
- FREDMAN, F. (2016): «Substantive equality revisited», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14.
- GRAU PINEDA, M. C. (2023): «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación», *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 8, núm. 2, p. 3.
- GREELY, H. T. (2001): «Genotype Discrimination: The Complex Case for Some Legislative Protection», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149.
- GROS ESPIELL, H. (2006): «Las declaraciones de la Unesco en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- HOGG, M. A.; VAUGHAN, M. A. (2022): *Social Psychology*, 9º Ed., Pearson, UK.
- HOWARD, E., (2009): «Equality: A Fundamental Right in the European Union?», *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 10, núm. 1.
- JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J. (2020): *Selección de embriones y mejora genética*, Madrid: Aranzadi Thomson Reuters.
- LEMMES, T. (1997): «“What About Your Genes?” Ethical, Legal, and Policy Dimensions of Genetics in the Workplace», *Politics and the Life Sciences*.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J. (2018): «A vueltas con la calificación del despido por enfermedad», *Revista española de derecho del trabajo*, núm.209.
- MANGAS MARTÍN, A. (2008): «No discriminación», en VV.AA., *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, (MANGAS MARTÍN, A.; GONZÁLEZ ALONSO, L. N. Dirs) Fundación BBVA, España.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M. (2017): «La generalización de los test genéticos y su incidencia en los derechos fundamentales», *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. extra 29.

- MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2022): «Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*.
- MONREAL BRINGSVAERD, E. J. (2023): «Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)», *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 2, núm. 2.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2007): «Bioética y derecho ante los desafíos de la investigación biomédica del siglo XXI», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2.
- DE PAOR, A.; FERRI, D. (2015): «Regulating Genetic Discrimination in the European Union», *European Journal of Law Reform*, vol. 17, núm. 1.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1994): «La libertad del hombre y el genoma», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 1.
- REY MARTÍNEZ, F. (2011): «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45.
- RUIZ MIGUEL, C. (2001): «Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación», *Estudios de derecho judicial*, núm. 36.
- SCHIEK, D. (2016): «Revisiting intersectionality for EU Anti-Discrimination Law in an economic crisis –a critical legal studies perspective», *Sociologia del Diritto*, vol. 27, núm. 2.
- SIERRA HERNÁIZ, E. (2021): *Las categorías especiales de datos del trabajador: estudio de los límites y garantías legales para su tratamiento en la relación laboral*, Navarra: Aranzadi.
- VALDÉS, E. (2015): «Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación», *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 48.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2023): «Constitucionalismo laboral europeo», en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (CASAS BAAMONDE, M.E.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; GIL ALBURQUERQUE, R.; GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A.; SEMPERE NAVARRO A. V. Dirs). BOE, Madrid.
- VIDAL GALLARDO, M. M. (2010): «Riesgo genético y discriminación», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 33.

Bajo el título «Manifestaciones de la discriminación en el trabajo: prevención y protección», el objetivo de esta obra colectiva es profundizar en los distintos tipos de discriminación en el trabajo, de forma y manera que puedan realizarse aportaciones para su prevención y para proteger a las personas trabajadoras.

Así, se pretende proporcionar fundamentos jurídicos relevantes para que las empresas puedan desarrollar con las máximas garantías los denominados planes de diversidad que algunos convenios colectivos ya contemplan, como anticipo de una posible obligación legal.

Para ello, la obra colectiva se compone de 30 capítulos.

Los primeros capítulos presentan un carácter propiamente introductorio, pues establecen el marco normativo, las bases de la actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social y el acervo jurisprudencial existentes en la materia objeto de estudio.

Los capítulos siguientes contemplan aspectos de todas las causas de discriminación previstas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con incidencia en el mundo del trabajo.

Por su parte, determinados capítulos se centran en materias concretas de las relaciones laborales en las que pueden manifestarse discriminaciones.

En definitiva, estamos ante una obra imprescindible para comprender el alcance o la proyección en el mundo del trabajo del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, más si cabe en una sociedad cada vez más compleja y con un principal reto: poner en el centro la dignidad que resulta inherente a toda persona por el mero hecho de haber nacido.

