

La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias

Yolanda Maneiro Vázquez

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela
yolanda.maneiro@usc.es | <https://orcid.org/0000-0002-3345-5330>



Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2021** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Lourdes Arastey Sahún, don José Antonio Fernández Avilés, doña Rocío Gallego Losada, don Miguel Ángel Purcalla Bonilla, don Miguel Rodríguez-Piñero Royo y doña Aránzazu Roldán Martínez.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

Al igual que en el desarrollo del derecho a la igualdad y a la no discriminación, el Tribunal de Justicia ha jugado un papel esencial en el reconocimiento y en la evolución posterior de la discriminación por asociación. En 2008, la acrobacia interpretativa realizada en la sentencia Coleman puso de manifiesto, entre otras cuestiones, que la igualdad y no discriminación es un derecho inagotable, que desborda los moldes existentes, en forma de rígidas categorías jurídicas. La doctrina del Tribunal de Justicia ha propiciado una destacada actividad de la doctrina judicial nacional, que no se ha detenido ante la escueta e insuficiente regulación normativa de la discriminación por asociación. A un ritmo lento pero imparable, los tribunales españoles han ido identificando, visibilizando y ofreciendo carta de naturaleza a una figura discriminatoria que había conseguido permanecer en el anonimato jurídico. La trascendencia de esta construcción jurisprudencial es aun mayor a la vista de las múltiples puertas que abre y que, como sucede con los temas clásicos e intemporales, conducen a su vez a nuevos interrogantes, que obligan a reconfigurar ideas preconcebidas con el fin de garantizar una tutela real frente a una práctica discriminatoria anónima hasta hace muy poco, pero presente desde siempre entre nosotros.

Palabras clave: Coleman; discriminación por asociación; Tribunal de Justicia; derechos fundamentales.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021 / Fecha de revisión: 17-09-2021

Cómo citar: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 25-62.



Discrimination by association from the doctrine of the European Court of Justice to national courts. New challenges of the ¿new? forms of discrimination

Yolanda Maneiro Vázquez

Abstract

As in the development of the right to equality and non-discrimination, the Court of Justice has played an essential role in the recognition and subsequent evolution of discrimination by association. In 2008, the interpretative acrobatics of the Coleman judgment showed, among other things, that equality and non-discrimination is an inexhaustible right, which goes beyond existing moulds in the form of rigid legal categories. The doctrine of the European Court of Justice has led to a relevant activity of the national judicial doctrine, which has not stopped in the face of the scant and insufficient regulation of discrimination by association. At a slow but unstoppable pace, the Spanish courts have been identifying, making visible and giving legal status to a discriminatory figure that had managed to remain in legal anonymity. The transcendence of this jurisprudential construction is even greater in view of the multiple doors it opens and which, as happens with classic and timeless issues, lead in turn to new questions, which force us to reconfigure preconceived ideas in order to guarantee real protection against a discriminatory practice that has been anonymous until very recently, but which has always been present among us.

Keywords: Coleman; discrimination by association; European Court of Justice; fundamental rights.

Citation: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). Discrimination by association from the doctrine of the European Court of Justice to national courts. New challenges of the ¿new? forms of discrimination. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 25-62.



Sumario

1. El Tribunal de Justicia en el origen de la tutela frente a la discriminación por asociación
 - 1.1. La sentencia Coleman: una nueva mirada a la Directiva 2000/78/CE y a la discriminación por discapacidad de las personas no discapacitadas
 - 1.2. El avance hacia la discriminación indirecta por asociación: la sentencia CHEZ y el camino hacia la discriminación por razón de etnia a la que no se pertenece
 - 1.3. La sentencia Hakelbracht y otros: la Directiva 2006/54/CE y la discriminación por razón de sexo del/de la testigo que no lo es
2. La recepción en España de la discriminación por asociación: la conexión entre los sujetos
3. La discapacidad como escenario natural para la recepción de la doctrina Coleman
4. El dilema entre discriminación por asociación por razón de sexo y por circunstancias familiares
5. El encaje de la discriminación por asociación en otros ámbitos
6. La consolidación y el expreso reconocimiento de la discriminación por asociación en la jurisprudencia del TS y del TC
7. Apunte final

Referencias bibliográficas

Nota: este estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación RTI2018-09791-B-100, «Retos del derecho del trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales», concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

1. El Tribunal de Justicia en el origen de la tutela frente a la discriminación por asociación

Frente a la carencia de regulación interna, es fácil identificar el origen de la discriminación por asociación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A diferencia de lo que sucede con otros conceptos jurídicos, resulta incluso sencillo advertir la resolución judicial que actuó como punto de partida de su reconocimiento: la sentencia Coleman, de 17 de julio de 2008, dictada en Gran Sala¹. Aunque se limitó al concreto ámbito de la discriminación por asociación por causa de discapacidad, esta sentencia abrió la puerta a un territorio hasta entonces inexplorado que, empleando los mismos mimbres normativos, permitió reconfigurar el concepto discriminatorio y extenderlo a sujetos que, hasta entonces, no habían sido tenidos en cuenta como víctimas de la discriminación (Pérez Campos, 2018). A partir de la sentencia Coleman, quienes sin ser titulares de la característica discriminatoria sufrieran un trato peyorativo adquirieron carta de naturaleza como sujetos titulares del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como no podía ser de otra manera, los tribunales españoles han seguido esta nueva línea interpretativa iniciada por el Tribunal de Justicia. La timidez inicial con la que esta figura apareció en la doctrina judicial se ha visto compensada, en los últimos tiempos, con un incremento del número de sentencias que han propiciado una visión expansiva tanto del concepto como de las técnicas de la tutela antidiscriminatoria (Molina Navarrete, 2020, p. 255). El desacuerdo existente en la propia denominación de esta figura discriminatoria es buena muestra de las dificultades interpretativas que han acompañado este camino. Si bien aquí se utilizará el término de discriminación por asociación, por ser el empleado por el Tribunal de Justicia, junto a él se han usado otras denominaciones como «discriminación transferida», «refleja», «por vinculación», «por irradiación» o «por interposición», entre otras.

Hasta el momento, el Tribunal de Justicia solo ha necesitado tres sentencias para reconocer, dar nombre, configurar y perfilar los contornos de este novedoso concepto de discriminación. Se trata de las sentencias Coleman, CHEZ² y Hakelbracht³, que ponen, además,

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, S. Coleman contra Attridge Law y Steve Law, asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415).

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia, asunto C-83/14 (ECLI:EU:C:2015:480).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 2019, Jamina Hakelbracht y otros contra WTG Retail BVBA, asunto C-404/18 (ECLI:EU:C:2019:523).

de manifiesto cómo la tutela antidiscriminatoria no es patrimonio exclusivo de una única directiva. Ni siquiera de aquellas específicamente orientadas a la tutela antidiscriminatoria, como sucede con la Directiva 2000/78/CE. Otras directivas, incluso en el marco de la prestación de servicios, han servido para perfilar y configurar esta figura como una vía para alcanzar y garantizar el efecto útil de la igualdad y no discriminación, evitando formalismos o interpretaciones restrictivas que puedan obstaculizar o impedir su tutela. En todo caso, la novedad debe ser considerada como relativa, ya que es posible encontrar sentencias anteriores a Coleman que, sin calificar la conducta estudiada como «discriminación por asociación» o similar, sí permiten ver en ellas conductas discriminatorias que bien pudieran encajar en esta figura⁴.

1.1. La sentencia Coleman: una nueva mirada a la Directiva 2000/78/CE y a la discriminación por discapacidad de las personas no discapacitadas

La cuestión prejudicial que dio origen a esta sentencia pionera fue de gran calado y permitió expandir el alcance de la prohibición de discriminación por discapacidad contenida en la Directiva 2000/78/CE. Buscaba determinar si, además de a las personas trabajadoras con discapacidad, la protección prevista en la directiva podía extenderse también a las no discapacitadas que recibiesen un trato menos favorable por su vinculación con aquellas.

La señora Coleman, demandante en el litigio principal que dio origen a esta sentencia y trabajadora de un bufete de abogados en Londres, era, además, la madre y cuidadora principal de su hijo discapacitado. Demandó a su empresa por extinción del contrato de trabajo, que había sido disfrazada de dimisión por exceso de plantilla. Alegaba haber sido víctima de acoso por sus empleadores, en forma de discriminación por discapacidad, y aportó para ello diversos indicios del trato menos favorable que estos le ofrecieron, en comparación con el que disfrutaban otras personas de la empresa sin descendientes con discapacidad.

No cabe duda de que la Directiva 2000/78/CE es aplicable cuando la conducta discriminatoria se dirige directamente sobre un sujeto discapacitado. No obstante, la pregunta a la que hubo de enfrentarse el caso Coleman se centró en su posible aplicación a un supuesto en el que la persona discapacitada no era la víctima evidente del acto discriminatorio. Por ello, el principal valor de esta sentencia reside en la nueva luz que arrojó sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE y del artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE): la atención al elemento objetivo como vía de ampliación del subjetivo y, con ello, el

⁴ Así, por ejemplo, las Sentencias de 22 de noviembre de 2000, Werner Mangold contra Rüdiger Helm, asunto C-144/04 (ECLI:EU:C:2005:709), y de 24 de noviembre de 2016, David L. Parris contra Trinity College Dublin y otros, asunto C-443/15 (ECLI:EU:C:2016:897).

paso de la tutela *ratione personae* a la protección *ratione materiae*. Así, el elemento central de la tutela antidiscriminatoria dejó de ser el sujeto protegido, para atender a «los motivos específicos de discriminación que considera motivos problemáticos», que se convirtieron «en el blanco de la legislación comunitaria sobre discriminación»⁵.

Estos motivos específicos de discriminación constituyen los objetivos y el espíritu de la Directiva 2000/78/CE. Bajo su prisma ha de ser interpretada toda la legislación nacional basada en el artículo 13 del TCE:

[...] tratar a alguien peor por razones tales como religión, edad, discapacidad u orientación sexual socava ese valor especial y único que tienen las personas en virtud de su condición humana [...]. Se trata de características que no deberían desempeñar papel alguno a la hora de determinar si es justo o no tratar a alguien de un modo menos favorable (apdo. 10 conclusiones).

Posteriormente, este primer avance pondría de manifiesto el carácter abierto del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –y, a nivel interno, de nuestro art. 14 Constitución española (CE)– frente a la enumeración taxativa de las causas discriminatorias ofrecidas por la Directiva 2000/78/CE (Molina Navarrete, 2020, p. 247).

Ahora bien, el trato peyorativo ofrecido a una persona en atención a una característica particular que la identifica no es la única forma de discriminar. Existen otros modos de hacerlo «más sutiles y menos evidentes», en las palabras de la propia sentencia, directamente dirigidos contra quien no presenta las características que la directiva contempla como causas de discriminación. En otras palabras: se trata peor a terceras personas por su vinculación con otras que sí forman parte de las categorías protegidas. Obviamente, esta variación no debe evitar que dicha conducta sea contemplada también como discriminatoria y el elemento que permite entenderlo así no es otro que el vínculo que une a los dos sujetos y que se convierte en el conector de las consecuencias lesivas.

El hecho de que la señora Coleman no estuviese discapacitada no pudo eliminar el carácter discriminatorio de la conducta empresarial, dado que perdió su empleo por su condición de madre y cuidadora de un discapacitado. Además, la gravedad de tal discriminación no es inferior por no ir dirigida directamente contra la persona que presenta la característica discriminatoria. Por el contrario, a través de esta conducta, «la víctima inmediata de una discriminación no solo sufre personalmente una injusticia, sino que se convierte asimismo en el medio a través del cual se vulnera la dignidad de la persona incluida en una categoría problemática» (apdo. 13 conclusiones). Llevando este razonamiento al extremo podría

⁵ Parágrafo 6 de las conclusiones del abogado general señor M. Poirares Maduro, presentadas el 31 de enero de 2008, al asunto C-303/06.

considerarse que la discriminación por asociación constituye, incluso, un tipo agravado de discriminación y, en el caso Coleman, una suerte de «discriminación múltiple», a cuya admisión el Tribunal de Justicia continúa mostrando, todavía en la actualidad, una férrea resistencia (Molina Navarrete, 2020, pp. 245 y ss.).

El caso Coleman constituyó un «*leading case*» (Muñoz Ruiz, 2012) que permitió advertir la función excluyente desempeñada por la directiva, que trata de impedir que determinados motivos como la religión, la edad, la discapacidad o la orientación sexual puedan emplearse legítimamente para ofrecer a la persona trabajadora un trato peyorativo con respecto a otras (apdo. 18 conclusiones). La persona que discrimina basa su conducta en una «categoría problemática» para actuar de determinada manera. Dicha actuación puede exteriorizarse a través de una conducta constitutiva de discriminación directa, indirecta o de acoso. Tanto en la discriminación directa como en el acoso, la conducta ilícita se basa en una categoría problemática específica como «premisa esencial del razonamiento de la persona que discrimina» (apdo. 19 conclusiones) y, por ello, en un motivo prohibido por la directiva.

Por el contrario, en la discriminación indirecta, la intención discriminatoria se considera irrelevante. Incluso es posible que la conducta carezca de ella y se trate de una medida aparentemente neutra, adoptada de buena fe. Aun en este caso, tal conducta será discriminatoria cuando, intencionada o no, tenga un especial impacto negativo sobre aquellas personas o grupos de personas que se encuentren en alguna de las categorías problemáticas indicadas en la directiva. Como se muestra en las conclusiones al caso Coleman, mientras que la discriminación directa y el acoso funcionan como un mecanismo excluyente, al impedir que el razonamiento del empresario pueda basarse en determinados motivos, la prohibición de la discriminación indirecta, en cambio, funciona como un mecanismo incluyente, al obligar a las personas empresarias a tener en cuenta dichos motivos, precisamente para atender a las necesidades específicas de quienes se incluyen en dichas categorías problemáticas.

El caso Coleman comenzó a analizar la discriminación directa por asociación como un supuesto extraordinariamente peculiar y diferente de la discriminación indirecta (Sempere Navarro y Martín Jiménez, 2008). Puede identificarse por tener una persona destinataria directa a la que se dirige la conducta lesiva. En este caso:

[...] la demandante no se queja del impacto que tuvo sobre ella una medida neutral en su condición de madre y cuidadora de un hijo discapacitado, sino que alega que su empresario la singularizó y la puso en el punto de mira precisamente a causa de su hijo discapacitado (apdo. 28 conclusiones).

Para ello no es obstáculo que la persona objeto del acto discriminatorio carezca de la característica problemática, pues el sujeto que posee esta característica, aunque no es el destinatario visible del acto discriminatorio, sí es su destinatario directo y, como tal, resulta dañado o colocado en peor situación.

En consecuencia, en la discriminación por asociación analizada en la sentencia Coleman, existen dos sujetos que, a través de conductas distintas, reciben un daño motivado por alguna de las circunstancias prohibidas en la directiva, la cual concurre en una de dichas personas, pero no en la otra.

1.2. El avance hacia la discriminación indirecta por asociación: la sentencia CHEZ y el camino hacia la discriminación por razón de etnia a la que no se pertenece

El Tribunal de Justicia, de nuevo en formación de Gran Sala, reiteró en su sentencia CHEZ que el principio de igualdad de trato no es aplicable a una categoría determinada de personas, sino de motivos enunciados como causas de discriminación. Para ello recurrió a la Directiva 2000/43/CE para proteger como víctima de discriminación por razón del origen étnico a una mujer que recibió un trato peyorativo por residir en una zona habitada principalmente por personas de etnia gitana que, a su vez, cuenta en Bulgaria con el estatuto de minoría étnica. Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia consolidó su interpretación sobre el concepto de discriminación por asociación (Moreno Cáliz, 2015, p. 134).

En particular, la señora Nikolova, titular de un pequeño establecimiento, demandó a la compañía eléctrica CHEZ RB. El origen del conflicto se encontraba en la decisión de la compañía eléctrica de situar los contadores a gran altura sobre el suelo, para impedir su manipulación por el vecindario del mayor barrio gitano de la ciudad. La empresa justificó su decisión en las importantes pérdidas económicas ocasionadas en el pasado por la manipulación de los contadores por los habitantes gitanos del barrio, una práctica habitual en los barrios similares de Bulgaria (apdo. 31). Por el contrario, en los no habitados por mayoría de etnia gitana, los contadores se ubicaban en el interior de las propias viviendas de los clientes, en las fachadas o en el vallado, a una altura de 1,70 metros, facilitando así la consulta de sus datos.

Esta sentencia vino precedida por otra cuestión prejudicial, el caso Belov⁶, de 2013, cuyo supuesto de hecho era prácticamente idéntico y de cuyas conclusiones se ocupó, con su acostumbrada brillantez, la abogada general Kokott. En ella, el Tribunal de Justicia no llegó a resolver la cuestión de fondo por un motivo procesal: la cuestión prejudicial la había planteado un órgano que carecía de la condición de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 247 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sus conclusiones, en cambio, inspiraron la sentencia CHEZ, que sí entró al fondo de la cuestión y se pronunció sobre la existencia de discriminación por asociación respecto del vecindario de dicho barrio a través de varios factores esenciales que la distinguieron de Coleman. En primer lugar, señaló que la discriminación por asociación también puede ser indirecta.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2013, Belov, asunto C-394/11 (ECLI:EU:C:2013:48).

En segundo lugar, extendió el ámbito subjetivo de la discriminación por asociación, pues ya no consideró necesario que el sujeto discriminado guardase «una estrecha relación personal» con quien presenta la característica discriminatoria, requerida en Coleman. Ni la señora Nikolova (caso CHEZ) ni la señora Belov (caso Belov) pertenecían a la etnia gitana, condición causante de la conducta discriminatoria, pero su relación con los sujetos discriminados tampoco era estrecha. Sin embargo, una y otra recibieron el mismo trato peyorativo por el solo hecho de habitar en su mismo barrio. Así pues, tras la sentencia CHEZ, cualquier persona puede ser víctima de una discriminación por asociación si sufre «daños colaterales» como consecuencia de una medida discriminatoria de carácter general y colectivo.

La sentencia CHEZ reiteró una idea fundamental ya anunciada con carácter general en la sentencia Feryn⁷: la existencia de una discriminación no exige que la víctima de la conducta discriminatoria tenga que ser singular e identificable. Por el contrario, la conducta discriminatoria puede perjudicar o suponer un trato menos favorable para un colectivo de personas, cuyo único elemento en común vendrá precisamente determinado por los daños colaterales sufridos como consecuencia de aquella.

La discriminación por asociación requiere siempre un elemento de comparación, sobre el que se ha de valorar la existencia de un trato menos favorable o de una situación de desventaja sufrida por quien haya sido codiscriminado. La sentencia CHEZ explicita que esta tarea de comparación ha de realizarse de acuerdo con una regla subjetiva y otra objetiva. La primera requiere una comparación respecto de quienes no sufren la desventaja, lo que *sensu contrario* parece descartar la comparación con la situación de las personas que sí la sufren. La sentencia CHEZ insiste en que la desventaja ocasionada por la colocación de los contadores no ha de tomar en consideración la situación en la que se encuentre el vecindario del barrio que no pertenezca a la etnia gitana. Ha de valorarse, en cambio, la situación de quienes viven en otros barrios no habitados mayoritariamente por personas de esta etnia.

A su vez, la regla objetiva precisa que el trato menos favorable empleado como elemento de comparación puede estar referido al trato recibido, que esté recibiendo o, incluso, que vaya a recibir la persona empleada como elemento de comparación. Esta consideración abre la puerta a la reclamación frente a probables discriminaciones futuras, presentadas por quien aun no haya sufrido ese perjuicio, pero previsiblemente lo vaya a sufrir. No constituye una afirmación aislada, pues el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse, anterior y posteriormente, sobre la legitimación activa de varias asociaciones profesionales para impugnar unas declaraciones discriminatorias en las fases previas a la relación laboral (Gil Otero, 2020).

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV, asunto C-54/07 (ECLI:EU:C:2008:397).

1.3. La sentencia Hakelbracht y otros: la Directiva 2006/54/CE y la discriminación por razón de sexo del/de la testigo que no lo es

La Sentencia de 20 de junio de 2019, Hakelbracht y otros, es la tercera y, hasta el momento, última de las sentencias del Tribunal de Justicia en las que se analiza y modula el derecho a la no discriminación por asociación. En ella, el Tribunal de Justicia amplía de nuevo los contornos de la discriminación por asociación y ofrece la interpretación más extensa hasta el momento de esta figura y de quienes se benefician de ella.

El supuesto de hecho partió de la entrevista de trabajo que la señora Vandebon realizó a la señora Hakelbracht como candidata al puesto de vendedora ofrecido por la empresa WTG Retail BVBA. En dicha entrevista, la señora Hakelbracht indicó que estaba embarazada de 3 meses. La señora Vandebon informó a la empresa de esta circunstancia, así como también de que la consideraba una candidata adecuada para el puesto de trabajo. Sin embargo, mediante correo electrónico, la empresa comunicó a la señora Vandebon su negativa a contratar a la candidata, debido a su embarazo. Pese a la advertencia que la primera hizo a la empresa sobre la ilegalidad de esta decisión, esta le remitió un segundo correo electrónico confirmando su decisión, que la señora Vandebon trasladó, a su vez, a la señora Hakelbracht. La afectada presentó una reclamación ante el Instituto para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que abrió un procedimiento durante el cual la empresa negó que el embarazo de la candidata hubiese sido la razón de su no contratación. También durante la tramitación de este procedimiento, la empresa entrevistó a la señora Vandebon y le reprochó haber sido la causa de la reclamación presentada por la candidata. 6 meses después de esta entrevista, la empresa comunicó a la señora Vandebon la extinción de su contrato por causas objetivas, entre las que figuraban «la ejecución incorrecta de las tareas confiadas, el incumplimiento de las consignas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden».

Ambas mujeres demandaron a WTG Retail una indemnización a tanto alzado correspondiente a 6 meses de salario y, ante la negativa de la empresa, iniciaron un procedimiento ante el Tribunal de lo laboral de Amberes, que reconoció la indemnización solicitada por la señora Hakelbracht en cuanto víctima de una discriminación directa por razón de sexo. Sin embargo, el mismo tribunal entendió que la señora Vandebon no merecía tal indemnización como víctima de una medida de represalia derivada de su participación como testigo en el procedimiento ante el Instituto, pues incumplía los requisitos exigidos por el artículo 22.2 de la Ley de género belga para ser considerada como testigo oficial: la capacidad de presentar un documento fechado y firmado relativo a su testimonio, o haber actuado como testigo en un procedimiento judicial. Tan estricta definición impedía considerar como testigo y proteger frente a las medidas de represalia a aquellas personas que defiendan o apoyen a quien ha presentado una reclamación, como en este caso, por discriminación por razón de sexo.

La sentencia HakeIbracht y otros continuó la tarea iniciada por sus predecesoras –Coleman y CHEZ– a la hora de configurar y ampliar los contornos del derecho a la no discriminación por asociación, en este caso por razón de sexo. Esta ampliación puede observarse en los elementos que se indican a continuación.

El Tribunal de Justicia afirmó que el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE no limita su protección a una categoría determinada de personas trabajadoras, ni a sus representantes. Tampoco exige que estas cumplan o hubieran cumplido determinados requisitos formales, como puede ser su participación como testigos en un procedimiento judicial. Por el contrario, el tribunal recordó que este artículo «debe entenderse en sentido amplio» e incluir a «todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que por otra parte se delimite tal categoría». En consecuencia, la protección exigida debe beneficiar a todas las personas trabajadoras en sentido amplio:

[...] los trabajadores contemplados en ese artículo, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada.

Desde el punto de vista subjetivo, el tribunal no solo extendió la protección al mayor número de sujetos, sino que también extendió a todos ellos el mismo nivel y la misma intensidad de protección. «Cualquier empleado que defienda o testifique a favor de una persona» amparada por la directiva «debe tener derecho a idéntica protección que la persona protegida». Dicha protección, por consiguiente, no se hace depender del cumplimiento de determinados requisitos formales, sino «del papel que hayan podido desempeñar esos trabajadores en favor de la persona protegida y que haya podido conducir al empresario de que se trate a tomar medidas desfavorables en su contra».

He ahí el vínculo entre ambos que conduce a la discriminación por asociación: el papel que unas personas trabajadoras hayan desempeñado «en favor» de otras que se consideren discriminadas por razón de sexo y como consecuencia del cual hayan recibido un trato peyorativo o desfavorable por parte de su empresa. Se protege, pues, a quienes «están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario». Es irrelevante a estos efectos si el apoyo a la persona discriminada se prestó de manera formal o informal; defendiendo a esta o testificando a su favor; a través de un procedimiento interno, administrativo o judicial. Ni la directiva permite una interpretación estricta en este punto, ni la normativa nacional puede introducir restricciones adicionales que no estén previstas en ella. Lo contrario reduciría el número de sujetos protegidos y la intensidad de la protección, lo que a su vez «podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54/CE, reduciendo la posibilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo»,

pues los sujetos desprotegidos «podrían verse desalentados de intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales». Junto a lo anterior, el tribunal aportó en esta sentencia otra importante novedad: la protección frente a las represalias empresariales ofrecida por el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE ha de ser idéntica a la que disfruta la persona discriminada y extenderse más allá de la duración de la relación laboral, también al periodo de acceso al empleo y al posterior a este, una vez concluida la relación.

Del contenido esencial de esta protección forma parte también el derecho a la tutela judicial efectiva, que se manifiesta específicamente en el derecho de quienes se consideren lesionados por no haberseles aplicado el principio de igualdad de trato a acceder a los procedimientos judiciales o administrativos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la directiva (apdo. 31). Si no se garantiza la protección, tampoco puede garantizarse la efectividad del derecho a la igualdad. En consecuencia, como ya habían indicado Coleman y CHEZ, cualquier restricción que pudieran introducir al respecto las normas nacionales impediría el correcto cumplimiento de la finalidad prevista por esta directiva.

En cuanto al tiempo durante el que se extiende la protección, la sentencia Hakeľbracht y otros sigue, en este punto, el camino ya iniciado por la anterior sentencia Coote⁸ a propósito de la Directiva 76/207/CEE, que extendió la protección tanto en el tiempo como en su objeto. Así, la persona trabajadora estará protegida también una vez concluida su relación laboral. En cuanto al objeto de protección, no solo se le protege frente al despido, sino frente a cualquier medida de represalia empresarial, incluyendo aquellas contra las que dicha persona difícilmente podría entablar una acción judicial, como la negativa de la empresa a ofrecer referencias de su trabajo una vez que haya sido despedida. Por lo tanto, las disposiciones nacionales que desarrollen la Directiva 2006/54/CE y, en particular, su artículo 24 han de ser interpretadas y valoradas en su conjunto para evaluar si incorporan restricciones que puedan dificultar la consecución del objetivo esencial de igualdad de trato. Una regulación nacional que aparentemente establezca «un sistema en materia de prueba sencillo y equilibrado en relación con la existencia y la fecha de los testimonios», como sucedía con la Ley de género belga, puede ser contraria a la directiva cuando, como en este caso, analizada en su conjunto:

[...] no enuncia meras normas de procedimiento o en materia de prueba, sino que pretende, en cualquier caso también, circunscribir la categoría de trabajadores contra las medidas de represalia de un modo más restrictivo que el previsto en el artículo 24 de la Directiva 2006/54, excluyendo, en particular, a los trabajadores que han apoyado, de manera informal, a la persona discriminada (apdo. 36 sentencia Hakeľbracht y otros).

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 1998, Coote/Granada Hospitality, asunto C-185/97 (ECLI:EU:C:1998:424).

No puede esconderse la enorme trascendencia que puede llegar a alcanzar esta cuestión, también a nivel interno respecto del desarrollo de los planes de igualdad, los planes de *compliance* o de protección de datos de las empresas.

La sentencia Hakelbracht y otros ha venido a recordar, en definitiva, la obligación de respetar las exigencias de la directiva no solo por parte de las normas legales que la trasponen, sino también por cualquier instrumento regulador que pueda afectar al respeto y cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, también por asociación. Así pues, la trasposición de una directiva puede ser la ocasión para que un ordenamiento jurídico nacional desarrolle de forma autónoma, más allá de los límites de la norma europea, medidas relacionadas con esa misma cuestión. No ha de olvidarse la naturaleza «de mínimos» de las directivas, así como que, aunque en los últimos tiempos, las trasposiciones llevadas a cabo por la legislación nacional carezcan de creatividad, la única exigencia en este sentido que se plasma en una directiva es que el ordenamiento nacional no reduzca el nivel de protección reconocido en ella.

2. La recepción en España de la discriminación por asociación: la conexión entre los sujetos

La sentencia Coleman ha tenido una repercusión innegable sobre la doctrina judicial española, que la ha acogido sin reservas. No ha sucedido así en el caso de los otros dos pronunciamientos, cuyo impacto ha sido mucho más limitado, por haberse quedado a la sombra del anterior. No se ha producido, por otra parte, modificación alguna que pudiera incorporar esta circunstancia a la legislación procesal. En el ámbito legislativo, la discriminación por asociación tan solo ha merecido recepción expresa en los artículos 2 e) y 63 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del artículo 22.4 del referido código.

Además de haberse convertido en el punto de partida para el reconocimiento de la discriminación por asociación, la sentencia Coleman ha permitido extender su prohibición a otras causas distintas de la discapacidad. Quienes negaron esta posibilidad defendieron una interpretación estricta del pronunciamiento y tacharon de «expansión desmesurada» su extensión a otros derechos fundamentales, que podría conducir a la «banalización» de estos (Ballester Escrig, 2020). Las voces críticas son, no obstante, minoría. La mayor parte de la doctrina ha venido defendiendo una interpretación extensiva de la discriminación por asociación, más allá de los límites ofrecidos por la pionera sentencia Coleman y, por consiguiente, más allá de la no discriminación por razón de discapacidad.

No puede pasarse por alto que el contenido de las decisiones del Tribunal de Justicia se encuentra limitado a las cuestiones que se le plantean. En la sentencia Coleman, la cuestión planteada se circunscribía a la discriminación por razón de discapacidad. Ahora bien, buena prueba de la posible aplicación de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales viene determinada por las posteriores sentencias CHEZ y Hakelbracht y otros, que la extendieron a otras causas, como fueron, respectivamente, el origen racial y el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto, de la garantía de indemnidad.

En segundo lugar, la interpretación extensiva del Tribunal de Justicia también amplió los contornos subjetivos de la discriminación por asociación: del número y cualidad de los sujetos afectados, y de la conexión que ha de existir entre la persona discriminada por asociación y aquella que posee la característica discriminatoria. En efecto, la protección ofrecida a quien sufre discriminación por asociación derivada de la vulneración de un derecho fundamental no es equiparable a la tutela que puede ofrecerse a través de otras vías del ordenamiento jurídico. Una buena muestra de esta dificultad puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 13 de abril de 2018, que se comentará posteriormente, en la que el demandante no consiguió demostrar su condición de víctima de acoso laboral, pero sí pudo obtener tutela como víctima de acoso discriminatorio por asociación.

En tercer lugar, la discriminación por asociación requiere, necesariamente, de su conexión con otros sujetos titulares de la característica discriminatoria, de la que carece quien sufre discriminación por asociación. En consecuencia, la discriminación producida no tiene que estar motivada en una única causa, sino que puede tratarse de una discriminación múltiple. En unos supuestos, esta multiplicidad será evidente, como en la sentencia Hakelbracht, donde concurre una discriminación por razón de sexo y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En otros casos, en cambio, resulta menos evidente, como sucede en el caso de la sentencia Coleman, en el que además de la discriminación por discapacidad puede apreciarse también una discriminación por razón de sexo y género en la medida en que la afectada lo es, precisamente, por su condición de madre (sexo) y cuidadora (género) de la persona discapacitada (Molina Navarrete, 2020).

El elemento que caracteriza y distingue a la discriminación por asociación es, precisamente, la relación o conexión existente entre las personas discriminadas o, en palabras de la sentencia Coleman, «la fuerte conexión» entre ambas. A quien demanda tutela frente a una situación de discriminación por asociación se le requerirá un plus en su actividad probatoria. Habrá de aportar indicios suficientes no solo de la existencia de una conducta discriminatoria por razón de sexo, edad, religión, identidad sexual o cualquiera de las causas previstas en el artículo 14 de la CE. Además, habrá de probar la fortaleza de su conexión con la persona o grupo titular de la causa discriminatoria. No ha de olvidarse que quien es discriminado por asociación carece de dicho rasgo o característica, así pues, no se trata de una mujer embarazada, ni pertenece a una etnia minoritaria, ni es una persona discapacitada o de edad avanzada, entre otros casos. Atendiendo a los diferentes tipos de relación que

puedan existir entre los sujetos discriminados, solo el parentesco ha merecido un reconocimiento específico en los artículos 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 8.12 de la Ley orgánica de libertad sindical (LOLS) (Ferrando García, 2020). En el primero se declaran nulas y sin efecto las normas, pactos o decisiones empresariales que den a situaciones de discriminación, entre otros motivos, por «vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa». Esta misma expresión la reitera el artículo 8.12 de la LOLS para calificar como infracción muy grave las decisiones empresariales que impliquen un tratamiento discriminatorio o desfavorable a las personas trabajadoras por este u otros motivos expresamente relacionados en él.

De la lectura de ambos preceptos parece claro que el vínculo de parentesco constituye un motivo capaz de originar una situación de discriminación. No se precisa, sin embargo, cuál es el exacto significado del término «parentesco» ni qué concreto tipo de relaciones familiares comprende. Parece obvio que en este término quedarían incluidas las relaciones familiares por consanguinidad o afinidad, si bien se desconoce si existe un grado máximo de parentesco hasta el que pueda extenderse dicha conexión. Junto a esta duda, son muchas las cuestiones que surgen alrededor de este concepto. La doctrina judicial ya ha admitido que pueda comprenderse en él la relación entre las partes cuando estas son pareja de hecho, aun si esta unión no ha sido registrada, y funciona como una convivencia común. O incluso cuando la pareja, que no ha sido registrada, tampoco tiene una relación de convivencia⁹. Pero no está claro si ampara una conducta discriminatoria respecto de una relación matrimonial o sentimental ya concluida. Se ha señalado, a estos efectos, que la discriminación por parentesco no se corresponde con la discriminación basada en el «estatus marital» (Ferrando García, 2020, p. 90). En este segundo supuesto, la persona es discriminada por causa de su estado civil, ya sea como consecuencia de su matrimonio o ausencia de él, por su convivencia con otra persona en análoga relación de afectividad, o por su condición de persona separada, divorciada o viuda. El estado civil es, en consecuencia, la causa de la conducta discriminatoria. Sin embargo, en el caso de la discriminación por asociación basada en el parentesco, el estado civil no es el causante de la conducta discriminatoria, sino el elemento transmisor de los efectos de esta. Así, una conducta sobre uno de los miembros del matrimonio o de la pareja repercutirá negativamente sobre el otro miembro, que en ocasiones puede ser el verdadero destinatario del daño¹⁰. Lo mismo sucederá cuando entre ellos no exista una relación matrimonial o de pareja, sino familiar, en la que una persona se verá perjudicada por su relación de parentesco con otra¹¹. Esta conexión entre las dos personas que sufren la discriminación es independiente de la causa que hubiera motivado la conducta discriminatoria. Además, como habrá ocasión de comprobar posteriormente, el vínculo existente entre las partes puede ser todavía más abierto. Así, a la

⁹ STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2021 (rec. 4447/2020).

¹⁰ Así sucede en la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018, citada.

¹¹ Es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 71/2020, de 29 de junio, entre otras.

relación de parentesco se suma con fuerza el vínculo existente entre los miembros de una pareja de hecho, incluso aunque no hubiera sido registrada como tal y, en consecuencia, las partes afectadas sean convivientes.

La STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2017 (rec. 2647/2017) analiza un despido que obedece a la pérdida total de confianza de la empresa en la pareja de hecho de la trabajadora despedida. En particular, la pareja de hecho era un antiguo trabajador recientemente despedido de la empresa que trabajaba, desde entonces, para otra empresa de la competencia. La principal curiosidad de esta sentencia reside en que, pese a ser de las primeras en mencionar expresamente la discriminación por asociación, no llegó a apreciar su concurrencia. Además, constituye una buena muestra de la dificultad que presenta la articulación de una demanda sobre lesión de derechos fundamentales cuando el perjuicio sufrido por quien demanda viene motivado por su relación afectiva con una tercera persona. En un supuesto como este, tan solo el reconocimiento de la discriminación por asociación puede facilitar la actividad del demandante. De otro modo, resultará extremadamente difícil que el actor pueda ofrecer indicios suficientes de un panorama discriminatorio cuando este trae su causa en una circunstancia ajena a la persona discriminada o a su conducta. Esta sentencia demuestra cómo la trabajadora –ya fuese por desconocimiento del funcionamiento de la discriminación por asociación, o por una estrategia procesal– no hizo uso de esta figura y planteó su demanda por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, argumentando que el despido obedecía a una represalia empresarial derivada del previo despido de su pareja de hecho y de su posterior impugnación judicial.

La sentencia reconoce la fortaleza del vínculo entre las partes como el elemento determinante del despido de la trabajadora y también, curiosamente, la posible existencia de «una suerte de discriminación por asociación, vinculada al propio ejercicio de acción judicial por el trabajador». Sin embargo, en una criticable decisión final, se niega a apreciar la concurrencia de la garantía de indemnidad, «por cuanto la acción no consta ejercitada por la propia trabajadora, en el modo exigido por la doctrina constitucional». Tampoco admite la existencia de una discriminación por asociación, que la propia sala había apuntado, porque esta admisión «reconduciría la cuestión a otra posible vulneración de derecho fundamental, lo que no ha sido objeto de planteamiento ni, por tanto, puede ser analizado en esta sede». Repárese en que la parte demandante ofreció suficientes indicios para considerar la conducta impugnada como una represalia derivada de la actuación de su pareja de hecho. De haberse admitido que la conducta impugnada constituía una discriminación por asociación de la trabajadora, ya fuese por parentesco en sentido amplio o ya derivada de la lesión de la garantía de indemnidad del trabajador con quien le unía dicho parentesco, probablemente hubiera prosperado la pretensión.

En otros supuestos, la conexión entre las partes será estrictamente laboral, o incluso anterior al acceso al empleo. Pero también una conexión circunstancial puede ser el elemento determinante de la situación de discriminación por asociación, como sucedió con quien vio extinguido su contrato de trabajo como represalia frente a la decisión adoptada

por una mesa electoral, de la que formaba parte, en el ámbito de un proceso de elecciones sindicales¹². Por consiguiente, la conexión entre los sujetos discriminados puede ser muy variada, sin que deba limitarse su naturaleza, ni reducirse a un listado de supuestos predeterminados. Sí es claro que para que pueda existir discriminación por asociación se precisa, al menos, de dos sujetos: quien posee la característica discriminatoria y quien, sin poseerla, resulta discriminado por ella. Para que se produzca la transmisión de los efectos discriminatorios de una persona a otra, se precisa un «conector», pero también que este tenga la potencia necesaria para que dicha transmisión sea posible y, al tiempo, suficientemente evidente como para poder ser apreciada como tal en un juicio.

Dadas las notables dificultades probatorias que presenta la discriminación por asociación, la delimitación del tipo de conexión que ha de existir entre los sujetos discriminados permitiría definir mejor los contornos de esta figura, facilitar su identificación y favorecer el éxito judicial de estas pretensiones, estimulando las demandas frente a estas situaciones y facilitando su identificación para los órganos jurisdiccionales. A las dudas que suscita la conexión entre los dos sujetos discriminados se añaden las que presenta la conexión entre quien causa la discriminación y quien sufre la discriminación por asociación. Esta cuestión, importante a la hora de definir e identificar la conducta lesiva, tiene además una incidencia particular a la hora de determinar si el conflicto puede ser conocido por los tribunales del orden social de la jurisdicción o si, por el contrario, no es una materia de la que hayan de ocuparse los tribunales laborales.

Como cuestión de orden público, la jurisdicción social solo conocerá de las cuestiones litigiosas atribuidas a ella por los artículos 1 y 2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) y que no figuren expresamente excluidas por el artículo 3 de la LRJS. Esto constituye un amplio espectro de supuestos, entre los que tienen cabida las pretensiones en materia de discriminación por asociación que se enmarquen en dichos parámetros. Además, el artículo 17.1 del ET, lejos de limitar estas controversias a las que puedan producirse entre las empresas y las personas trabajadoras, extiende la prohibición de discriminación en el ámbito laboral a:

[...] los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta.

En consecuencia, múltiples sujetos pueden dar lugar a múltiples situaciones de discriminación por asociación, de cuyo conocimiento habrán de ocuparse los tribunales laborales cuando estas se produzcan en el marco del orden jurisdiccional social.

¹² STSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017 (rec. 1806/2017).

Hasta el momento, pocas sentencias han analizado esta cuestión al hilo del concreto litigio sobre discriminación por asociación que hubieran de resolver. Entre ellas, resulta especialmente destacable la sentencia *Hakelbracht* y otros, en la que el Tribunal de Justicia se pronunció en términos muy amplios sobre los sujetos protegidos por el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, extendiéndolo a «todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo» (apdo. 7). El tribunal aclaró que dicho artículo «no limita la protección a los trabajadores que han presentado una reclamación o a sus representantes» (apdo. 8), sino que la extiende a quienes puedan haber sufrido una represalia empresarial. La interpretación amplia de este precepto que promueve la sentencia permite entender incluidas en dicha protección no solo a las personas trabajadoras que están al servicio de la empresa causante de la conducta discriminatoria, siempre y cuando puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por aquella. Así pues, quien trabaje en otra empresa, en una contrata, subcontrata, empresa auxiliar o de un grupo de empresas podrá ser víctima de una conducta discriminatoria por asociación, siempre y cuando resulte afectado negativamente por la decisión empresarial adoptada. Tampoco, como se ha dicho al comentar la sentencia *Hakelbracht* y otros, puede hacerse una interpretación restrictiva del término «trabajador». De acuerdo con ella, la protección ofrecida por la directiva alcanza también a quien demanda un empleo y a quien ha perdido esta condición debido a la extinción de su contrato de trabajo. Es suficiente con que la medida empresarial impugnada constituya una reacción a la reclamación presentada en materia de igualdad por razón de sexo, sin necesidad de que esta se hubiera presentado en la propia empresa.

De acuerdo con esta interpretación extensiva ofrecida por el Tribunal de Justicia, nada impediría que un TRADE presentase una demanda por discriminación por asociación por razón de sexo al haber sufrido un trato peyorativo por su empresa cliente como consecuencia de una reclamación en materia de discriminación por razón de sexo presentada en la empresa principal o en una empresa auxiliar. El elemento determinante para ello será la fortaleza de su conexión con el sujeto reclamante, esto es, que dicha conexión sea capaz de transmitir los efectos lesivos.

La doctrina judicial española ha profundizado en esta interpretación amplia, para extenderla también a quien no es persona trabajadora ni se ha visto perjudicada por una conducta empresarial, sino que se trata de una solicitante de prestaciones de Seguridad Social, como sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017). Es evidente que, en este supuesto, no concurre una relación laboral entre las partes del conflicto. Tampoco la demandante tiene, en este caso, la condición de trabajadora, como requería la sentencia *Hakelbracht* y otros. Esto no es obstáculo para que los tribunales laborales puedan reconocer la existencia de una discriminación por asociación, en la medida en que se trata de una cuestión litigiosa «en materia de prestaciones de Seguridad Social» (art. 2 o) LRJS). Así pues, puede afirmarse que el único límite que afecta a la conexión entre los sujetos de una situación de discriminación por asociación

en el ámbito laboral es aquel que permita conectar los efectos derivados de la cuestión litigiosa en el ámbito de competencias de la jurisdicción social, determinado por los citados artículos 2 y 3 de la LRJS.

La prueba de dicha conexión presenta, por último, ciertas especificidades. En primer lugar, la actividad probatoria se encuentra totalmente condicionada a la previa acreditación de la existencia de un panorama discriminatorio exigido por los artículos 96.1 y 183 de la LRJS. En otras palabras, la conexión de quien demanda con quien es titular de la característica discriminatoria solo tiene interés procesal si previamente ha conseguido acreditar la existencia de un panorama discriminatorio por cualquiera de los motivos indicados en el artículo 14 de la CE.

En segundo lugar, la prueba de la conexión existente con la persona titular de la característica discriminatoria no parece tratarse de una prueba indiciaria, sino de una prueba plena a la que no parecen aplicables las reglas de distribución de la carga de la prueba que contienen los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS. Las normas jurídicas no aportan ninguna precisión sobre el tipo de conexión que ha de existir entre los sujetos, de la misma manera que las sentencias que han resuelto sobre la discriminación por asociación apenas se han ocupado de la acreditación de esta relación entre los sujetos discriminados, pese al carácter esencial de la referida conexión en la conducta discriminatoria. La tarea de probar la conexión no parece revestir especial dificultad en determinados casos, como sucede con el parentesco, matrimonio o análoga relación de afectividad entre los sujetos. La dificultad será mayor, en cambio, en las discriminaciones indirectas por asociación, cuando la relación entre ambos no sea tan evidente, o si la persona discriminada por asociación lo fuere por su vinculación con un determinado grupo, con el que, no obstante, no comparta la característica causante de la discriminación, como sucedió en la sentencia CHEZ.

En tercer lugar, quien demande tutela habrá de acreditar, además, que la conexión tiene suficiente entidad para transmitir los efectos discriminatorios y no se trata, por lo tanto, de una conexión accidental o circunstancial. Así pues, un vínculo familiar puede no ser suficiente para acreditar la discriminación por asociación si no se demuestra, también, que dicha relación familiar es el hilo conductor de los efectos de la discriminación. Tanto en la STC 71/2020, de 29 de junio, como en la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2012 (rec. 4196/2011), la trabajadora discriminada lo fue por su condición de hermana de quien había sido hospitalizada por razón de parto, en la primera, y despedida por causa del embarazo de su hermana, en la segunda. Como cabe imaginar, no siempre será tarea sencilla demostrar la suficiencia de la conexión, y así se pone de manifiesto ante la comparación entre las distintas resoluciones judiciales. En ellas es posible observar que, aun cuando la conexión existente entre las partes sea la misma, se aprecian diferencias entre unos supuestos y otros, incluso cuando estos proceden del mismo tribunal. Respecto de la relación de pareja entre ambos sujetos, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018) apreció la existencia de acoso discriminatorio por asociación derivado de la relación matrimonial entre la trabajadora víctima de acoso sexual y su marido, también trabajador de la

misma empresa y víctima de acoso discriminatorio. Si bien la prueba del parentesco resultó sencilla, no lo fue tanto acreditar la relevancia de esta relación matrimonial como elemento de conexión de los efectos de la discriminación. En cambio, en la STSJ de Galicia de 25 de junio de 2020 (rec. 408/2020), la relación de pareja entre los afectados no se consideró que tuviera entidad suficiente para calificar la conducta empresarial como un supuesto de discriminación por asociación.

Dicha relevancia adquiere una importancia fundamental en aquellos casos en los que el *modus operandi* de la discriminación por asociación consistió en tratar peyorativamente o de manera menos favorable a un sujeto con el fin de producir un efecto negativo sobre aquel a quien realmente se quiere discriminar. En estos supuestos, el miedo o el sufrimiento por el daño ocasionado a una tercera persona ajena a dicho conflicto resulta ser el elemento determinante de la discriminación por asociación y es lo que permite dar cuenta de la intensidad de la conexión entre ambos.

3. La discapacidad como escenario natural para la recepción de la doctrina Coleman

La sentencia pionera en aplicar en España la doctrina Coleman a un supuesto de discriminación por discapacidad de un trabajador no discapacitado fue la STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011 (rec. 515/2011). El supuesto español guardaba extraordinaria similitud con aquella, al decidir el caso de una trabajadora despedida por disminución continuada y voluntaria de su rendimiento tras haber solicitado, apenas 1 mes antes del despido, la ayuda para cónyuge minusválido prevista en el convenio colectivo aplicable en su empresa. La sentencia constituyó un fiel reflejo de la doctrina Coleman, sin la cual hubiera resultado muy complicado apreciar el carácter discriminatorio de la conducta empresarial. La sala atribuyó un papel esencial a los «indicios evidentes de discriminación por discapacidad» aportados por la trabajadora demandante, entre los que destacó los siguientes: la superación por esta del periodo de prueba 1 mes antes del despido; la ausencia de amonestaciones o sanciones anteriores por bajo rendimiento; el mes escaso transcurrido entre la petición de la ayuda por cónyuge discapacitado y el despido; la poca antigüedad de la trabajadora, que abarata su despido frente al coste superior que supondría la mayor antigüedad de las otras personas trabajadoras que disfrutaban de la ayuda; y, en fin, el inmediato reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido y la puesta a disposición de la trabajadora de la indemnización correspondiente. Frente a esta intensa actividad indiciaria de la demandante, la sentencia acusó a la demandada de incumplir con su carga probatoria, pues tan solo aportó dos «contra-indicios»: la existencia de otras 12 personas trabajadoras de la empresa perceptoras del complemento por minusvalía, que no fueron despedidas; y la concesión y pago del complemento a la trabajadora antes del despido.

Sin embargo, la sentencia catalana evitó en todo momento calificar la conducta como discriminación por asociación y pareció negarse a considerar que esta pueda constituir una

categoría discriminatoria distinta o específica. Así pues, tras la sentencia Coleman, la discriminación por discapacidad también incluye «el comportamiento no deseado constitutivo de acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad» si demuestra que «está relacionado con la discapacidad» de un tercero (FJ 2.º). No menos importante resulta el tratamiento por esta sentencia de la inversión de la carga de la prueba y, especialmente, del valor de los indicios aportados por quien demanda y de la actividad probatoria desarrollada por quien es demandada.

En 2017 se dictó una nueva sentencia apreciando la existencia de discriminación por asociación por causa de discapacidad en el marco de un despido colectivo. Se trata de la STSJ de Andalucía/Sevilla de 9 de noviembre de 2017 (rec. 108/2017), a favor de una trabajadora que, pese a tener prioridad de permanencia en la empresa, en tanto que madre de un hijo con un 40 % de discapacidad y familia monoparental, resultó afectada por un despido y no fue recolocada. Pese a ello, la trabajadora no invocó la existencia de discriminación por asociación, por lo que el juzgado de lo social declaró la improcedencia del despido por incumplimiento por parte de la empresa de los compromisos adquiridos en el periodo de consultas. Esta circunstancia no hubiera debido impedir al juzgado de lo social la declaración de oficio de la nulidad del despido ante la concurrencia de unos indicios tan evidentes¹³ y de la escasa actividad probatoria desarrollada por parte de la demandada. Así lo reconoció, en suplicación, la sala andaluza, a partir de los referidos indicios aportados por la trabajadora y de la evidente falta de actividad probatoria de la empresa, que ni acreditó ni justificó los criterios seguidos para la inclusión de la actora en el proceso de despido colectivo, contraviniendo lo acordado en el proceso negociador. Pese a todo, lo que más llama la atención es la incapacidad de la sala para declarar la nulidad del despido (Velasco Portero, 2019), que se vio obligada a confirmar la improcedencia de la extinción, puesto que ni el juzgado de lo social declaró la nulidad del despido en su sentencia de instancia, ni la trabajadora solicitó dicha nulidad en fase de recurso.

Tal concatenación de errores admite pocas justificaciones, salvo quizás el deseo de la trabajadora de evitar el regreso a su empresa aparejado a la declaración de la nulidad de la conducta empresarial. Con todo, no deja de ser preocupante que una omisión de esta entidad pueda verse consolidada a lo largo de todo el *iter* judicial y no admita corrección en fase de recurso si la sala no cuenta para ello con la expresa petición de quien recurre. Ello pese al escaso margen de duda que ofrece la obligación contenida en los artículos 122.2 a) y b) y 124.13 a) de la LRJS a la hora de calificar como nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación o se hubiera producido con vulneración de derechos fundamentales.

¹³ Se acredita que esta es madre soltera con la guarda y custodia de un hijo menor de 10 años y con un 40 % de discapacidad; que por dicha circunstancia había solicitado con carácter previo al despido un cambio de horario; que la empresa le exigió la solicitud por escrito de este cambio horario y, tras ello, procedió a la extinción de su contrato de trabajo.

4. El dilema entre discriminación por asociación por razón de sexo y por circunstancias familiares

Más allá de la discapacidad, los tribunales españoles han sabido estimar otras causas que han conducido a nuevos supuestos de discriminación por asociación. En muchas de estas sentencias no es difícil apreciar que concurren simultáneamente varias causas discriminatorias, y que, con mucha frecuencia, una de ellas es la discriminación por razón de sexo, al ser generalmente una mujer la víctima de la conducta discriminatoria por asociación (Molina Navarrete, 2020). Son escasas las sentencias que otorgan un carácter principal al sexo o al género como causantes de la discriminación por asociación. La mayoría de ellas optan por atender a las circunstancias familiares como el elemento central de esta práctica discriminatoria.

Sin duda, la STC 26/2011, de 14 de marzo, supuso un verdadero hito en este punto, al reconocer por primera vez, que las circunstancias familiares constituyen una causa discriminatoria específica. Hasta entonces, la doctrina judicial había recurrido a la no discriminación por razón de sexo como fundamento de las conductas discriminatorias en las que estaba en juego el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. Un elemento más que significativo en esta sentencia resultó ser el sexo del demandante, pues en este caso fue un hombre quien deseaba ejercer sus derechos de conciliación y no una mujer, como sucedía tradicionalmente. La STC 26/2011 tuvo su origen en la demanda de amparo formulada por un trabajador que solicitó la asignación del horario nocturno fijo en lugar del régimen de turnos rotatorios que previamente había elegido. Fundó su petición en razones de conciliación de la vida laboral y familiar, para atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad. Tras haber agotado los recursos previos, el trabajador recurrió en amparo. El recurrente alegó la vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y, en lo que aquí interesa, que el rechazo de su pretensión implicaría una discriminación indirecta para su mujer, también trabajadora y madre de los menores, en tanto que se vería obligada a reducir su jornada de trabajo para el cuidado de aquellos.

En la misma línea que otras sentencias anteriormente comentadas, el TC evitó el empleo del término «discriminación por asociación» para definir la situación de la mujer del recurrente. Sin embargo, esta omisión no impidió que se analizase tal situación y que se admitiese que la conducta impugnada «pudiera, además, conllevar una repercusión negativa para su mujer», pues de aceptarse la negativa empresarial al cambio de turno:

[...] se consigue que *de facto*, sea solo la mujer la que atienda al cuidado de la familia, lo que supone un serio obstáculo a la igualdad de sexos y la perpetuación de una tendencia histórica, todavía muy arraigada, que diferencia los roles entre padres y madres a efectos laborales.

Llama especialmente la atención que la sala, y no el demandante, introdujese directamente las circunstancias familiares como una causa discriminatoria nueva y desconocida hasta entonces, distinta de las expresamente recogidas en el artículo 14 de la CE. La ausencia de participación de la mujer en el recurso presentado impidió que el TC pudiera profundizar sobre la existencia de la discriminación por asociación que dejó apuntada en su sentencia. Recordó en ella el tribunal que:

[...] a través del recurso de amparo solo pueden protegerse los derechos fundamentales de los directamente afectados, entendiendo como tales los titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado, que son los únicos que pueden conseguir de este tribunal la protección del propio derecho, sin que puedan lograrlo en relación con derechos fundamentales ajenos.

Con posterioridad, la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2015 (rec. 933/2014) recogió un nuevo supuesto de discriminación por asociación en el que, de nuevo, se evitó esta denominación para reconfigurarlo como un caso de discriminación por circunstancias familiares. Sin embargo, la publicidad que, en su momento, alcanzó esta sentencia permitió dar a conocer las características y el funcionamiento de la discriminación por asociación. La víctima de la conducta discriminatoria resultó ser una trabajadora de un ayuntamiento que, además, era la pareja de hecho de un concejal de la oposición. La oficialización de la relación sentimental entre ambos fue determinante respecto de la decisión de no renovación del contrato de la trabajadora a raíz de la intensa actividad de oposición desarrollada por su pareja. Para la sentencia «resulta evidente» que «la labor de oposición como concejal del ayuntamiento de la pareja de hecho de la demandante influyó decisivamente en el acuerdo municipal de dar por finalizada dicha relación laboral». Entre los indicios de tal influencia se destacó que «tal medida no se notificó a la trabajadora, que la conoció por su baja en el sistema de la Seguridad Social cuya fecha de formalización tuvo que ser sin duda muy próxima al Pleno» en el que su pareja de hecho solicitó la dimisión del alcalde. Pese al vínculo tan claro entre la actividad de su pareja y la represalia en forma de extinción injustificada de su contrato de trabajo, la sala madrileña evitó calificar esta conducta de discriminatoria por asociación y la vinculó a la relación familiar entre ambos sujetos.

Esta sentencia llamó también la atención sobre la relevancia de la actividad probatoria de las partes. De un lado, sobre la importancia de los indicios generadores de «un panorama discriminatorio más que fundado acerca de la auténtica razón por la que el demandado acordó la extinción contractual que venimos examinando». Frente a ellos, el ayuntamiento demandado ofreció una actividad probatoria más intensa de la que había venido siendo habitual en las sentencias dictadas hasta entonces sobre discriminación por asociación y justificó la procedencia de la extinción al tratarse de un contrato de duración determinada cuya cláusula de temporalidad era nula. Además, como «contra-indicio», aportó la posterior contratación de la madre del concejal de la oposición. Ninguno de ellos, sin embargo, tuvo suficiente peso para contrarrestar los indicios del panorama discriminatorio ofrecidos por la demandante, que terminó confirmando la sentencia.

El dilema anterior no fue el único en el camino a la hora de perfilar la discriminación por asociación. Así, nuestros tribunales también se plantearon la opción entre discriminación por razón de parentesco o por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad. Esta conexión no resulta extraña, en la medida en que la discriminación por asociación, especialmente cuando es una discriminación directa, suele aparecer en forma de represalia motivada por la conexión existente entre quien disfruta de la característica tutelada y quien, por su relación con esta persona, sufre las consecuencias de la conducta (Bogoni, 2019). En este punto, la sentencia Hakelbracht vino a allanar el complejo camino que tuvieron que recorrer las sentencias anteriores.

Una de las pioneras a este respecto fue la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2012 (rec. 4196/2011), que conoció del despido de una trabajadora como represalia empresarial ante la negativa de su hermana, embarazada y también trabajadora de la misma empresa, a aceptar tanto su despido como su reconocimiento como improcedente. Conocedora de la dificultad de extinguir el contrato de una trabajadora embarazada sin causa alguna para ello, de la que además fue advertida por la propia embarazada, la empresa le anunció su intención de despedir a la hermana de esta por disminución continuada y voluntaria de rendimiento y reconocer inmediatamente la improcedencia de este despido. Aunque se trata de un claro supuesto de discriminación por asociación, la sala no entró a valorar esta circunstancia ni admitió la eficacia de la doctrina del Tribunal de Justicia para la correcta calificación y enfoque de este caso. Bien es cierto que, en este supuesto, la relación de parentesco entre ambas trabajadoras no fue alegada como elemento de conexión que hubiera permitido aproximarse a la discriminación por asociación, sino como causa discriminatoria. Pese a ello, la sala gallega estimó la nulidad del despido de la trabajadora en tanto vulnerador del derecho a la:

[...] tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, más que a una discriminación por razón de parentesco [...] por cuanto el despido de la actora se produjo como una represalia ejercitada sobre ella al negarse su hermana, también trabajadora de la empresa, que se encontraba embarazada, a aceptar el despido y el reconocimiento de la improcedencia del mismo que se le ofrecía invocando, a la vez, causas económicas.

A pesar de la terminología, el despido realizado constituye un supuesto de discriminación por asociación, pues responde, en palabras de la propia sentencia, «a una represalia frente a la dificultad o imposibilidad de despedir a su hermana embarazada». Para ello, de acuerdo con el razonamiento de la sala, fueron determinantes dos elementos: el primero, la invocación, por parte de la trabajadora embarazada, de la nulidad de su despido, así como la intención de impugnarlo ante los tribunales si este se producía. El segundo, la amenaza expresa e inmediata, por parte del codemandado, jefe territorial de la empresa, a la trabajadora embarazada sobre que si ella no aceptaba «ya sabía quién era la siguiente de la lista», en obvia referencia a su hermana, finalmente despedida.

No deja de resultar llamativo que la sala haya reorientado esta cuestión como una discriminación por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y no, en cambio, por razón de sexo. Solo una trabajadora puede sufrir un despido como consecuencia de su embarazo, por lo que la conexión de la conducta empresarial con el sexo femenino no ofrece duda alguna. Sin embargo, en el caso de que la trabajadora embarazada no hubiera advertido expresamente a la empresa su intención de impugnar el despido, difícilmente hubiera sido posible aplicar la vulneración de la garantía de indemnidad, que requiere de una previa actuación por parte de la persona trabajadora encaminada a obtener la tutela de sus derechos.

Finalmente, dentro de las múltiples formas de vulneración del derecho a la igualdad por razón de sexo se encuentra la violencia de género. La reciente STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de abril de 2020 (rec. 1914/2019) muestra un supuesto de violencia de género a través de persona interpuesta como indicio de discriminación por asociación. Esta sentencia, que reproduce literalmente el contenido de la STS de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014), evidencia cómo las nuevas actuaciones discriminatorias han evolucionado con la finalidad de escapar, en la medida de lo posible, al reproche judicial, pero manteniendo, eso sí, plena eficacia en su propósito de dañar a la víctima. En ambas sentencias se enjuició el acceso a la pensión de viudedad por parte de una mujer maltratada durante los años anteriores a su separación matrimonial. Una y otra sentencia consideraron la violencia ejercida por el maltratador contra el hijo de la solicitante como un indicio del maltrato sufrido por esta. Tras recordar que la Ley orgánica 1/2014 admite la violencia sobre los menores del entorno familiar como una forma de violencia de género, aceptaron también, con cita expresa de la sentencia Coleman, que «al igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta [...] no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor».

5. El encaje de la discriminación por asociación en otros ámbitos

La vinculación de la sentencia Coleman a la discapacidad como causa de la discriminación por asociación no ha impedido que nuestros tribunales hayan reconocido diversas causas de discriminación ajenas a esta. Con todo, ha de resaltarse de nuevo que la víctima de las conductas discriminatorias, con independencia de cuál fuese la causa que la motiva, continúa siendo, en casi todas ellas, una mujer trabajadora, lo que no debe dejar de apuntarse como un elemento para la reflexión. La Directiva 2000/78/CE equiparó el acoso y la discriminación, de modo que cualquier acto constitutivo de acoso o de acoso por razón de sexo será considerado discriminatorio. Sin embargo, no siempre la conducta constitutiva de acoso se dirige directamente contra la persona a la que se quiere acosar. En ocasiones, el hostigamiento resulta más efectivo cuando la conducta se ejerce formalmente sobre una tercera persona con la que aquella presente un fuerte vínculo. En tal supuesto, la detección, identificación y calificación de la conducta como acoso y su prueba puede resultar una tarea

extremadamente compleja para quien denuncia, llegando a poner en peligro su tutela judicial. A esta situación han tratado de dar respuesta algunas sentencias que han admitido el acoso discriminatorio por asociación.

Una sentencia pionera y destacada en el tratamiento y reconocimiento del acoso discriminatorio por asociación como un concepto novedoso (Molina Navarrete, 2020) que permitió superar la limitada identificación anterior entre las figuras de acoso y de acoso moral ha sido la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018). En ella se recordó que el acoso «exige un propósito de dañar a la víctima». En consecuencia, el deseo y la intención de provocar un daño resulta ser el elemento clave de la conducta determinante de acoso moral. Hasta el punto de que, si dicha finalidad o intención no quedase acreditada en el proceso, dicha conducta solo podría ser constitutiva de una situación de conflicto o, como indica la sentencia, de «una situación subjetivamente percibida como acoso, pero no [de] un acoso moral».

Una exposición muy resumida de la situación de hecho que dio lugar a esta sentencia es la siguiente: tanto el recurrente como su esposa trabajaban para la misma empresa. Tras haber denunciado ella ante los mandos intermedios de la empresa la situación de acoso sexual a la que estaba siendo sometida por un superior¹⁴, estos no solo permanecieron inactivos, sino que promocionaron al directivo implicado en la situación de acoso. Posteriormente convocaron al marido de la denunciante para interrogarlo sobre la denuncia presentada por su esposa y la intención de esta de seguir adelante con su tramitación. La sentencia gallega interpretó esta reunión como una amenaza velada, a través de la que se quiso hacer ver al trabajador el vínculo existente entre su propia situación laboral y la suerte que pudiera correr la denuncia presentada por su esposa. La situación derivó en una fuerte presión hacia el marido, quien tras sufrir un infarto y ver perjudicada su salud demandó a la empresa por acoso laboral.

La sentencia de instancia declaró la inexistencia del acoso moral del trabajador, dada la ausencia de insultos, faltas de respeto, vejaciones, exceso de carga de trabajo u órdenes de la empresa que hubieran alterado las funciones del denunciante. Tan solo reconoció un distanciamiento o enfriamiento de la relación entre este y el resto de la directiva, que sí atribuyó al conflicto laboral causado por la denuncia previa presentada por su esposa. Sin embargo, no consideró este reconocimiento expreso como suficiente para estimar la demanda de acoso laboral presentada por el trabajador y marido de aquella.

La sala gallega apartó su foco de análisis del acoso moral, para dirigirlo hacia el acoso discriminatorio, a través de dos aportaciones más que significativas. En primer lugar, el acoso discriminatorio, a diferencia del moral, no exige la intención de dañar a la víctima,

¹⁴ La STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018 (rec. 5398/2017) fallaría a favor de la trabajadora y la reconocería como víctima de una conducta de acoso sexual.

sino que dicho daño se produzca efectivamente, exista o no intención de ocasionarlo. Así pues, en el acoso discriminatorio, el elemento de antijuridicidad de la conducta «se encuentra en el componente discriminatorio». En segundo lugar, la sentencia gallega se centró en «la conexión entre la situación laboral del trabajador recurrente y la situación laboral de su esposa». Esta conexión resultó ser el elemento clave del correcto análisis de esta situación. Hasta el punto de que, si se hubiera valorado la situación laboral del recurrente de forma aislada e independiente de la de su esposa, las consecuencias jurídicas hubieran sido, no solo diferentes, sino, incluso, erróneas. Para la sentencia:

[...] la situación laboral del trabajador recurrente no se explica en relación a su persona, sino que se explica en atención a la relación conyugal con su esposa y en atención a que esta ha sido sometida a un acoso sexual que no fue prevenido por la empresa.

En consecuencia, la sentencia gallega reconoció que el recurrente sufrió un acoso discriminatorio *per relationem* o por asociación con el acoso sexual y la discriminación por razón de sexo sufrida por su esposa. Para dejar claro que «cabe el acoso sexista por asociación», la sala se apoyó en la sentencia Coleman y en la interpretación que esta ofreció del artículo 2.1 c) de la Directiva 2000/78/CE, que alude a «la dignidad de la persona» y no a «su dignidad». Esta interpretación se plasmaría, posteriormente, en el artículo 7.2 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

De nuevo es posible apreciar en esta sentencia la pluriofensividad característica de la discriminación por asociación (Molina Navarrete, 2020). En concreto, el acoso sexual y por razón de sexo sufrido por la esposa del recurrente produjo, a su vez, los siguientes efectos sobre su esposo: a) la lesión de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar derivado de la vulneración de la garantía de confidencialidad que debe regir la correcta aplicación de un protocolo antiacoso; b) el acoso discriminatorio y la consiguiente vulneración del artículo 14 de la CE; y c) el acoso moral, con la consecuente vulneración del artículo 15 de la CE. Es posible apreciar que, como indicó la sentencia, la intención de dañar a la víctima del acoso moral se manifiesta «a través de una conducta compleja, continuada, predeterminada y sistemática», aunque sus actos no se hubieran dirigido directamente contra la víctima, sino contra otra persona conectada con ella, en este caso su esposo. Por lo tanto, la sentencia consideró acreditada la vulneración de la dignidad del trabajador recurrente:

[...] que debe ser calificada como un acoso discriminatorio sexista atendiendo a la conexión de la situación laboral del trabajador demandante con la discriminación sexista sufrida por su esposa y a la producción del efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo [art. 14 CE], y como un acoso moral atendiendo a que, además, se ha acreditado la finalidad de dañar a la víctima [art. 15 CE].

Los efectos de esta sentencia, unidos a los que habría de producir la posterior sentencia Hakelbracht del Tribunal de Justicia, no pueden pasar desapercibidos en la regulación de esta materia en los planes de igualdad y protocolos antiacoso. Tras estas sentencias resulta claro que el acoso discriminatorio debe ampliar su ámbito subjetivo y en esta línea deben ser interpretadas las normas que lo regulen. No debe contemplarse exclusivamente como una conducta bilateral, limitada al sujeto o sujetos autores de las conductas lesivas y al destinatario directo de estas. Debe ampliarse también a todos aquellos que, como consecuencia de los actos y conductas discriminatorias, vean menoscabada su dignidad ante la creación de un entorno intimidatorio, degradante y ofensivo, tanto si la víctima hubiera sido la destinataria directa o indirecta de estas conductas, y con independencia de la intención de crear o no dicho entorno. Además, la tutela que se dispense a la víctima directa de estas conductas ha de ser la misma que se ofrezca a sus víctimas indirectas y a quienes hubieran colaborado con su apoyo a la protección y tutela de la víctima, ya fuese a través de la vía judicial, extrajudicial o informal. Así las cosas, solo se conseguirá alcanzar la verdadera protección de las víctimas frente a las conductas de acoso cuando los procedimientos internos de investigación de estas contemplen la protección expresa de quienes hubieran testificado o colaborado en ellos a favor de la persona trabajadora acosada.

El reconocimiento de la discriminación por asociación ha permitido también ampliar la interpretación del derecho a la libertad sindical y ha puesto de manifiesto la mayor ambición de los tribunales españoles a la hora de admitir otras causas de la discriminación por asociación más allá de las contempladas en las tres sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia.

La primera sentencia que, a partir del modelo de la sentencia Coleman, extendió la discriminación por asociación al derecho fundamental a la libertad sindical fue la STSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017 (rec. 1806/2017). En buena medida se aprecia en ella el deseo de extender los contornos de la figura de la no discriminación más allá de los límites tradicionales en los que hasta entonces se movía este derecho (Rodríguez Rodríguez, 2018).

Un escueto resumen del supuesto de hecho permite destacar la decisión del trabajador demandante, en calidad de secretario de una mesa electoral, de inadmitir la candidatura de un sindicato por incumplimiento de los requisitos exigidos para ello. Tras una conversación del referido trabajador con un mando intermedio de la empresa en la que le indicó que la empresa vería con buenos ojos la presentación a las elecciones del sindicato rechazado, el trabajador vio extinguido su contrato de trabajo. El trabajador impugnó la decisión empresarial por vulneración de su derecho de libertad sindical, como represalia por su participación como miembro de la mesa electoral. Aunque la sala admitió que las actuaciones de la mesa electoral no están amparadas por el derecho de libertad sindical, «si la empresa adopta una medida de represalia por una decisión legal de la mesa que favorece a unos sindicatos frente a otros, tal actuación [...] supondría una discriminación por asociación o vinculación a la libertad sindical». Tras indicar que la discriminación por asociación protege, precisamente, a quien no es titular de la causa discriminatoria, por su vínculo o conexión con una tercera persona que sí la posee, afirmó que:

[...] aun cuando el actor no pertenece al colectivo amparado por la libertad sindical, si concluyéramos que fue represaliado por su actuación como árbitro independiente entre los distintos sindicatos que concurrían a las elecciones, el art. 28 CE estaría afectado, pues la amenaza de tal posible injerencia o represalia empresarial privaría de sentido a la exigible independencia de los miembros de la mesa, independencia que garantiza la actuación de los sindicatos en las elecciones en igualdad de condiciones en ejercicio de su libertad sindical y el efectivo trato peyorativo directamente vinculado con la libertad sindical de tales candidaturas sindicales.

A continuación, la sala analizó los indicios aportados por el trabajador, considerándolos suficientes para calificar la reacción de la empresa como una represalia. Dichos indicios fueron los siguientes: a) el actor fue designado miembro de la mesa electoral junto a dos trabajadores indefinidos; b) la mesa decide inadmitir la candidatura de un sindicato; c) impugnada esta decisión, se confirma a través de laudo arbitral; d) el día anterior a la emisión del laudo, el trabajador es cesado por fin de contrato; e) la juzgadora *a quo* no consideró acreditada la relación de temporalidad del trabajador, sino que su contratación respondía a necesidades permanentes de la empresa; f) la conversación grabada con su superior y las expresiones empleadas por este «por tratarse precisamente de un mando que ha defendido la continuidad del actor en la empresa». Lejos de encontrar obstáculos procesales, a diferencia de la ya comentada STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2017, la sala gallega abrió en esta sentencia las puertas a apreciar lesión del derecho de libertad sindical incluso respecto de un trabajador que no es titular de este derecho, aunque sí lo posea en calidad de miembro de la mesa electoral en la que se integra. Llama la atención, sin embargo, que indicios tales como la conexión temporal y la conversación mantenida entre el trabajador reclamante y un mando intermedio de la empresa, estimados fundamentales en esta sentencia, fueron considerados insuficientes para apreciar discriminación por asociación en otra sentencia dictada por el TSJ de Galicia en 2020, de la que se dará cuenta en breve.

Dos años después, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de agosto de 2019 (rec. 531/2019) colocaría a la discriminación por asociación en el mapa de las discriminaciones conocidas y reconocidas, especialmente por la publicidad y repercusión alcanzada por esta resolución. En ella se entremezclaba, una vez más, la relación entre los sujetos discriminados y la titularidad (Sánchez Trigueros y Folgoso Olmo, 2019) y ejercicio, solo por uno de ellos, de su derecho a la libertad sindical. También se puso expresamente de manifiesto el difícil encaje de la discriminación por asociación en las categorías tradicionales de discriminación directa e indirecta (Poyatos i Matas, 2019) y, en consecuencia, la obligación de ofrecer una interpretación expansiva del derecho a la igualdad y no discriminación que supere los formalismos y permita alcanzar una igualdad real y efectiva. La sala canaria defendió con convicción la figura de la discriminación por asociación y su moderada pero constante implantación en la doctrina judicial a partir de la sentencia Coleman. Recordó así la ya referida doctrina del mismo tribunal canario en su Sentencia de 2 de mayo de 2017, en materia de pensiones SOVI (seguro obligatorio de vejez e invalidez), y, en especial, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018, sobre acoso discriminatorio por asociación, ya referida.

Además de un excelente análisis de la situación, esta sentencia señaló con gran acierto la capacidad de una misma conducta discriminatoria por asociación para afectar simultáneamente a varios derechos fundamentales. Así sucedió en este caso, donde el despido de la actora fue la represalia a la constante actividad sindical desarrollada por su pareja sentimental, también trabajador de la empresa, que incomodaba a la empleadora. Como apuntó la sala, esta conducta no solo implicó una discriminación «anudada por asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja», sino que engarzó:

[...] también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora, por el hecho de ser pareja sentimental del representante social que mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa y de sus propios derechos laborales.

El otro gran avance realizado por esta sentencia fue la extensión de la discriminación por asociación con independencia del vínculo existente entre las partes. Se cumplió así la indicación de la sentencia Coleman, según la cual no se precisa una relación familiar o de parentesco entre los afectados, sino que será suficiente con que se acredite una «fuerte conexión entre ambos». En este caso, la relación entre la trabajadora despedida y su pareja era de simple afectividad, desde el momento en que solo consta su cohabitación, pero no así su inscripción como pareja de hecho en registro alguno. Este elemento no fue obstáculo para que la sentencia canaria apreciase que la fortaleza de la conexión entre ambas¹⁵ era suficiente para producir una traslación de los efectos peyorativos de la conducta discriminatoria hacia quien no es titular del derecho fundamental afectado, en este caso el de tutela judicial efectiva.

Ante la evidencia del panorama indiciario generado por la trabajadora, causante de la traslación de la carga probatoria prevista por el artículo 96 de la LRJS, la empresa hizo gala, también en esta sentencia, de una actividad probatoria claramente insuficiente. En palabras de la sala, el panorama indiciario habría podido desvirtuarse si esta hubiera razonado mínimamente la existencia de causas para proceder al despido disciplinario de la trabajadora, en lugar de no hacerlo y de reconocer, sin más, la improcedencia del despido. La nulidad de este, declarada finalmente por la sentencia, puso de manifiesto la aplicación por la sala canaria de «criterios flexibles y extensivos más allá de las personas aparentemente susceptibles de discriminación», con el fin de ofrecer una «protección reforzada y reparación» que permita evitar el uso de «nuevas estrategias discriminatorias» (Poyatos i Matas, 2019).

La posible extensión de la discriminación por asociación a la libertad ideológica solo se ha estudiado, hasta el momento, en la STSJ de Galicia de 25 de junio de 2020 (rec. 408/2020).

¹⁵ La posterior STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2021, citada, ni siquiera exigió la convivencia entre las partes para estimar dicha conexión y considerar discriminatorio por asociación, por razón de embarazo, el despido del trabajador motivado por el parto de su pareja. *Vid.* al respecto el comentario a esta sentencia, contenido en este mismo número, en Maneiro Vázquez (2021).

Paradójicamente, aunque esta sentencia denegó la existencia de discriminación por asociación –y revocó, en consecuencia, la sentencia de instancia que sí la había estimado–, introdujo interesantes cuestiones para su análisis. En ella se analizó la extinción del contrato de trabajo, por causas objetivas, sufrida por una trabajadora por cuenta ajena responsable de protocolo del Real Club Deportivo de La Coruña, SAD. El nuevo consejo de administración, nada más entrar en funcionamiento tras las elecciones, decidió asumir una parte de las funciones realizadas hasta entonces por esta trabajadora y derivar hacia otro compañero sus tareas menos especializadas. La trabajadora impugnó esta decisión empresarial por considerarla una represalia derivada de la presentación de su pareja a las elecciones para el consejo de administración por la candidatura contraria a la vencedora. Por consiguiente, impugnó la extinción de su contrato de trabajo como un supuesto de discriminación por asociación derivada de la vulneración de la libertad ideológica de su pareja, aportando para ello los siguientes indicios: 1) 3 días después de la elección del nuevo consejo de administración, al que su pareja se había presentado como candidato, el director general del club se reunió con la trabajadora para comunicarle, verbalmente, que el nuevo consejo había decidido asumir las funciones de protocolo que esta desempeñaba anteriormente, por lo que se la relevó de estas funciones con carácter inmediato. 2) La empresa entregó a la trabajadora la carta de extinción de su contrato por causas organizativas. 3) Entre la primera solicitud de la trabajadora y la recepción de la carta de extinción, la trabajadora mantuvo una conversación verbal con el presidente del club en la que este no negó que la reducción de sus funciones hubiera sido consecuencia directa de la candidatura presentada por la pareja de aquella. El juzgado de lo social¹⁶ estimó la pretensión de la trabajadora y declaró la nulidad de la extinción por apreciar una situación de discriminación por asociación. Sin embargo, el TSJ de Galicia revocó esta sentencia y denegó tanto la existencia de una discriminación por asociación, así como la vulneración de la garantía de indemnidad de la trabajadora. La situación de un candidato que se presenta a las elecciones del comité de administración de un club de fútbol no queda comprendida, a juicio de la sala, en el ámbito de la libertad ideológica. Esto impidió a la sala entender la existencia de una situación discriminatoria asociada a este, aunque sí apreció indicios de una posible vulneración del artículo 24.1 de la CE, al comprender la conducta como una represalia empresarial derivada de la actuación de la pareja de la trabajadora. Recordó, así, que:

[...] la juzgadora de instancia entiende que hay indicios de tal vulneración en tanto concluye que si la decisión inicial de la empresa (que vincula a su relación de pareja) era el vaciado de funciones de la actora, sus reclamaciones escritas son las que llevan a la decisión de despido.

Resulta llamativo cómo se admitió esta circunstancia, en particular que la conducta inicial de la empresa estaba vinculada a la relación de pareja de la trabajadora, pero no la discriminación por asociación que derivaría de ella.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de A Coruña de 25 de noviembre de 2019.

En este supuesto parece indudable que los perjuicios sufridos por la trabajadora, como fueron su inicial reducción de funciones y la posterior extinción de su contrato, no se habrían producido si su pareja no se hubiera presentado como candidato a las elecciones al consejo de administración de la entidad o, al menos, si dicha relación de pareja no hubiera sido conocida por la empresa. Al hilo de esta reflexión, cabe plantearse en qué medida el órgano judicial queda vinculado por el derecho fundamental alegado por quien demanda a la hora de apreciar la posible existencia de una situación de discriminación por asociación, si dicha discriminación hubiera sido provocada por el ejercicio de un derecho fundamental distinto. En segundo lugar, también es cuestionable en qué medida la víctima de una discriminación por asociación debe estar obligada a acreditar la previa lesión del derecho fundamental del tercero, como elemento determinante e imprescindible para que el órgano judicial pueda apreciar su propia discriminación. De ser así, esta exigencia podría requerir la superación de unas dificultades probatorias excesivas, derivadas de la actuación en nombre de quien es titular del derecho fundamental vulnerado, quien quizá no sufrirá represalia alguna, porque, en su lugar, la sufre otra persona vinculada con él. Finalmente, en qué medida la discriminación por asociación debe centrar su foco en la conexión entre los dos sujetos afectados –quien causa la discriminación y quien resulta afectado por la conducta lesiva–, cuando dicha vinculación resulta ser la verdadera fuente del trato peyorativo sufrido.

6. La consolidación y el expreso reconocimiento de la discriminación por asociación en la jurisprudencia del TS y del TC

El año 2020 trajo consigo el reconocimiento jurisprudencial del concepto de la discriminación por asociación de la mano de los más altos tribunales de nuestro sistema judicial. Tanto el TS como el TC han tenido ocasión de admitir la existencia de esta figura y confirmar la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia, de nuevo destacando la sentencia Coleman, en la interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación que recoge el artículo 14 de la CE. En sus sentencias, ambos ponen también de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una interpretación expansiva de este derecho fundamental como medio para ofrecer una tutela real y no solo formal.

La STS de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017) presenta un indudable valor. En primer lugar, porque, a través de ella, la Sala Cuarta constituida en Pleno unificó y rectificó su doctrina anterior para reconocer expresamente la existencia de una discriminación por asociación por razón de sexo en el acceso a las prestaciones del SOVI. Con ello, esta sentencia se distingue de los supuestos anteriormente comentados, en los que las conductas discriminatorias por asociación derivaban, exclusivamente, de una actuación empresarial, y puso de manifiesto un elemento de indudable valor: la discriminación por asociación también puede ser fruto de una incorrecta interpretación normativa. En segundo lugar, esta es la primera sentencia española que se ocupa de un supuesto de discriminación indirecta por

asociación en el que, consecuentemente, no existe una víctima específica, sino un colectivo perjudicado: «las consecuencias negativas son sufridas por quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación». Además, en tercer lugar, la valía de esta sentencia reside, también, en ser la primera resolución del TS en la que de forma abierta y expresa se reconoce y acoge el concepto de la discriminación por asociación –que, en otros momentos, la sentencia también denomina como «discriminación refleja» o «transferida»– y las sentencias Coleman y CHEZ como criterio interpretativo del artículo 14 de la CE.

El conflicto que dio lugar a la sentencia canaria primero y a la unificación de doctrina posterior tuvo su origen en la reclamación presentada por la demandante, al ver denegada su solicitud de prestación en favor de familiares tras el fallecimiento de su madre, por no haber sido esta titular de una pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente. La solicitante de la prestación reclamó frente a esta denegación, por entender que tal interpretación de la norma constituía una discriminación –también por asociación– por razón de sexo. La Sala Cuarta, en la misma línea que la recurrida STSJ de Canarias de 2 de mayo de 2017 (rec. 1237/2016), admitió expresamente que «nos encontramos aquí ante un supuesto de discriminación refleja o transferida» respecto de un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, y en el que «las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación». Insistió la sala en que:

[...] la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufre un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación.

Esta decisión confirmó la interpretación de la sala canaria, que reivindicó la obligación de los órganos judiciales de ofrecer una aplicación de las normas con perspectiva de género ante la «incontestable» y «abrumadora feminización de las pensiones de vejez del SOVI». A su vez, la referida sala canaria tuvo ocasión de emplear la nueva doctrina unificada en su Sentencia de 13 de marzo de 2020 (rec. 1400/2019), sobre un supuesto muy similar, en el que reconoció la prestación en favor de familiares a la hija de una pensionista del SOVI. Bien es cierto que esta sentencia no incidió tanto en el concepto de discriminación por asociación, como, sobre todo, en la interpretación y aplicación de las normas con perspectiva de género.

La reciente STC 71/2020, de 29 de julio, hace suya la doctrina Coleman para aplicarla, en este caso, a la discriminación por razón de sexo en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien esta circunstancia no impide que la jurisprudencia social resulte de aplicación al caso. Se trata de una sentencia «impecable», «bien argumentada» y «presenta la particularidad de ser la primera en que el TC, tras 40 años de vida, aprecia una discriminación

directa refleja o por asociación o por vinculación» (Casas Baamonde y Ángel Quiroga, 2020). La sala reconoce el carácter discriminatorio de la interpretación seguida por el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza respecto del disfrute de la «licencia por enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de parientes», reconocida a su personal estatutario sanitario por el artículo 47.1 c) del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud. En él se conceden 2 días de licencia retribuida «en casos de hospitalización o enfermedad grave» de familiar dentro del segundo grado de consanguinidad y se exige, como único requisito, el justificante de hospitalización del familiar, aportado, en este caso, por la solicitante.

En concreto, una enfermera de un hospital dependiente del Servicio Vasco de Salud, con vínculo estatutario fijo, había solicitado la concesión de 2 días de permiso con causa en la hospitalización de su hermana por razón de parto. Sin embargo, el 12 de junio de 2017, la dirección de personal del hospital denegó la solicitud del permiso al entender que el parto no estaba incluido entre las causas previstas por el artículo 47.1 c) del acuerdo. Fundamentó su decisión en el criterio interpretativo del acuerdo, de 13 de febrero de 2004, según el cual solo existiría hospitalización «cuando esta sea asimilada a la enfermedad grave y originada por esta» y que «en el caso de parto, no se cumple con dicho requisito ya que la hospitalización no está originada por una enfermedad grave, sino por alumbramiento». El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Bilbao, en su Sentencia 408/2018, de 29 de octubre, desestimó el recurso presentado por la solicitante contra el Servicio Vasco de Salud, alegando que:

[...] una interpretación armónica de tales artículos, integradora de los mismos, aconseja que el término hospitalización contemplado en el art. 47, no sea aplicable a los supuestos de hospitalización por alumbramiento –al menos en los casos de alumbramientos ordinarios– pues este supuesto acoge una interpretación ajustada a su naturaleza en los arts. 44 y 45 del acuerdo.

Tras haber sido recurrida en amparo por vulneración del artículo 14 de la CE, la STC 71/2020, de 31 de julio, acudió a la jurisprudencia social en materia de permisos para resolver la cuestión, dada la similitud existente entre este supuesto y el regulado por el artículo 37.3 b) del ET. En particular, el TC aplicó la doctrina contenida en la STS de 23 de abril de 2009 (rec. 44/2007), según la que, cuando la licencia viene causada por una hospitalización –sin mayor precisión–, la empresa no puede entrar a valorar la causa que la origina, ni excluir de ella la hospitalización producida por el alumbramiento. Lo contrario supondría, según el criterio de esta sentencia, una vulneración del principio constitucional de igualdad de trato, ya que las mujeres, al ser las únicas hospitalizadas por alumbramiento, quedarían privadas de la protección y del cuidado de sus familiares durante dichos ingresos hospitalarios.

El TC no se limitó en esta sentencia a seguir la doctrina de la Sala Cuarta, sino que se sirvió de la jurisprudencia derivada de Tribunal de Justicia para extender los contornos de la interpretación del artículo 14 de la CE. Así pues, en este supuesto no solo apreció la existencia de una discriminación directa por razón de sexo de la solicitante del permiso. Lo más relevante de esta sentencia es la interpretación extensiva de dicha discriminación, que

alcanza también a la familiar hospitalizada de la solicitante, quien sufriría igualmente una discriminación por razón de sexo por irradiación, vinculación o refleja. Para esta interpretación extensiva, la STC 71/2020 se inspiró en el caso Coleman: la persona trabajadora que sufre un tratamiento peyorativo y se ve privada del derecho al cuidado de un familiar por pertenecer este, y no el trabajador solicitante, a un determinado grupo u ostentar una determinada condición, como es, en este caso, la pertenencia al sexo femenino.

La negativa a extender el permiso por hospitalización para la atención a una familiar que acaba de dar a luz provoca una diferencia de trato para la que no se admite justificación razonada, lo que, a juicio del TC, impide entenderla como una discriminación indirecta. Constituye, en cambio, una discriminación directa, al constituir una diferencia de trato irrazonable. El TC reconoce la asunción del concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres». En consecuencia, tales medidas «están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». No deja de ser importante este reconocimiento expreso a la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la configuración de estas dos categorías discriminatorias que, en la actualidad, ya se encuentran plenamente reconocidas desde el punto de vista legislativo, tanto a nivel comunitario en la Directiva 2006/54/CE, como a nivel interno en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Los acuerdos alcanzados entre personas trabajadoras y empresas, o representantes de ambas, no pueden constituir el fundamento de una interpretación normativa discriminatoria. Así, las repercusiones negativas y peyorativas para las mujeres a las que conduce la interpretación del acuerdo analizado en la sentencia no se aminoran por el origen pactado de dicha interpretación. El acuerdo adoptado por la comisión paritaria no puede servir de fundamento para que la Administración sanitaria mantenga su interpretación en tal sentido. En especial, porque de la literalidad del artículo 47.1 c) del acuerdo no se deduce, en modo alguno, tal interpretación indebida de la norma realizada por el servicio de salud que «implica un trato menos favorable para las mujeres hospitalizadas como para los empleados o empleadas del Servicio Vasco de Salud que solicitan la licencia por hospitalización de mujeres de su familia». Si, por el contrario, el hospitalizado fuese un hombre, no se requeriría en ningún momento la justificación de su enfermedad ni de su gravedad, más allá del simple justificante de la hospitalización.

Para el TC, la existencia de otras licencias expresamente previstas para los casos de alumbramiento, de las que, además, pueden beneficiarse tanto el otro progenitor como los abuelos, tampoco puede ser fundamento de tal diferencia de trato. Estas licencias son independientes del permiso por hospitalización y, en este:

[...] la única razón por la que se excluye su aplicación a los familiares de la madre es que bajo el concepto de hospitalización se cubren todos los supuestos en los que una persona debe ser ingresada en un hospital, excepto aquel en que la hospitalización tenga como causa el alumbramiento de la mujer que necesita esa ayuda.

La mayor aportación de la STC 71/2020 reside en la calificación de esta conducta como un supuesto de discriminación refleja, indirecta o por asociación, que conlleva una doble discriminación directa. Por una parte, hacia el personal del Servicio Vasco de Salud, ya sean hombres o mujeres, que se verá privado de una licencia a la que hubiera tenido derecho si el hospitalizado fuese un familiar varón. Y, por otra parte, hacia las mujeres familiares de estos trabajadores, a quienes se les priva del derecho a recibir la atención de aquellos durante el tiempo que permanezcan hospitalizadas por parto. Estos «familiares sufren las consecuencias de una discriminación por sexo prohibida por el art. 14 CE de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto». Como bien indica la STC 71/2020, la trabajadora solicitante sufre un perjuicio laboral «aunque no sea en ella, sino en su hermana, en quien concurra la condición que da lugar a la discriminación».

La sentencia no muestra timidez alguna a la hora de reconocer el carácter determinante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷, en la configuración de la categoría de la discriminación refleja o por asociación. Así, recuerda que la sentencia Coleman ofreció la primera definición de este concepto y que la aplicación de la jurisprudencia sobre discriminación refleja permite «ahondar» en la protección al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, ampliarlo y «desplegar su sentido profundo», más allá de la simple aplicación formal de este derecho. Una interpretación más restrictiva que impidiese apreciar la discriminación por asociación lesionaría para el TC el derecho a la igualdad y no discriminación de la solicitante de amparo.

7. Apunte final

El giro jurisprudencial iniciado por el Tribunal de Justicia en las sentencias Coleman, CHEZ y Hakebrandt ha dado un vuelco a la tradicional interpretación del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Pero aun más importante, la incorporación de la categoría de discriminación por asociación a nuestra doctrina judicial nacional ha evidenciado que este derecho fundamental es un elemento tan vivo y cambiante como la realidad social en la que se integra.

A través de este recorrido jurisprudencial puede observarse que, una vez más, el Tribunal de Justicia ha abierto un nuevo camino a nuestros tribunales para extender la tutela a determinadas conductas que habían conseguido permanecer invisibles al tratamiento jurídico, pero que, pese a ello, o probablemente gracias a ello, generaban situaciones discriminatorias de igual gravedad que las tradicionalmente atendidas hasta el momento. La discriminación por asociación ha ensanchado y extendido las costuras de la igualdad y la

¹⁷ Sentencia de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina v. Croacia, núm. 23682/13, sobre la discriminación por discapacidad sufrida por el padre de un niño con discapacidad, a quien se le había negado una desgravación fiscal por vender su apartamento en un tercer piso para comprar una casa.

no discriminación para acoger en ellas la tutela de quien no es titular de la característica discriminatoria y para ofrecerle idéntica protección. El avance desde la discriminación *ratione personae* a la discriminación *ratione materiae* es un paso de gigante hacia el objetivo de la protección real y no solo formal de este derecho fundamental.

Si bien nuestros tribunales han sabido acoger la doctrina del Tribunal de Justicia e, incluso, extenderla a otras causas de discriminación distintas de las previstas expresamente en las sentencias europeas, lo han hecho con excesiva timidez. Hasta el momento, son continuas pero muy escasas las sentencias que se han ocupado de la discriminación por asociación. En ellas pueden advertirse, además, otros interrogantes tan numerosos como apasionantes. Algunos de ellos tienen un carácter eminentemente procesal, relacionados con la prueba de la fortaleza de la conexión que ha de existir entre la persona titular de la característica protegida y la persona que, sin serlo, sufre la conducta discriminatoria; de la calidad de los indicios que ha de ofrecer quien demande frente a una situación discriminatoria por asociación; y la carga de la prueba que ha de afrontar quien es demandado para aportar una justificación objetiva y razonable, capaz de destruir el panorama discriminatorio ya generado. Pero, además, la discriminación por asociación presenta cuestiones sustantivas no menos relevantes, especialmente respecto de determinados elementos sobre los que las diferentes sentencias han evitado poner su foco de atención. Por una parte, destaca el hecho de que las discriminaciones por asociación afectan, en su mayor parte, a más de un derecho fundamental, convirtiéndose así en discriminaciones múltiples. Por otra, que casi la totalidad de las sentencias analizadas incorporan una discriminación por razón de sexo o género a la que no siempre han prestado la debida atención. Y, en fin, que la doctrina judicial analizada en materia de discriminación por asociación ofrece pautas esenciales para el contenido de los nuevos planes de igualdad, entre otros instrumentos, que habrán de garantizar la protección, no solo de quienes sufran las conductas discriminatorias, sino también de quienes favorezcan su denuncia o investigación a través de procedimientos de denuncia formales o informales.

Estamos, pues, ante un tema clásico y novedoso, cuya eterna vitalidad reside en el constante caudal de dudas que despierta.

Referencias bibliográficas

Ballester Escrig, Jaume. (2020). Evolución jurisprudencial de la discriminación por asociación: contenido, límites y confrontación con la discriminación por razón de parentesco. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 69.

Bogoni, Milena. (2019). Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria. Una propuesta

de estudio desde el derecho social europeo. *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 229-266.

Casas Baamonde, María Emilia y Ángel Quiroga, Macarena. (2020). Discriminación directa «refleja» por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7.

- Ferrando García, Francisca María. (2020). La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral. *Labos*, 2(1), 89-108. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5540>.
- Gil Otero, Lidia. (2020). El papel procesal de las asociaciones de defensa de la igualdad ante la presunción discriminatoria en el acceso al empleo: especial mención a la discriminación por orientación sexual. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 153, 175-210.
- Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 141-148.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. La Ley.
- Moreno Cáliz, Susana. (2015). *Vivir en «barrios gitanos» también margina a quienes no lo son: discriminación por asociación. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 392, 131-134.
- Muñoz Ruiz, Ana Belén. (2012). Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo: el caso Coleman como «leading case». En Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Carmen Martínez Capdevila, Irene Blázquez Navarro y Javier Frutos Miranda (Coords.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)* (pp. 1.099-1.116). La Ley.
- Pérez Campos, Ana Isabel. (2018). Discriminación por asociación. En Carmen Sánchez Trigueros (Dir.^a), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres* (pp. 225-244). Boletín Oficial del Estado.
- Poyatos i Matas, Gloria. (2019). *Despido de la trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación «por asociación». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 166-172.
- Rodríguez Rodríguez, Emma. (2018). La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 48.
- Sánchez Trigueros, Carmen y Folgado Olmo, Antonio. (2019). Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente y Martín Jiménez, Rodrigo. (4 de noviembre de 2008). Discriminaciones reflejas (el caso de la Sra. Coleman). *LegalToday*. <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/noticias-de-derecho/discriminaciones-reflejas-el-caso-de-la-sra-coleman-2008-11-04/>.
- Velasco Portero, María Teresa. (2019). Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia. *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 215-228.