

DISCRIMINACIÓN Y ACOSO POR «TRASLACIÓN DE LA DISCAPACIDAD» O «DISCRIMINACIÓN POR VINCULACIÓN»

[Comentario a la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06,
S. Coleman y Attridge Law, Steve Law] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

LA discriminación y el acoso violentan la «dignidad humana» debida al discriminado o acosado, de ahí su prohibición legal. Constituyen auténticas «plagas laborales» de nuestro tiempo al extremo de llegarse a los supuestos de «discriminación y acoso por vinculación o por traslación de la discapacidad». Además de consideraciones jurídicas, atinentes a la salvaguardia de la debida a la «dignidad humana», también otras de orden sociológico abundan en la oportunidad de la proscripción de semejantes supuestos de discriminación y acoso laboral, porque en los tiempos que nos ha tocado vivir, de desmantelamiento del «Estado de bienestar» y minimización de los sistemas de Seguridad Social, el cuidado de los discapacitados recae de manera preponderante sobre los familiares, de ahí que la «extensión» de la prohibición de los supuestos de acoso por «vinculación de la discapacidad» o de «discriminación por traslación de la discapacidad» contribuya a preservar semejante y ahora indispensable, por consecuente con la «dignidad humana», función social **

Palabras clave: discapacidad, acoso, traslación de la discapacidad y acoso/discriminación por vinculación.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 309, diciembre 2008 o en *Normacef Social*.

** La importancia de la materia atendida en la sentencia objeto de comentario se pone de manifiesto por la atención que ha merecido en la prensa, así en diario *El Mundo* del domingo 7 de septiembre de 2008, pág. 40, se da una amplia noticia de la misma bajo el título «Discriminación por cuidar a un discapacitado»; también en el diario económico *Expansión* de 6 y 7 de septiembre de 2008, pág. 8, se da cuenta de la sentencia objeto de comentario en amplia referencia con el título «Discriminación por discapacidad de un familiar a cargo del trabajador».

Sumario

- I. Introducción.
- II. Breve referencia al supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario y cuestiones prejudiciales planteadas.
- III. Consideraciones generales sobre la normativa comunitaria que, protegiendo la dignidad de la persona humana, prohíbe la discriminación por pertenencia a las «categorías problemáticas».
- IV. Significado y alcance de la «discriminación por vinculación» o «discriminación por traslación de la discapacidad».
- V. La Directiva 2000/78/CE y la noción de discapacidad.
- VI. La definición de «discapacidad» por el Tribunal de Justicia comunitario.
- VII. Sobre el concepto de discapacidad deducible de nuestro ordenamiento jurídico y la normativa social internacional. Confusión entre «discapacidad», «invalidez» y «minusvalía».
- VIII. La «discriminación por vinculación» o «traslación de la discapacidad» y la protección de las «categorías problemáticas».
 1. Consideraciones generales.
 2. «Traslación de la discapacidad». Discriminación y acoso por discapacidad «traslativa». Las «categorías problemáticas» y la protección de sus miembros.
- IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad puede generar un ambiente hostil hacia el trabajador, lo que ha propiciado una legislación comunitaria prohibitiva de los actos de discriminación y acoso por semejante circunstancia. Norma comunitaria ejemplar al respecto es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la cual a su vez tiene su fundamento en el artículo 13 de la CE ¹ (modificado sutilmente por el Tratado de Niza), que ha de considerarse la norma fundamental o básica en la materia y cuyo contenido es el siguiente:

«Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de (...) discapacidad».

El artículo 13 de la CE (art. añadido al Tratado CE en virtud del Tratado de Ámsterdam) «singulariza motivos específicos de discriminación que considera problemáticos –o, para tomar prestado un término del Derecho constitucional de los Estados Unidos, "categorías problemáticas" ²– y los convierte en el blanco de la legislación comunitaria contraria a la discriminación. Aun cuando el Consejo disfruta de considerable discrecionalidad para adoptar medidas que se ciñan a circunstancias y contextos sociales particulares, no cabe interpretar el artículo 13 de la CE en el sentido de que autoriza a promulgar legislación que sea incompatible con sus objetivos y con su espíritu y que limite la protección que los redactores del Tratado pretenden garantizar. En consecuencia, la legislación que se promulgue basándose en el artículo 13 de la CE deberá interpretarse a la luz de los objetivos que persigue el propio artículo 13 de la CE» ³.

¹ Sistema con que se designa al Tratado Constitutivo de La Comunidad Europea, de tal manera que sus artículos se numeran seguidos de CE, así por ejemplo, «artículo 13 de la CE».

² Sobre la noción de «categorías problemáticas» en el Derecho (constitucional) de EE.UU., y su desarrollo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (USA), *vid.* J. BALKIN, *Plessy, Brown and Grutter: A Play in Three Acts* (2005) 26 Cardozo L. Rev 1689.

³ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 7 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia, el cual añade además lo siguiente: «No cabe excluir, por supuesto, la posibilidad de medidas contrarias a la discriminación adoptadas en virtud del artículo 13 de la CE que puedan contravenir esa misma disposición (por ejemplo, medidas que ofrezcan protección, frente a la discriminación basada en las creencias religiosas, únicamente a los fieles de algunas religiones, pero no a los de todas ellas). Además, tal como Christopher McCrudden sugiere en "Thinking about the discrimination directives", (2005) 1 *European Journal of Anti-Discrimination Law* 17, 20, la igualdad de trato y la no discriminación que garantiza la Directiva deben inscribirse en un contexto de los derechos humanos más amplio.

Efectivamente, «el artículo 13 de la CE expresa el valor que el ordenamiento jurídico comunitario atribuye al principio de igualdad de trato y de no discriminación. Por lo tanto, toda interpretación de dicho artículo o de cualquier Directiva adoptada sobre esa base jurídica debe efectuarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre dichos principios. La propia Directiva afirma en su artículo 1 que tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación (...) con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es clara en lo que atañe al papel que desempeñan la igualdad de trato y la no discriminación en el ordenamiento jurídico comunitario. En la sentencia dictada en el asunto Mangold, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva constituye un aspecto práctico del principio de igualdad⁴. La doctrina en materia de discriminación ha puesto de relieve que «la cuestión de si está prohibida la discriminación por vinculación no se desprende con nitidez del artículo 13 de la CE y de las Directivas adoptadas sobre la base de dicho artículo. Pero se ha sugerido que es muy probable que tal discriminación se considere incluida en el ámbito de las Directivas que prohíben la discriminación»⁵.

Se precisa que «a efectos de determinar qué igualdad se requiere en cada caso concreto, es útil recordar los valores que subyacen a la igualdad, valores que no son otros que la dignidad humana y la autonomía personal. En su dimensión más elemental, la dignidad humana implica reconocer a cada individuo el mismo valor. La vida de cada uno es valiosa por el mero hecho de ser humana, y ninguna vida es más valiosa o menos valiosa que cualquier otra⁶. Por consiguiente, los individuos y las

El cuarto considerando de la Directiva hace referencia al "derecho universal" a "la igualdad ante la ley y a estar (protegido) contra la discriminación" que está "reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales". (Se puede añadir) a esta lista la Carta de Derechos Fundamentales, cuyo capítulo III está consagrado a la igualdad y que incluye una disposición específica sobre la integración de personas con discapacidades (art. 26). Un reciente paso en materia de derechos humanos internacionales relacionado con las cuestiones de discapacidad es la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. La Convención fue adoptada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006 y abierta a la firma el 30 de marzo de 2007, momento en que la firmaron 81 Estados y la Comunidad Europea. Entre otros extremos, la Convención prevé que las partes signatarias deberán prohibir "toda discriminación por motivo de discapacidad" (art. 5, apdo. 2)».

⁴ Según precisa el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 8 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia, *vid.* STJCE de 22 de noviembre de 2005, Werner Mangold y Rüdiger Helm, asunto C-144/04.

⁵ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la nota 5 de su escrito de conclusiones presentado el 31 de enero de 2008, remitiéndose a D. SCHIEK, L. WADDINGTON y M. BELL (eds.) *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, 2007, págs. 169 y 170.

⁶ Indica DWORKIN, R., *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós; Barcelona 2008, en págs. 24-254, que «casi todos compartimos dos principios muy básicos (que identifican los aspectos más abstractos de la condición humana). Cada uno de ellos es más complejo de lo que podría parecer a simple vista (...): el primer principio –al que llamaré el "principio del valor intrínseco"– sostiene que toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo. Tiene valor como potencialidad; una vez que una vida humana ha empezado, es importante cómo evoluciona. Es algo bueno que esa vida tenga éxito y que su potencial se realice, y es algo malo que fracase y que su potencial se malogre. Esta es una cuestión de valor objetivo, no meramente subjetivo (...). El éxito o fracaso de cualquier vida humana es algo importante en sí mismo, es algo que todos tenemos razones para querer, o deplorar (...). El segundo principio –el "principio de la responsabilidad personal"– sostiene que cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución del logro de su propia vida, una responsabilidad que incluye el empleo de su juicio para estimar qué clase de vida sería para ella una vida lograda. No debe aceptar que ninguna otra persona tenga derecho a dictarle esos valores personales ni a imponérselos sin su consentimiento (...). Estos dos principios (...) definen juntos las bases y condiciones de la dignidad humana, y por esta razón (pueden referirse) como "principios o dimensiones de la dignidad"».

instituciones políticas no deben actuar de tal modo que se menoscabe la importancia intrínseca de cada vida humana. Un valor también relevante, aunque distinto, es la autonomía personal. Supone que los individuos deben ser capaces de planear y dirigir el curso de su vida a través de una sucesión de elecciones entre diferentes opciones válidas. El ejercicio de la autonomía presupone que la gente pueda elegir entre un abanico de opciones válidas. Cuando actuamos como agentes autónomos, tomando decisiones sobre el modo en que queremos que se desarrolle nuestra vida, se concreta nuestra integridad personal, sentido de la dignidad y autorrespeto»⁷.

Ciertamente a la protección de los discapacitados puede pretendérselo encontrar otra base en los artículos 136⁸ y 137.1 j) de la CE⁹. A tenor de este último precepto la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en su lucha contra la «exclusión social», no obstante lo cual «presenta un carácter distinto del que tiene el artículo 13 de la CE. Crea una base jurídica que permite completar la armonización de algunos aspectos de la política social de los Estados miembros. Por ese motivo constituye una base jurídica más amplia que el artículo 13 de la CE, tanto *ratione*

⁷ Vid. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, especialmente pág. 154. Precizando el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la nota 9 de su escrito de conclusiones presentado el 31 de enero de 2008, que «en aras de la exactitud, debe indicarse que algunos autores incluyen el valor de la autonomía personal dentro de la dignidad. Lo mismo sucede con la manera en que la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales trata ambos conceptos».

⁸ Según el artículo 136 de la CE: «La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el (...) Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas».

⁹ A su tenor «1. Para la consecución de los objetivos del artículo 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión (...); g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral (...); i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social (...); 2. A tal fin, el Consejo: a) podrá adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; b) podrá adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas (...); 3. Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2. En tal caso se asegurará de que, a más tardar en la fecha en la que deba estar transpuesta una directiva con arreglo al artículo 249, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias; el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha directiva; 4. Las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: No afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de este. No impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con el (...) Tratado».

persone como *ratione materiae*, puesto que también resulta aplicable a categorías de «excluidos» distintas de las contempladas en el artículo 13 de la CE y porque puede perseguir objetivos diferentes de la mera prohibición de discriminación»¹⁰. La diferencia del alcance entre ambos preceptos, artículos 13 y 137.1 j) de la CE, se manifiesta, asimismo, en los distintos tipos de medidas que pueden tomarse sobre la base del último de ellos [art. 137.1 j) CE].

Por su parte «la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad establecida en el artículo 123 de la CE, tal como la desarrolla la Directiva 2000/78/CE, implica un requisito cualitativo general que los Estados miembros deben cumplir cuando legislan y adoptan actos administrativos en materia de empleo y ocupación con respecto a los discapacitados y que también deben cumplirse en las relaciones horizontales entre empresarios y trabajadores en el mercado laboral»¹¹.

Consiguientemente porque los artículos 123, 136 y 137.1 j) de la CE contemplan aspectos específicos de la prohibición de discriminación por pertenencia a las «categorías problemáticas», resulta que «es correcto elegir el artículo 13 de la CE como única base jurídica de la prohibición general de discriminación por motivo de discapacidad».

II. BREVE REFERENCIA AL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Los hechos objeto de atención en el litigio principal, resumidamente expuestos, y según se recogen en la sentencia objeto de comentario fueron los que a continuación se indican. La demandante en la instancia (Sra. C.) que trabajaba desde 2001, como secretaria, en A. L. (un despacho de abogados, *Solicitors*, de Londres), tuvo en 2002 un hijo discapacitado (con padecimientos de laringomalacia y broncomalacia, congénitas), siendo la propia trabajadora la cuidadora principal de su hijo. El 4 de marzo de 2005, la Sra. C. extinguió su contrato de trabajo, al parecer por exceso de plantilla, lo que puso fin al contrato que la vinculaba con su empresario.

No obstante, el 30 de agosto de 2005 presentó una demanda en el Employment Tribunal, London South, en la que sostuvo que había sido víctima de un «despido encubierto» (*constructive unfair dismissal*) alegando discriminación por motivo de discapacidad, contra sus antiguos empleadores, y que la habían tratado de una manera menos favorable que a los trabajadores que no tenían hijos discapacitados, sometiéndola a una conducta que generó un ambiente hostil hacia su persona.

Como ejemplo del trato discriminatorio que afirmaba le había sido deparado, alegó en la demanda que sus empleadores¹² se habían negado a permitir que se reincorporara a su antiguo pue-

¹⁰ Conclusiones 42 y 43 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, de su escrito presentado el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A., STJCE de 11 de julio de 2006.

¹¹ Conclusión 44 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, de su escrito presentado el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, antes referido.

¹² Dado el sistema jurídico (laboral) del Reino Unido se hace referencia en estos casos a varios empleadores o empresarios y no a un único empleador o empresario.

to de trabajo al finalizar su permiso de maternidad, calificándola de «perezosa» cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar de su hijo, negándose a darle la misma flexibilidad en las condiciones de trabajo que a los demás trabajadores que no tenían hijos discapacitados; que afirmaban que estaba sirviéndose de su «jodido hijo» en provecho de sus condiciones de trabajo, y que la habían sometido a un procedimiento disciplinario, no habiendo tramitado adecuadamente la queja que había presentado contra el maltrato del que estaba siendo objeto ¹³.

En sus alegaciones en la instancia la trabajadora (Sra. C.) solicitó amparo en el Derecho nacional (la Disability Discrimination Act 1995 y en la Directiva 2000/78/CE), señalando que la finalidad de la Directiva no era prohibir solo la discriminación contra las propias personas discapacitadas, sino también la discriminación contra aquellos individuos que eran víctimas de discriminación por estar vinculados a una persona con discapacidad, demandando del órgano judicial *a quo* (Employment Tribunal, London South) que este debía interpretar la Disability Discrimination Act de conformidad con la Directiva 2000/78/CE y, consecuentemente, garantizar su protección contra la discriminación de que era objeto, basada en su vinculación a una persona con discapacidad.

Dado que la trabajadora (Sra. C.) únicamente podría ganar el juicio en el caso de que de la Directiva se dedujese la prohibición de toda «discriminación por vinculación», el Employment Tribunal, London South, decidió suspender el procedimiento del litigio principal y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

1. En el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, ¿protege la Directiva (2000/78/CE) solo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso?
2. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva (2000/78/CE) a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?

¹³ Precisa la sentencia objeto de comentario que con arreglo al Derecho del Reino Unido, cuando se celebra una vista preliminar sobre una cuestión de Derecho, el Tribunal que conoce del asunto presume que los hechos se han producido del modo en que los relata la parte demandante. Presumiéndose en el caso objeto de atención (como singularmente relevantes a los efectos de la cuestión prejudicial planteada) que los hechos del litigio, en el asunto principal, fueron los siguientes: a) Que al reincorporarse la Sra. C. al trabajo tras el permiso de maternidad, su antiguo empresario se opuso a que se reintegrara en el puesto que había ocupado hasta ese momento, en circunstancias en las que sí se habría permitido que padres de hijos no discapacitados recuperaran sus antiguos puestos; b) Que el empresario también se opuso a concederle la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que a aquellos de sus compañeros de trabajo que son padres de hijos no discapacitados; c) Que la Sra. C. fue calificada de «perezosa» cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar a su hijo, mientras que tales facilidades sí se concedieron a padres de hijos no discapacitados; d) Que la reclamación oficial que formuló contra el mal trato que padecía no fue objeto de la debida consideración, de manera que la Sra. C. se sintió obligada a retirarla; e) Que se produjeron comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra la Sra. C. así como contra su hijo, en tanto que no se había formulado ningún comentario de esta naturaleza cuando otros empleados se vieron obligados a solicitar una reducción de la jornada laboral o mayor flexibilidad para ocuparse de sus hijos no discapacitados; f) Que al haber llegado en ocasiones tarde a la oficina, a causa de problemas en el cuidado de su hijo, se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad, pero que, sin embargo, no se había amenazado de esta manera a otros trabajadores con hijos no discapacitados que llegaban tarde al trabajo por las mismas razones».

3. Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva (2000/78/CE)?
4. Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo del trato hacia dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva (2000/78/CE)?

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NORMATIVA COMUNITARIA QUE, PROTEGIENDO LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA, PROHÍBE LA DISCRIMINACIÓN POR PERTENENCIA A LAS «CATEGORÍAS PROBLEMÁTICAS»

Ciertamente «la finalidad del artículo 13 de la CE y de la Directiva es proteger la dignidad y autonomía de las personas incluidas en las mencionadas categorías problemáticas. La manera más fácil de que la dignidad y la autonomía de una de esas personas resulte afectada es situarla directamente en el punto de mira por tener una característica problemática»¹⁴. Por consiguiente:

- «Tratar a alguien peor por razón de discapacidad socava ese valor especial y único que tienen las personas en virtud de su condición humana»¹⁵.
- «Respetar la autonomía significa que no debe privarse a las personas de opciones válidas en ámbitos de importancia fundamental para su vida basándose en que estén incluidas en categorías problemáticas»¹⁶.

Puede afirmarse¹⁷ que el acceso al empleo y el desarrollo profesional revisten fundamental importancia para cada individuo, no solo como medio de ganarse la vida, sino también como un modo importante de realizarse y de desarrollar sus potencialidades. De tal manera, que quien discrimina a un individuo incluido en una categoría problemática, le priva injustamente de opciones válidas y como resultado de ello, la capacidad de esa persona para llevar una vida autónoma queda gravemente comprometida, ya que un aspecto importante de su vida no va a depender de sus propias opciones sino de los prejuicios de otras personas.

¹⁴ Según precisa el Abogado General Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 10 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

¹⁵ Indica el Abogado General Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 10 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

¹⁶ Señala el Abogado General Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 11 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

¹⁷ Siguiendo los razonamientos expuestos por el Abogado General Sr. Poiars Maduro, en las conclusiones 11 a 14, de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

Esto es, al tratar peor a las personas incluidas en esos grupos (las «categorías problemáticas») debido a sus características, quien discrimina les impide ejercer su autonomía. En este punto, parece justo y razonable que intervenga alguna legislación que prohíba la discriminación, pues en lo esencial, el objetivo de valorar la igualdad y de comprometerse a conseguirla a través de la ley es garantizar a cada persona las condiciones de una vida autónoma. Ahora bien, colocar directamente en el punto de mira a una persona por tener una característica particular no es el único modo de discriminarla, pues existen modos de discriminar más sutiles y menos evidentes. Efectivamente ¹⁸:

- a) «Un modo de menoscabar la dignidad y la autonomía de las personas incluidas en un grupo determinado consiste en actuar directamente, no contra ellas mismas, sino contra terceras personas estrechamente vinculadas a ellas y que no están incluidas en el grupo. Una sólida concepción de la igualdad requiere que la legislación que reprime la discriminación se aplique asimismo a esas formas más sutiles de discriminación, puesto que también afectan a aquellas personas incluidas en categorías problemáticas».
- b) Es «evidente que la dignidad de una persona con una característica problemática no solo se vulnera discriminándola directamente, sino que la vulneración puede revestir la misma gravedad si esa persona ve cómo otra persona sufre discriminación por el mero hecho de estar vinculada a ella. De este modo, 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».
- c) «Esta forma más sutil de discriminación socava la capacidad para ejercer su autonomía de las personas que tienen una característica problemática. Los individuos que forman parte de determinados grupos son, a menudo, más vulnerables que el individuo medio, de manera que acaban acudiendo a las personas con la que están estrechamente vinculadas para buscar ayuda en sus esfuerzos por llevar una vida acorde con sus opciones fundamentales».
- d) «Cuando alguien priva a un individuo de opciones válidas en ámbitos de fundamental importancia para la vida por estar tal individuo vinculado a una persona que tiene una característica problemática, también priva a esta última persona de opciones válidas y le impide ejercer su autonomía. Dicho de otra manera, la persona incluida en la categoría problemática queda excluida de un abanico de posibilidades que, de otro modo, habría estado a su disposición».

IV. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA «DISCRIMINACIÓN POR VINCULACIÓN» O «DISCRIMINACIÓN POR TRASLACIÓN DE LA DISCAPACIDAD»

Ha de repararse en que la toma en consideración de la «discriminación por vinculación» o «por traslación de la discapacidad», que acepta sin ambages y desarrolla la sentencia objeto de

¹⁸ Conforme a las conclusiones 11 a 14, de las presentadas el Abogado General Sr. Poiars Maduro el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

comentario, supone un cambio de extraordinaria importancia en el significado y alcance que venía dándose a la normativa comunitaria en materia de prohibición de discriminación por discapacidad.

Efectivamente, «de los trabajos preparatorios para la adopción del artículo 13 de la CE y de los términos del mismo se desprende que los autores del Tratado fueron reticentes en la elaboración de esta disposición complementaria de no discriminación. A medida que avanzaban las negociaciones para la firma del tratado de Ámsterdam se iban restringiendo cada vez más las propuestas iniciales de dicho artículo»¹⁹. Aquella reticencia²⁰ se ponía de manifiesto en que aquel precepto comunitario:

- Daba ocasión a una base jurídica que solo vale para la adopción de «acciones adecuadas».
- Que «la descripción de los motivos por los que se prohíbe la discriminación, (era) exhaustiva, a diferencia de los clásicos tratados internacionales sobre derechos humanos»²¹.
- Que «la restricción relacionada (tenía) carácter subsidiario.
- Que «para la aplicación del artículo 13 de la CE (resultaba) necesario que la acción considerada se (situase) dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad»²².

De ahí que un radical apego a la literalidad de las definiciones y delimitaciones establecidas en la Directiva 2000/78/CE, con justificación fundada en que los efectos económicos y financieros de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad podía dejarse notar sobre todo en

¹⁹ Conclusión 46 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, de su escrito presentado el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, antes referido.

²⁰ Conclusión 47 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, de su escrito presentado el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, antes referido.

²¹ También del artículo II-21 del Tratado constitucional europeo, que formulan de manera enunciativa la lista de motivos por los que se prohíbe la discriminación.

²² Añadiendo el ilustre miembro del Tribunal de Justicia comunitario en su sentencia de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, que en los «argumentos basados en los trabajos preparatorios del Tratado y en razones gramaticales, también existen motivos de fondo que rechazan una interpretación extensiva», señalando que «el objeto de algunas discriminaciones prohibidas enumeradas en el artículo 13 de la CE, como la discriminaciones por razón de (...) discapacidad, implican que toda forma de desigualdad prohibida que se comprueba en el trato tiene como reverso de la misma moneda:

- El derecho material a la igualdad en el acceso a la profesión o a la empresa, o al mantenimiento en las mismas.
- El derecho material a la igualdad de condiciones laborales.
- El derecho material al beneficio que compensen o reduzcan las limitaciones causadas por (...) discapacidad de una formación particular o de infraestructuras».

Precisando que «habida cuenta de las consecuencias potencialmente drásticas, en el plano económico y financiero, que tales prohibiciones de discriminación puedan tener en las relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí y en las verticales entre autoridades públicas y los ciudadanos interesados, el legislador suele definir con precisión, en el ámbito nacional, el alcance de tales prohibiciones, incluidas las excepciones y limitaciones justificadas, así como las medidas que razonablemente deban tomarse con carácter compensatorio». Efectivamente, continúa aquel Abogado General, «las especificaciones que la Directiva 2000/78/CE introduce con respecto a la prohibición de discriminación por motivos de (...) discapacidad, en particular en sus artículos 5 y 6, indican que también el legislador comunitario era consciente de estas repercusiones económicas y financieras potencialmente drásticas».

los ámbitos cubiertos, efectivamente, por el Tratado, pero respecto de los que la Comunidad tenía, como mucho, competencias compartidas, y más a menudo complementarias (siendo el caso de la política de empleo, respecto de la cual la Comunidad tiene una reducida competencia de coordinación, regulada en los arts. 125 a 130 CE, y de la política social, respecto de la cual, según el art. 137 CE, apdo. 1, primera frase, la comunidad «apoyará y complementará» la acción de los Estados miembros ²³).

Debían pues, se dijo, tanto los jueces nacionales como el Tribunal de Justicia, respetar rígidamente las opciones hechas por el legislador comunitario en la normativa de desarrollo del artículo 13 de la CE en lo que se refiere a la definición de la prohibición de discriminación y a la delimitación material y personal de dicha prohibición, no pudiendo ampliar estas opciones, justificando la ubicación y delimitación general de este artículo «dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad», afirmándose que todavía quedaba «menos margen para ampliar el ámbito de aplicación material del artículo 13 de la CE al amparo del principio general de igualdad» ²⁴.

Así se desterraba cualquier pretensión de interpretar extensivamente tanto el artículo 13 de la CE como la normativa adoptada por el legislador comunitario en su desarrollo ²⁵, aduciéndose que tal interpretación ampliatoria o extensiva tendría el efecto de crear «un «punto de apoyo», a partir del cual podrían utilizarse las prohibiciones de discriminación definidas en el artículo 13 de la CE para corregir, «sin intervención de los autores del Tratado ni del legislador comunitario, las

²³ Conclusión 52 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, de su escrito presentado el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, antes referido.

²⁴ Conclusión 53 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, de su escrito presentado el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, antes referido.

²⁵ Por el contra de la posición adoptada por el Tribunal del Justicia comunitario en su sentencia de 22 de noviembre de 2005 (asunto C-144/04, Mangold), en la que, entre otras cosas, estableció lo siguiente: «La Directiva 2000/78/CE no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto "establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual", mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Por lo tanto, el principio de no discriminación por razón de (discapacidad) debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario. Cuando una normativa nacional está comprendida en su ámbito de aplicación, (...), el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con tal principio (sentencia de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00). Consiguientemente, el respeto al principio general de igualdad de trato, en particular por razón de (discapacidad) no puede, por sí solo, depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de (discapacidad), especialmente en lo relativo a la organización de las vías de recurso adecuadas, la carga de la prueba, la protección contra las represalias, el diálogo social, las acciones positivas y otras medidas específicas de aplicación de dicha Directiva. En estas circunstancias, corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de (discapacidad), garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de este, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias». *Id.* SSTJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, asunto 106/77, y de 5 de marzo de 1998, Solred, asunto C-347/96.

consideraciones hechas por los Estados miembros en el ejercicio de las competencias que (tenían) atribuidas»²⁶.

Si bien a semejante interpretación restrictiva podría buscársele apoyo en que según el Tratado de la CE, el centro de gravedad de las competencias comunitarias en la materia, no hacía deseable llegar a un resultado uniforme, tanto desde la perspectiva de la sistemática del Tratado como desde el punto de vista del equilibrio institucional²⁷. En su contra podía aducirse:

- Por una parte, que el hecho de que una materia no hubiera sido plenamente armonizada o de que la Comunidad solo tuviera limitada competencia para legislar en modo alguno implicaba que debía reducirse al mínimo la intervención del Derecho comunitario, fuera de la clase que fuese. Esto es, el hecho de que en materia de derechos fundamentales la Comunidad tuviera una competencia limitada no significaba que cuando decidiese ejercer dicha competencia tan solo pudiese establecer niveles mínimos de protección de los derechos fundamentales²⁸.
- Por otra parte, que el Tribunal de Justicia comunitario, «en su calidad de juez comunitario, (debía) disponer de una base de competencias indiscutible y superior si se (deseaba) corregir las decisiones que, de conformidad con los requisitos impuestos por la Constitución nacional (adoptase), un legislador nacional que, además (actuase), dentro del respeto de las competencias que (tuviese) atribuidas»²⁹.

V. LA DIRECTIVA 2000/78/CE Y LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD

Se viene considerando, dado que las disposiciones de la Directiva 2000/78/CE «establecen requisitos mínimos, reconociendo a los Estados miembros la facultad de introducir o mantener disposiciones más favorables», que su aplicación «no puede servir para justificar retroceso alguno con respecto a la situación ya existente en cada Estado miembro», y que su contenido es indisponible para las legislaciones de los Estados miembros.

²⁶ Conclusión 54 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, de su escrito presentado el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, antes referido.

²⁷ Precisándose, «a mayor abundamiento», lo siguiente:

- a) «Hacer operativas en la práctica las prohibiciones de discriminación (por discapacidad) requiere siempre que el legislador haga opciones dolorosas, si no trágicas, cuando pondera los intereses en juego, como los derechos de los discapacitados».
- b) «No es infrecuente que la aplicación de estas prohibiciones de discriminación requiera unas compensaciones financieras, que se considerarán razonables, (...), en función de los recursos económicos disponibles y del nivel de bienestar general de los Estados miembros de que se trate».
- c) «En el ámbito nacional no se hacen tales consideraciones en un vacío de Estado de Derecho. Por regla general suelen ser cotejadas con los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales y con las disposiciones relevantes de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos».

²⁸ Precisa el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 24 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

²⁹ Conclusión 55 de las presentadas por el del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, antes referido.

Por ello sus considerandos constituyen un punto de valor inapreciable para poder indagar cuál es el «estado de la cuestión» en el Derecho europeo, y además imprescindible para poder interpretar aquella norma comunitaria correctamente, estableciendo su concreto contenido y alcance, habida cuenta, además, del uso que hace de conceptos jurídicos indeterminados.

Constituye un efecto de la Directiva, según precisa el Tribunal de Justicia comunitario en la sentencia objeto de comentario, prohibir que un empresario se base (entre otros posible motivos) en la discapacidad para tratar a ciertos trabajadores peor que a otros, pues «proceder de esta manera equivale a tratar a esos individuos de un modo injusto y a no respetar su dignidad y autonomía».

Se recuerda en la indicada Directiva comunitaria que, de conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, esta «se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario».

El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación, precisa la aludida Directiva comunitaria, «constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (...), los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio núm. 111 OIT prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación».

Es importante, resalta la misma Directiva, «respetar estos derechos y estas libertades fundamentales», añadiendo que ya «la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas (...) con discapacidad».

Ya las Directrices para el empleo, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki, subrayan, según la Directiva 2000/78/CE, «la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad».

El empleo y la ocupación, insiste la referida Directiva comunitaria, son «elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal», consecuentemente «la discriminación por motivos de (...) discapacidad (...) puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas». A tal fin, se establece rotundamente, en la mencionada Directiva comunitaria, lo siguiente:

«Se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta³⁰ por motivos de (...) discapacidad»³¹.

Solamente «en muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a (...) una discapacidad, constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado»³². Además, apostilla la citada Directiva «las personas que hayan sido objeto de discriminación, basada en la discapacidad, (...) deben disponer de medios de protección jurídica adecuados, porque la aplicación efectiva del principio de igualdad exige una protección judicial adecuada contra las represalias».

Con la aludida protección contra «las represalias» se quiere significar que la misma no debe limitarse y reconducirse a la «garantía de indemnidad», en los términos estrictos en que la define nuestra jurisprudencia constitucional³³, apoyándose esta consideración en que la propia jurisprudencia constitucional deja entrever una concepción amplia de «protección contra las posibles represalias del emplea-

³⁰ Establece la Directiva 2000/78/CE que existe «discriminación directa» cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos en la propia norma establecidos. La «discriminación indirecta» surge según la indicada disposición comunitaria, de disposiciones que, aparentemente, se aplican por igual a los miembros de diferentes grupos sociales, pero que en realidad perjudica más a unos que a otros, entonces «puede considerarse indirectamente discriminatoria». El tratamiento de la discriminación directa e indirecta no se parifica. Existe «discriminación indirecta», o «de impacto adverso», cuando aun siendo formalmente neutros los criterios de diferenciación aplicados, produzcan un resultado adverso para los integrantes de un grupo social. Los casos de discriminación indirecta incluyen supuestos en los que se compara «no son individuos», sino «grupos sociales» en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas contra actos discriminatorios.

³¹ Singular transcendencia tienen las siguientes precisiones efectuadas en la exposición de motivos de la Directiva 2000/78/CE, según las cuales: a) «Las disposiciones de la (...) Directiva no se aplicarán a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado de la CE, ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo»; b) «La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas»; c) «La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad»; d) «La (...) Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad»; e) «Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre. Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda».

³² Es más, «la prohibición de discriminación no debe obstaculizar al mantenimiento o a la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con una (...) discapacidad, determinada».

³³ Según los cuales (SSTC 7/1993 y 14/1993, de 18 de enero, y 54/1995, de 24 de febrero) «conlleva que del ejercicio de acciones judiciales, o de los actos preparativos o previos al proceso, no puedan seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para quienes ejercen las acciones instando la actuación judicial, siendo que tal garantía es especialmente relevante en el ámbito de la Jurisdicción Social, dada la existencia de una relación de clara subordinación y dependencia de una de las partes del contrato, lo que supone que en este ámbito con mayor probabilidad pueda darse la situación de represalia que tal garantía constitucional intenta obviar».

dor o empresario», al afirmar que tal garantía ha pasado «a formar parte del entramado esencial de derechos fundamentales, que le deben ser respetados al trabajador tras su incorporación a la empresa».

En ese sentido se pronuncia una reiterada jurisprudencia menor³⁴, según la cual «una interpretación estricta del ámbito protegido por la garantía de indemnidad puede chocar con la letra de las disposiciones sobre protección contra represalias pues, según se ha visto, en ellas se prevé la protección tanto de las acciones judiciales como de las reclamaciones efectuadas en la empresa», añadiendo que «esas actuaciones que caen fuera de la cobertura del artículo 24.1 de la C. Esp.³⁵ podrían ser atendidas mediante otros instrumentos»³⁶.

VI. LA DEFINICIÓN DE «DISCAPACIDAD» POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMUNITARIO

La jurisprudencia comunitaria no se ha detenido en establecer un concepto inequívoco de «discapacidad». Como indica aquella jurisprudencia «el concepto de discapacidad no viene definido en la propia Directiva 2000/78/CE»³⁷, precisando³⁸ que se trata de un «concepto jurídico indeterminado susceptible de múltiples interpretaciones en su aplicación práctica», y que «no solo como término médico-científico, sino también en su significado social, está sujeto a una evolución relativamente rápida», al extremo de que «no cabe descartar que determinadas deficiencias físicas o psíquicas tengan la consideración de discapacidad en un contexto social determinado, mientras que en otro no sea así».

Añadiendo que aquella «versatilidad y sensibilidad del concepto discapacidad, según el contexto en que se inscribe, puede llevar a grandes diferencias en la interpretación y aplicación de la prohibición de discriminación», lo cual si por un lado «aboga a favor de una interpretación uniforme», por otro «la combinación de la dinámica y variación que se produce en la percepción científica y en la idea que la sociedad se forma del fenómeno de la discapacidad impone prudencia a la hora de buscar la uniformidad».

Ciertamente, el dinamismo propio del concepto mismo de «discapacidad» se pone de manifiesto cuando se repara en que «a lo largo de la historia social de los dos últimos siglos se ha ampliado indudablemente el círculo de personas consideradas discapacitadas», lo cual «está relacionado con la drástica mejora de la salud pública en las sociedades de mayor bienestar». Mejora que «tuvo

³⁴ SSTSJ del Principado de Asturias de 9 julio de 2004, y de Cantabria de 24 de abril de 2006.

³⁵ C. Esp. = Constitución Española.

³⁶ Así, destaca la STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2006, «en el asunto resuelto por la Sentencia del TC 197/1998 se acudió a la libertad de información del artículo 20 de la C. Esp. para fundar la nulidad del despido en represalia, partiendo de la idea de que «la comunicación de información veraz» (en este caso a un órgano judicial como testigo) es también una manifestación de dicho derecho. Una medida de represalia empresarial por declarar como testigo vendría a suponer la sanción del ejercicio del derecho y deber del recurrente de informar verazmente al órgano judicial en su calidad de testigo.

³⁷ STJCE de 11 de julio de 2006, Asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A.

³⁸ Conclusión 57 de las presentadas por el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05.

como consecuencia que quienes no podían disfrutar de la misma, por estar discapacitados debido a dolencias físicas o psíquicas más o menos permanentes, se hacían más visibles»³⁹.

La «discapacidad» impide el trabajo, bien de manera temporal o bien de forma permanente. Efectivamente, «los progresos de las ciencias biomédicas han llevado a entender mejor las dolencias físicas y psíquicas que causan discapacidades. Así han contribuido igualmente a la ampliación del concepto de discapacidad»⁴⁰, por lo que se afirma que el «contexto social en que se mueven los discapacitados puede ser importante para responder a la cuestión de si estos son considerados como tales»⁴¹.

Se afirma por aquella jurisprudencia comunitaria que «una de las características con las que la literatura distingue la discapacidad de la enfermedad (...) es la permanencia de la deficiencia física o psíquica». Según la misma jurisprudencia si bien es cierto, según ya se indicó, que el concepto de «discapacidad» no viene definido en la propia Directiva 2000/78/CE, no lo es menos que aquella norma «tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto». La «discapacidad» prevista en la Directiva 2000/78/CE, «es un concepto de Derecho comunitario que en el ordenamiento jurídico comunitario debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, y que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate»⁴².

Esto es, «de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar».

Ciertamente el concepto de «discapacidad», a efectos de la Directiva 2000/78/CE, debe ser objeto de una «interpretación uniforme, no obstante, semejante uniformidad interpretativa no deja de presentar una aguda problemática, puesto que:

- Si por una parte «la necesidad de semejante interpretación uniforme es obvia por motivos de contenido, aunque solo sea para garantizar que el ámbito de aplicación personal y mate-

³⁹ Conclusión 60 de las presentadas por el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, antes referido

⁴⁰ Afirma el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, en su conclusión 61 de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, ya aludido.

⁴¹ Como hace el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed, en su conclusión 62 de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05.

⁴² Conclusión 64 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05; El mismo criterio se mantiene en la SSTJCE de 18 de enero de 1984, asunto 327/82, Ekro, de 19 de septiembre de 2000, asunto C-287/98, Lister, de 9 de noviembre de 2000, asunto C-357/98, Yiadom, de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/000, Sena, de 27 de febrero de 2003, asunto C-373/000, Adolf Truley, y de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, Zita Modes.

rial de la prohibición de discriminación presente un mínimo de unidad necesaria (pues) el grupo de personas protegidas y la delimitación de las deficiencias funcionales que deben tomarse en cuenta no pueden ser divergentes. De otro modo, variaría dentro de la Comunidad la protección que dispensa esta prohibición de discriminación».

- Por otra parte, «sin embargo (para la elaboración de) una interpretación uniforme del concepto de "discapacidad" debe tenerse en cuenta la dinámica (...), en la percepción social del fenómeno "discapacidad" como una limitación funcional causada por una deficiencia psíquica o física, la evolución de los conocimientos médicos y biomédicos y las grandes diferencias contextuales en la apreciación de una gran variedad de discapacidades»⁴³.

Todo ello, según la jurisprudencia comunitaria, determina que sea «preferible no intentar dar definiciones más o menos exhaustivas del concepto de "discapacidad"». De tal modo que «así dentro de la Comunidad (quepa) asegurar una interpretación y aplicación convergentes del concepto de "discapacidad", sin menoscabar el carácter abierto del mismo»⁴⁴, y siguiendo en buena medida tan ponderado y cauteloso criterio, aquella misma jurisprudencia concluye lo siguiente:

«Debe entenderse que el concepto de "discapacidad" se refiere a una limitación derivada de las dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional»⁴⁵.

VII. SOBRE EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD DEDUCIBLE DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA NORMATIVA SOCIAL INTERNACIONAL. CONFUSIÓN ENTRE «DISCAPACIDAD», «INVALIDEZ» Y «MINUSVALÍA»

Nuestro derecho histórico ha tendido a identificar «discapacidad», «invalidez» y «minusvalía», aludiendo a «discapacidad» o «discapacitados» en numerosas normas sociales del más alto rango como sinónimo de «invalidez» o «inválidos», y de «minusvalía» o «minusválidos», confusión que, como es natural, se reproduce en las normas de rango inferior, actos administrativos generales y actos administrativos singulares⁴⁶.

Efectivamente ya la LGSS, en su artículo 54.2 estableció implícitamente aquella equiparación al indicar que «los minusválidos» en edad laboral tendrán derecho a beneficiarse de la «prestación

⁴³ Según precisa el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed en sus conclusiones 65 y 66, de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05.

⁴⁴ En conclusiones 67 y 68 del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05.

⁴⁵ STJCE de 11 de julio de 2006, Asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Euresst Colectividades, S.A.

⁴⁶ Pudiéndose citar a título de ejemplo la Orden TAS/1541/2006, de 9 de mayo, por la que se establecían las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, y la Resolución de 6 de julio de 2006, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, por la que se convoca la concesión de subvenciones sometidas al Régimen General de subvenciones en el área de atención a personas con discapacidad, durante el año 2006.

de recuperación profesional de inválidos»⁴⁷. En la normativa social posterior se va introduciendo el término «discapacidad», no obstante no se produce más que un cambio semántico, en cuanto que se mantiene una estrecha correlación cuando no identificación plena entre los conceptos de minusvalía-discapacidad-invalidez.

Aquel «estado de confusión» se ha pretendido corregir, por alguna jurisprudencia menor, indicando que «las normas de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente (atienden) a consideraciones de empleo y trabajo, en tanto que la definición de minusvalía incluye otras dimensiones de la vida social como la educación y la participación en actividades sociales, económicas y culturales, por lo que, si bien la coincidencia de los respectivos campos de cobertura (de las respectivas legislaciones) puede ser amplia, y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos (...), junto a esos espacios de coincidencia hay otros que corresponden privativamente, bien a la Seguridad Social, bien a la protección de los discapacitados, cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno u otro sector del ordenamiento social»⁴⁸.

Así, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (art. 2.2), con ocasión del establecimiento de determinadas bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social, estableció que los empleadores, «incluidos los Centros Especiales de Empleo», que contratasen indefinidamente a «personas con discapacidad» tendrán derecho a determinadas bonificaciones mensuales de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, durante toda la vigencia del contrato⁴⁹.

La correlación discapacidad-minusvalía-invalidez, así como una auténtica parificación entre discapacidad y minusvalía se ponía de manifiesto en la norma indicada en el apartado anterior, cuando establecía que para tener derecho a aquellos beneficios se requería que los «trabajadores con discapacidad (tuviesen) un grado de minusvalía» igual o superior al 33 por 100 o la específicamente establecida en el caso de enclaves laborales, considerándose incluidos a los pensionistas de la Seguridad Social que (tuviesen) reconocida una pensión de «incapacidad permanente» en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que (tuviesen) reconocida una pensión de jubilación o de retiro por «incapacidad permanente» para el servicio o inutilidad para el trabajo.

Es más, el Real Decreto-Ley 5/2006 regulaba, en su disposición adicional primera, el «contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad», estableciendo que, bajo tal

⁴⁷ Disposición que sucede al contenido de la sección 4.ª sobre «rehabilitación y reeducación de inválidos» del Capítulo V del Título Primero del texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y que reproduce el contenido del texto articulado aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, el cual a su vez tenía el pie forzado de la base decimoquinta, apartado C de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, en el cual se aludía a la «reeducación y rehabilitación de inválidos», y a que «el régimen de Seguridad Social» habría de organizar «con la amplitud necesaria, los Centros y Servicios de recuperación fisiológica, reeducación, readaptación y rehabilitación profesional de los trabajadores inválidos».

⁴⁸ STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2008.

⁴⁹ La misma bonificación se establecía para el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de «personas con discapacidad» o de transformación en indefinidos de los contratos formativos suscritos con «trabajadores con discapacidad».

modalidad contractual, «las empresas (podían) contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a "trabajadores con discapacidad" desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, "con un grado de minusvalía" igual o superior al 33 por 100 o a pensionistas de la Seguridad Social que tuviesen reconocida una "pensión de incapacidad permanente" en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de "clases pasivas" que tuviesen reconocida una pensión de jubilación o de retiro por "incapacidad permanente" para el servicio o inutilidad».

Por su parte la Ley 13/1982, de 7 de abril, considera minusválido a «toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales». Esta última norma, titulada «de Integración Social de Minusválidos», identifica minusvalía y discapacidad en sus artículos 37 (según redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) y 37 bis (añadido por aquella Ley 62/2003).

En el primero de los mencionados preceptos, aquella Ley (art. 37) estableció que sería finalidad primordial de la política de empleo de «trabajadores con discapacidad» su integración, en condiciones que garantizase la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido, entendiéndose: a) por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la «discapacidad»; b) que existiría «discriminación directa» cuando una persona fuera tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su «discapacidad»; c) que existiría «discriminación indirecta» cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las «personas con discapacidad» respecto de otras personas.

En el segundo de los anteriormente citados artículos (art. 37 bis), se acentuaba aquella parificación entre minusvalía y discapacidad, al precisarse que, para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedía que se mantuviesen o adoptasen medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas «por motivo de discapacidad», y que los empresarios estaban obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las «personas con discapacidad» acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supusieran una carga excesiva para el empresario, y que para determinar si una carga era excesiva se tendría en cuenta si era paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para «personas con discapacidad», así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas implicasen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

Aquella práctica identificación estaba en la base misma de la creación del Real Patronato sobre Discapacidad (art. 57 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre) como un organismo público adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pues sucedía al Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía en el ejercicio de las funciones que esta última institución desarrollaba,

al punto en que hasta tanto no se produjo el desarrollo reglamentario de aquella previsión legal, los órganos del Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía, se mantuvieron subsistentes y conservando su denominación, estructura y funciones.

En el ámbito transnacional también se produce la indicada confusión entre «discapacidad», «invalidez», y «minusvalía». Al respecto cabe citar el Convenio núm. 159 OIT, adoptado el 20 de junio de 1983 (sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas), y ratificado por España el 17 de julio de 1990, en el que aquella equiparación es el resultado de un modo de operar peculiar, que consiste en denominar «persona inválida» a quien es una «persona discapacitada», mediante la siguiente definición contenida en su artículo primero: «Se entiende por "persona inválida" toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida».

La OIT en sus Recomendaciones números 99, de 22 de junio de 1955 (Sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos), 168, de 20 de junio de 1983 (Sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas), y 169, de 27 de junio de 1984 (Sobre la política del empleo, disposiciones complementarias), también incide en la misma equiparación, mediando el mismo sistema, al indicar, en la primera de ellas que «el término "inválido" designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental», en la segunda que «la expresión "persona inválida" se refiere a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo, estén sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida», y en la tercera al integrar entre los grupos de «personas desfavorecidas» a los «inválidos».

La improcedencia de esa práctica identificación entre «discapacidad» y «minusvalía» se pone de manifiesto cuando se repara en que el término «discapacidad» evoca cualesquiera limitaciones funcionales, bien consistan en deficiencias físicas, intelectuales o sensoriales, sean permanentes o temporales, se trate de un simple proceso morboso que requiera atención médica o una enfermedad mental, con ciertas consecuencias que afectan más o menos a su autonomía personal, en tanto que la palabra «minusvalía» refiere a la situación de una persona (discapacitada) tomando en consideración su entorno, y las «barreras» que en el mismo se encuentra, sean de naturaleza física o de orden socioeconómico, lo que llama a una cierta gravedad de la limitación y a su relativa permanencia ⁵⁰.

Aquella identificación entre «discapacidad» y «minusvalía» se modera en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. No obstante si se repara, según ya se indicó, en que la noción misma de «dependencia»

⁵⁰ Por otra parte el término mismo «discapacidad» se utiliza y es más propio del ámbito de las normas sociales que en otros sectores del ordenamiento jurídico, en los que se utilizan otra terminología, pudiendo concluirse que la noción de «discapacitado» que se maneja en la normativa social se encuentra cerca de la falta de capacidad de obrar del menor de edad y concepto civil de «incapacidad». Efectivamente si se considera en nuestro ordenamiento jurídico, la legislación sobre menores (especialmente mediante la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de «Protección Jurídica del Menor»), resulta que la paridad «discapacidad-minoría de edad-incapacitación» queda establecida.

se define como el estado de carácter «permanente» en que se encuentran las personas que, «por razones derivadas de (...) la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal», resulta que no existe un desapego definitivo de la noción de «discapacidad» respecto del concepto de «minusvalía».

Finalmente debe destacarse que el empeño en la permanencia de la limitación de la autonomía personal como único criterio válido para la calificación de la «dependencia» (como se hace en la Ley 39/2006), que puede ser más o menos discutible, está generalmente aceptado. Así la Convención de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Protección y Promoción de los derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidades, aprobada en su sesenta y una sesión celebrada el 13 de diciembre de 2006, considera discapacitados (*persons with disabilities*) a quienes sufren a un deterioro físico (*physical, mental, intellectual or sensory impairment*) de larga duración (*long-term*), bien que no necesariamente permanente, que les impide, dada la interacción de diferentes barreras, una plena y efectiva vida social en relación con los demás. Por otra parte la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud, que se limita a definir la discapacidad como «la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad que se considera normal para un ser humano», sin precisar exigencia alguna en cuanto a su alcance temporal, no hace, a la postre, más que identificar discapacidad, deficiencia y minusvalía.

VIII. LA «DISCRIMINACIÓN POR VINCULACIÓN» O «TRASLACIÓN DE LA DISCAPACIDAD» Y LA PROTECCIÓN DE LAS «CATEGORÍAS PROBLEMÁTICAS»

1. Consideraciones generales.

Se afirma que «el legislador comunitario adoptó la Directiva (2000/78/CE) a fin de proteger, en el ámbito del empleo y la ocupación, a las personas incluidas en categorías problemáticas con objeto de garantizar que su dignidad y autonomía no resultaran menoscabadas ni por una discriminación evidente y directa ni por una discriminación sutil y menos evidente», proporcionando «ya el artículo 1 (de aquella Directiva) (...) una indicación de cómo han de alcanzarse tales objetivos»⁵¹.

Según la jurisprudencia comunitaria en ese precepto «las palabras importantes son "por motivos de". La proposición de que no toda discriminación es injusta le resulta familiar tanto al Derecho como a la filosofía moral (...). El hecho de que la injusticia de la discriminación dependa de los motivos en que esta se basa, se refleja en el modo en que se estructura la legislación pertinente. Vir-

⁵¹ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 15 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

tualmente todos los textos legales contrarios a la discriminación prohíben esta por una serie de motivos específicos. Tal fue la estrategia del legislador comunitario en la Directiva»⁵².

La principal obligación que imponen las legislaciones contrarias a la discriminación –como la Directiva– es el deber de tratar a las personas de un modo comparable al modo en que se trata a los demás individuos. Al adoptar(la), el Consejo hizo constar con claridad que es injusto que un empresario se base en cualquiera de (los motivos señalados como discriminatorios) a fin de tratar a un trabajador peor que a sus colegas. Tan pronto como se constate que la conducta del empresario se basa en alguno de los motivos prohibidos, se entra en el terreno de la discriminación contraria a Derecho (...). En efecto, cuando decimos que es injusto tratar a una persona de un modo menos favorable por determinados motivos, queremos decir que la justicia se opone a que alguien se base en tales motivos con el fin de perjudicar la posición de esa persona. Dicho de otro modo, si uno se basa en esos motivos prohibidos, se comete una injusticia contra la persona en cuestión»⁵³.

En ese sentido, la Directiva 2000/78/CE «desempeña una función excluyente» al incluir, entre otros supuestos, la discriminación por razón de discapacidad, que entra de esta manera en la gama de razones en las que un empresario no puede legítimamente basarse para tratar a un trabajador de un modo menos favorable que a otro. La Directiva prohíbe tanto la «discriminación directa», como el acoso y la discriminación indirecta.

El «rasgo distintivo de la discriminación directa y del acoso es que necesariamente tienen relación con una categoría problemática específica. La persona que discrimina se basa en una categoría problemática para actuar de determinada manera. La categoría no es meramente contingente, sino que constituye una premisa esencial del razonamiento de la persona que discrimina. El ordenamiento jurídico comunitario ve como un mal que debe erradicarse el hecho de que un empresario se base en aquellos motivos problemáticos. Por lo tanto, la Directiva prohíbe utilizar tales categorías como motivos en los que pueda basarse el razonamiento de un empresario»⁵⁴.

Por su parte, continúa señalando la jurisprudencia comunitaria, «en los casos de discriminación indirecta son irrelevantes las intenciones del empresario y las razones que tenga para actuar o abstenerse de hacerlo. De hecho, este es el *quid* de la prohibición de la discriminación indirecta (pues) en

⁵² Según el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 16 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

⁵³ Indica el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 16 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia, que precisa lo siguiente: «En el contexto del empleo, por ejemplo, es perfectamente admisible que un empresario contrate a un candidato responsable, digno de confianza y bien educado y excluya a los candidatos irresponsables, indignos de confianza o groseros. A la inversa, se considera injusto rechazar a alguien basándose en su raza o religión, y en la mayor parte de los sistemas jurídicos, la ley interviene para evitar que se produzcan discriminaciones de este tipo. Lo que determina que la conducta del empresario sea admisible o inadmisibles –y provoque, en este último caso, la intervención de la ley– es el motivo de discriminación en el que el empresario se base en cada caso». Aquel ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario se remite a J. GARDNER, «Discrimination as Injustice», (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 353, 355, indicando que «tal como Gardner explica, se trata de una cuestión de justicia».

⁵⁴ Afirma el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 19 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

ella se incluyen incluso las medidas y políticas neutrales, inocentes y de buena fe adoptadas sin ninguna intención discriminatoria, si su impacto sobre las personas que tienen una característica particular es mayor que su impacto sobre otras personas»⁵⁵.

Efectivamente, «lo que está en el punto de mira de la legislación sobre discriminación indirecta es el "diferente impacto" de tales medidas sobre determinadas personas. La prohibición de la discriminación indirecta está vinculada al deber de los empresarios de tratar con consideración a esos grupos, adoptando medidas y diseñando políticas de tal modo que no se les imponga una carga que sea excesiva comparada con la que se impone a otras personas. De este modo, mientras que la prohibición de la discriminación directa y del acoso funciona como un mecanismo excluyente (al excluir que el razonamiento del empresario se base en determinados motivos), la prohibición de la discriminación indirecta funciona como un mecanismo incluyente (al obligar a los empresarios a tener en cuenta y atender las necesidades de los individuos con determinadas características)»⁵⁶.

Precisamente por esa razón «incluso de admitirse el argumento (...) según el cual la discriminación por vinculación queda claramente fuera del ámbito de la prohibición de la discriminación indirecta, ello en modo alguno significa que también quede fuera del ámbito de la prohibición de la discriminación directa y del acoso»⁵⁷.

2. «Traslación de la discapacidad». Discriminación y acoso por discapacidad «traslativa». Las «categorías problemáticas» y la protección de sus miembros.

Según la sentencia objeto de comentario de las disposiciones de la Directiva 2000/78/CE:

«No se desprende que el principio de igualdad de trato que esta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Antes al contrario, la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad».

En efecto, prosigue indicando la misma resolución de la justicia comunitaria, «el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma. Corroborra esta interpretación el tenor literal del artículo 13 de la CE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78/CE y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad».

⁵⁵ Destaca el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 19 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

⁵⁶ Según el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 19 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia, que añade lo siguiente: «Por esta razón. Antes al contrario, incluir la discriminación por vinculación en el ámbito de la prohibición de la discriminación directa y del acoso es la consecuencia natural del mecanismo excluyente a través del que se articula la prohibición de este tipo de discriminación».

⁵⁷ Indica el Abogado General Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 19 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

Otro tanto puede afirmarse de la prohibición de acoso laboral. Precisa la sentencia objeto de comentario, que cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso sufrido por un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad esté relacionado con la discapacidad de una persona al mismo vinculada por lazos jurídicamente «irresistibles» (por ejemplo, un hijo suyo), al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiera, tal comportamiento resulta contrario al principio de igualdad de trato consagrado por la Directiva 2000/78/CE y, en particular, a la prohibición del acoso enunciada en el artículo 2, apartado 3, de la misma.

El caso objeto de atención en la sentencia que se comenta suscitaba ciertamente una cuestión de acoso y discriminación directa, pues la demandante en el litigio principal no se quejaba del impacto que hubiere tenido sobre ella una medida neutral en su condición de madre y cuidadora de un hijo discapacitado, sino que alegaba que su empresario la había singularizado y puesto «en el punto de mira» precisamente a causa de su hijo discapacitado, por lo que la cuestión suscitada resultaba ser la de si de la Directiva podía inferirse una prohibición de «acoso y discriminación directa por vinculación».

No obstante la posibilidad de la «discriminación por traslación de la discapacidad», la Directiva 2000/78/CE, indica la sentencia objeto de comentario contiene varias disposiciones aplicables únicamente a las personas con discapacidad. En efecto, su artículo 5 «precisa que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario».

De la misma manera el artículo 7, apartado 2, de aquella Directiva, «prevé igualmente que, por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral».

A la luz de aquellas disposiciones así como de los considerandos decimosexto, decimoséptimo y vigésimo séptimo de la Directiva 2000/78/CE, según el Tribunal de Justicia comunitario, debe sostenerse que la prohibición de acoso y discriminación directa prevista en dicha Directiva puede interpretarse en el sentido de que incluye una situación (como la descrita en el apartado II, del presente comentario, o supuesto fáctico del litigio principal), en el que la demandante en la instancia no estaba ella misma discapacitada, de tal modo que ha de rechazarse que únicamente pueden invocar las disposiciones de la citada Directiva aquellas personas que, en una situación análoga a la de otras personas, sean tratadas de manera menos favorable o colocadas en una situación desventajosa en razón de características que les sean propias. Lo cual no constituye obstáculo, precisa el Alto Tribunal comunitario, para que existan disposiciones de la Directiva 2000/78/CE que se refieran específica y únicamente a las personas que padecen, ellas mismas, una discapacidad. Lo cual «obedece a la circunstancia de que se trata:

- «Bien de disposiciones que establecen medidas de discriminación positiva en favor de la propia persona discapacitada».
- «Bien de medidas específicas que quedarían privadas de todo alcance o que podrían resultar desproporcionadas si no se circunscribieran exclusivamente a las personas que padecen alguna discapacidad».

Según se desprende de los considerandos decimosexto y vigésimo de la Directiva mencionada, precisa el Tribunal de Justicia comunitario, la aplicabilidad de determinadas medidas, de manera exclusiva y limitada a las personas que padecen, ellas mismas, una discapacidad, también puede encontrar justificación en que se trate de «medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad de esas personas. Así pues, la finalidad específica de tales medidas es hacer posible y facilitar la inserción de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo y, por esta razón, solo pueden resultar aplicables a las propias personas con discapacidad, así como a las obligaciones que, frente a ellas, tienen los correspondientes empresarios y, en su caso, los Estados miembros». Por consiguiente, afirma la sentencia que se comenta:

«El hecho de que la Directiva 2000/78/CE contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad.»

Por lo demás, «el sexto considerando de la citada Directiva, al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, remite tanto al combate general contra toda forma de discriminación como a la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad».

Es obvio, precisa la sentencia objeto de comentario, que si la propia demandante hubiera estado discapacitada, la Directiva habría resultado aplicable. En el caso objeto de atención por la sentencia que se comenta, sin embargo, se alegaba que lo que había desencadenado el tratamiento discriminatorio había sido «la discapacidad del hijo de la demandante. Así pues, la persona discapacitada no (era) la misma persona que la que fue víctima evidente u objeto del acto discriminatorio», lo cual lleva al Alto Tribunal comunitario a plantarse el siguiente interrogante: «¿Supone esto que la Directiva resulta inaplicable?»⁵⁸.

La situación discriminatoria no difiere en el caso en el que el(la) trabajador(a) objeto de la discriminación no se encuentre(a) él(ella) mismo(a) discapacitado(a). El motivo en que se basa la discriminación que sufre el(la) trabajador(a) en cuestión, sigue siendo la discapacidad. La Directiva interviene en el plano de los motivos de discriminación. Efectivamente, precisa la sentencia objeto de comentario:

⁵⁸ Se cuestiona el Abogado General Sr. Poiras Maduro, en la conclusión 21 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

- a) «La injusticia a la que pretende poner remedio es la utilización de determinadas características como motivos para tratar a ciertos trabajadores peor que a otros; lo que hace la Directiva es excluir por completo determinados motivos, entre ellos la discapacidad de la gama de motivos en que un empresario puede basarse legítimamente para tratar peor a ciertas personas»⁵⁹.
- b) «Dicho de otro modo, la Directiva se opone a que la eventual hostilidad de un empresario hacia las personas incluidas en alguna de las «categorías problemáticas» constituya la base de cualquier tipo de trato menos favorable en el contexto del empleo y la ocupación»⁶⁰.
- c) «Tal hostilidad puede expresarse abiertamente, recayendo sobre individuos dotados ellos mismos de determinadas características, o de un modo más sutil y encubierto, recayendo sobre personas vinculadas a otras que tienen esas características. En el primer caso, se considera que tal conducta es injusta y debe ser prohibida; El segundo caso es idéntico en todos los aspectos relevantes. En ambos casos, la hostilidad del empresario hacia las personas incluidas en alguna de aquellas "categorías problemáticas" (entre ellas la de los discapacitados) es lo que le mueve a tratar peor a ciertos trabajadores»⁶¹.

La finalidad de la Directiva 2000/78/CE es establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos enumerados en el artículo 1 de la misma Directiva, entre los que figura específicamente la discapacidad, y ello con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. De su considerando trigésimo séptimo se desprende que otro de los objetivos de la citada Directiva es el establecimiento en la Comunidad de un marco para la igualdad en el empleo y la ocupación, por consiguiente, indica la sentencia objeto de comentario:

«Tanto los mencionados objetivos como el efecto útil de la mencionada Directiva se verían comprometidos si un trabajador no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en su artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de una persona con la que mantenga "vínculos jurídicos irresistibles" (por ejemplo, un hijo suyo), y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado».

A tal respecto, del undécimo considerando de la misma Directiva se desprende, según el Tribunal de Justicia, que el legislador comunitario también consideró que la discriminación por motivos de discapacidad (entre otros) puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado, en particular por lo que se refiere al empleo, y si bien es verdad que, en una situación de «discriminación por vinculación» la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no es

⁵⁹ Según el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 22 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

⁶⁰ Afirma el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 22 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

⁶¹ Indica el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 23 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

ella misma una persona discapacitada, no es menos cierto que el motivo del trato menos favorable lo constituye precisamente la discapacidad.

La Directiva 2000/78/CE, que tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma Directiva. Toda interpretación de la Directiva 2000/78/CE que circunscriba su aplicación exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas personas discapacitadas puede privar a dicha Directiva de una parte considerable de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar. Esto es:

«Si un individuo es objeto de discriminación a causa de alguna de las características enumeradas en el artículo 1 (de la Directiva 2000/78/CE), podrá invocar personalmente la protección de la Directiva aunque no sea él mismo quien tiene una de esas características. Para que una persona sea víctima de discriminación no es necesario que haya recibido un mal trato a causa de "su discapacidad": basta con que lo haya recibido a causa de la discapacidad. De este modo, es posible ser víctima de discriminación ilegal por motivo de discapacidad en virtud de la Directiva sin que uno sea discapacitado; lo relevante es que la discapacidad de que se trate (...) haya sido utilizada como razón para tratar peor a una persona. La Directiva no entra en juego únicamente cuando el propio demandante es discapacitado, sino siempre que exista un supuesto de trato menos favorable a causa de la discapacidad»⁶².

Concluyéndose en la sentencia objeto de comentario lo siguiente:

- a) Que la Directiva 2000/78/CE y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2 a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscriben exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece una persona con la que mantenga «vínculos jurídicamente irresistibles» (por ejemplo, un hijo suyo), a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2 a).
- b) Que la Directiva 2000/78/CE y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscriben exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de una persona con la que mantenga «vínculos jurídicamente irresistibles» (por ejemplo,

⁶² Precisa el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 23 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto de referencia.

un hijo suyo), al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.

IX. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario merece una crítica favorable, por las dos razones fundamentales siguientes:

- a) En primer lugar, porque efectúa una interpretación de la Directiva 2000/78/CE adecuada a la realidad social de los tiempos que nos ha tocado vivir, en los que, ante el decaimiento de los servicios sociales y la asistencialización de los sistemas de seguridad social, el cuidado de los discapacitados recae de manera preponderante sobre las familias.
- b) En segundo lugar, porque interpreta la Directiva 2000/78/CE en correcta hermenéutica jurídica, al indicar que la prohibición de acoso y discriminación directa, proscribige:
 - Que un empresario trate a un trabajador, que no sea él mismo una persona con discapacidad, de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece una persona con la que mantiene «vínculos jurídicamente irresistibles», a quien el trabajador dedica los cuidados que su estado requiere.
 - Que un empresario observe un comportamiento no deseado, constitutivo de acoso laboral hacia un trabajador, que no sea él mismo una persona con discapacidad, pero que esté relacionado con la discapacidad de una persona con la que mantiene «vínculos jurídicamente irresistibles», al que el trabajador prodiga los cuidados que su estado requiere.