

XXVI JORNADES CATALANES DE DRET SOCIAL

Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional

Comunicación a la Ponencia
Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales

¿Es la obesidad causa de discriminación laboral? Diálogo a tres bandas: Derecho norteamericano, Derecho comunitario y Derecho español

Pilar Rivas Vallejo

Profesora Titular (acreditada a catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Barcelona

Abstract

El sobrepeso se ha convertido en un mundo globalizado (globesity) en un factor de riesgo no sólo para la salud sino para la dignidad personal que todas las sociedades se han prestado a combatir en la primera de sus facetas, no así en la segunda, que parece haberse situado en un segundo plano de importancia. Sin embargo, la lipofobia y el rechazo al obeso constituyen lugar común en todas las sociedades actuales, si bien sólo en algunas de ellas se combate desde el Derecho antidiscriminatorio. En el presente trabajo se analiza la tutela al fenómeno de la discriminación laboral por sobrepeso en países pioneros como Canadá o Estados Unidos y la recepción de dicha doctrina en el Derecho comunitario en todos los casos por la vía de su asimilación a la discapacidad, con el inconveniente de haber excluido del ámbito de protección todos los casos de sobrepeso estigmatizantes que no alcanzan tales parámetros, i.e. la obesidad no mórbida o tipo I.

Sumario: Introducción. 1. La obesidad, pandemia del siglo XXI. 2. Discriminación por sobrepeso. 3. Discriminación por sobrepeso en el ámbito del trabajo. 3.1. La imagen, factor de discriminación. 3.2. Relaciones de retroalimentación entre trabajo y obesidad. 3.3. El exceso de grasa como causa de estigmatización a tutelar. 4. Aproximación de la obesidad a la discapacidad como causa de discriminación protegida. 4.1. Las soluciones norteamericana: Estados Unidos y Canadá. 4.2. Los ecos del Derecho norteamericano sobre la doctrina comunitaria. 4.3. Influencia de la doctrina comunitaria sobre el Derecho español. 5. Conclusión.



Introducción

El elemento del aspecto físico como factor selectivo social¹ constituye un lugar común en todas las sociedades, donde tanto “el diferente” que voluntariamente ejerce el *derecho de autodeterminación estética* (o de la propia apariencia) como el que involuntariamente se aparta del canon admitido y se ve abocado por ello a un triste destino, más o menos trágico según el estereotipo social que se les asocie y el grado de repugnancia suscitado por el rasgo en cuestión en el colectivo.

La tutela del derecho a la propia imagen, inaugurada en el Derecho español con la conocida STC 170/1987, sobre *el barman de la barba*, sirvió para encauzar el debate en torno a la influencia del aspecto físico sobre la relación de trabajo, dándole una respuesta enmarcada en la confrontación entre derecho a la propia imagen/desobediencia, en doctrina judicial especialmente conocida acerca del uso de determinada indumentaria, barba, perilla, pendiente (hoy también *piercing o tatuajes...*), pero este debate se centra en elementos accesorios como los citados y se vertebra como un eje común: la conducta del trabajador, cuya desobediencia es la que justifica la decisión empresarial y el propio pleito, más allá del hipotético derecho a la autodeterminación personal (debate sí sostenido en el Derecho norteamericano²).

Este eje vertebrador es ajeno a los parámetros en los que se puede delimitar otro fenómeno de mayor potencial discriminatorio: el aspecto físico vinculado a elementos no accesorios ni temporalmente fugaces, sino conformados por una condición esencialmente permanente y consustancial al individuo, sea la indumentaria asociada a la profesión de determinada religión (kippa, caftán, streimel, bucle, hiyab, chador...), un elemento físico no discapacitante (v.g. tic, acné, cicatrices...) o el peso corporal superior al peso saludable (identificado médicamente como el inferior a un Índice de Masa Corporal, IMC, superior a 25). Por lo que el planteamiento doctrinal anterior queda superado y precisa de ulteriores respuestas jurídicas cuando el aspecto físico da el salto hacia el terreno de la discriminación proscrita por el art. 14 CE para dificultar la participación plena del/la trabajador/a en la sociedad y en el trabajo, interponiendo barreras que alcancen hasta la pura hostilidad. Es éste el caso que se plantea en las siguientes páginas, centrada en uno de estos supuestos, nacido de una suerte de *lipofobia*³ reinante, la obesidad, y que se tratará de analizar bajo el prisma de la tutela antidiscriminatoria, y la perspectiva comparada y comunitaria, buscando respuesta a la pregunta: *¿es la obesidad causa de discriminación laboral y si lo es, está tutelada jurídicamente?*

1. La obesidad, pandemia del siglo XXI

El mal del s. XX, en el que se produce simultáneamente el engrosamiento de las dietas y la alarma por los problemas de salud que conlleva junto con la transformación del signo de estatus social en factor de rechazo social, ha experimentado un crecimiento exponencial en el s.XXI, convirtiéndose ya en la

¹ BERRY, B.: *The Power of Looks: Social Stratification of Physical Appearance*. Ashgate, 2008.

² HAMERMESH, D.A.-BIDDLE, J.E.: *Beauty and the Labor Market*, Am. Econ. Rev., núm. 84, pp. 1174-1194, dic. 1994.

³ FISCHLER, C.: *El (H) Omnívoro*. Anagrama, Barcelona, 1995, en en <http://es.scribd.com/doc/61776947/Fischler-Claude-El-H-Omnivoro#scribd>. A partir de esta teorización de Fischler GARCÍA OLIVA (GARCÍA OLIVA, M.: “Obesidad y estigma. Procesos de desvalorización y discriminación social”. Comunicación presentada al X Congreso español de sociología, grupo de trabajo 28 (<http://www.fes-web.org/congresos/X/grupos-trabajo/grupo.php?numero=28>), Federación Española de sociología, 2013; disponible en <http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/10/grupos-trabajo/ponencias/168.pdf>) propone el término “lipofobismo” para definir la discriminación basada en el peso.

primera pandemia provocada por el cambio de hábitos de vida y la globalización consumista ligada a la revolución digital (fenómeno ya bautizado como *globesity*, globalización de la obesidad)⁴.

Según la OMS, la prevalencia de la obesidad en España era en el año 2010⁵ del 49,8% para las mujeres y del 54% para los hombres (por debajo del 57/67% alemán y por encima del 40/55% italiano)⁶. La proyección a diez años indica un porcentaje de sobrepeso del 66/65% en Europa, mientras que el cálculo de la OMS para 2015 sitúa a España en un ratio de sobrepeso respectivamente el 74% (hombres)/ 64% (mujeres), es decir, con crecimiento masculino y decrecimiento femenino⁷.

La preocupación generalizada por la *obesogenia*⁸ y en especial por las altas tasas de morbilidad y el número disparado de muertes anuales basadas en la obesidad ha calado en las instituciones y organismos públicos a partir de la entrada del s. XXI. Muestra de ello es que la Asamblea Mundial de la Salud aprobara en 2004 la Estrategia mundial de la OMS sobre régimen alimentario, actividad física y salud⁹, de la que constituye aplicación del mismo en el Estado español en el año 2005 la *Estrategia NAOS. Invertir la tendencia de la obesidad. Estrategia para la nutrición, actividad física y prevención de la obesidad*¹⁰. Esta declaración se plasmó en el Plan de Acción 2008-2013 de la Estrategia Mundial para la Prevención y el Control de las Enfermedades no transmisibles, aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud el 18 de abril de 2008¹¹, y que ha tenido traslación en las legislaciones occidentales y orientales (la conocida legislación anti obesidad japonesa tomó cartas en el asunto de forma especialmente seria)¹². Y en la misma línea, en el año 2011 la *Declaración Política de la Reunión de Alto*

⁴ OMS, <http://www.who.int/nutrition/topics/obesity/en/>. Vid. al respecto COSTA-FONT, J.-MAS, N.- NAVARRO, P.: "Globesity? The Effects of Globalization on Obesity and Caloric Intake", Working Paper No: 31/2013 March 2013 LSE Health, en <http://www.lse.ac.uk/LSEHealthAndSocialCare/pdf/LSEHealthworkingpaperseries/LSEHWP31.pdf>. Factores culturales, incluidos los de carácter religioso, pugnan aún por combatir la extensión de este fenómeno en determinadas sociedades. Sobre esta cuestión, KIM, K.H.-SOBAL, J.-WETHINGTON, E.: "Religion and body weight". *International Journal of Obesity* (2003) 27, 469-477 & 2003 Nature Publishing Group, <http://www.nature.com/ijo/journal/v27/n4/pdf/0802220a.pdf>, que estudia la relación entre el sobrepeso y la religión.

⁵ MAGALLARES, MORALES y RUBIO (MAGALLARES, A.-MORALES, J.F.-RUBIO, M.A.: "Group identification, discrimination and psychological health in an obese sample". *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 2014, núm. 14, 3, p. 422) dan cuenta de una cifra para el año 2011 del 23%.

⁶ Vid. mapa del sobrepeso en https://apps.who.int/infobase/Comparisons.aspx?l=&NodeVal=WGIE_BMI_5_cd.0704&DO=1&DDLReg=ALL&DDLSex=1&DDLAgeGrp=15-100&DDLYear=2010&DDLMethod=INTMDCTM&DDLCateNum=6&TxtBxCtmNum=20,35,50,65,80&CBL1=ON&CBL3=ON&CBL4=ON&CBL6=ON&CBL8=ON&CBL10=ON&DDLMapsize=800x480&DDLMapLabels=none&DDLTempRangBK=0&DDLTempColor=-3342388.

⁷ Véanse las proyecciones en el informe sobre España de la OMS en http://www.who.int/chp/chronic_disease_report/spain.pdf?ua=1.

⁸ GRACIA ARNAIZ, M.: *La emergencia de las sociedades obesogénicas o la obesidad como problema social* (I+D: CSO2009-07683), Arxiu d'Etnografia de Catalunya, núm. 13, 2013, <http://antropologia.urv.cat/revistarxiu>, disponible en <http://antropologia.urv.cat/revista/index.php/aec/article/view/72/91>.

⁹ Consultable en <http://www.who.int/dietphysicalactivity/goals/es/>.

¹⁰ AGENCIA ESPAÑOLA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA: *Estrategia NAOS. Invertir la tendencia de la obesidad. Estrategia para la nutrición, actividad física y prevención de la obesidad*, 2005, disponible en <http://www.naos.aesan.mssi.gob.es/naos/ficheros/estrategia/estrategianaos.pdf>.

¹¹ En <http://www.who.int/nmh/publications/9789241597418/en/index.html>). El Plan puede consultarse en http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241597418_eng.pdf?ua=1.

¹² LAWLER, C.: "An International Perspective on Battling the Bulge: Japan's Anti-Obesity Legislation and its Potential Impact on Waistlines Around the World", *San Diego International Law Journal*, Vol. 11, núm. 1, otoño 2009, p. 287, <http://lawlib.wlu.edu/CLJC/index.aspx?mainid=583&issuedate=2010-01-19&homepage=no>. CRAWFORD, D.-BALL, K.: "Behavioural determinants of the obesity epidemic". *Asia Pacific J Clin Nutr*, 2002, núm. 11 (Suppl), p. 718.

*Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Prevención y el Control de las Enfermedades No Transmisibles*¹³ también reconoció la importancia crucial de reducir el nivel de exposición de las personas y las poblaciones a dietas poco sanas (uno de sus seis objetivos es precisamente el de las *dietas no saludables*) y al sedentarismo. Por su parte, la American Medical Association (AMA) declaró a la obesidad como enfermedad en el año 2013, con los efectos que se verán más adelante sobre su posible consideración como discapacidad¹⁴.

Estas llamadas a la acción responden a la señal de alarma desplegada por nuestras sociedades obesogénicas, basadas en el binomio sobrealimentación/sedentarismo, y entregadas al consumo de productos hipocalóricos preparados de origen publicitario, pues el problema de la obesidad obedece fundamentalmente, según la literatura médica, a factores ambientales¹⁵. En efecto, en paralelo la misma sociedad que se vuelca en prácticas alimenticias poco saludables exige cuerpos perfectos ajustados a los cánones estéticos impuestos por la industria de la moda y de los *mass media* globalizadamente estandarizados. El círculo ideal basado en la técnica de la deconstrucción-reconstrucción salva esta aparente incongruencia sirviéndose del mercado de la estética, que proporciona todas las herramientas necesarias para la modelación de la figura ideal: dietas¹⁶, productos dietéticos, cirugía estética, productos y tratamientos estéticos. El resultado construye la “lipofobia” vigente¹⁷ y tolera sus efectos colaterales a la vez que nefastos para la salud (*dietas suicidas* ligadas a supuestos “métodos milagrosos”, desórdenes alimenticios y trastornos de la conducta alimentaria, secuelas físicas... o el llamado fenómeno de los “gordiflacos” o “gordos delgados”...¹⁸, que en muchos casos pagan con la propia vida [Plan de Acción 2008-2013 de la Estrategia Mundial para la Prevención y el Control de las Enfermedades No Transmisibles, OMS], y cuya propia dinámica deriva en secuelas psicológicas y en discriminación que retroalimenta el daño a la salud mental¹⁹.

En este panorama, el desajuste de la persona respecto del canon estético imperante constituye frecuente causa de exclusión social, y los individuos son víctimas de la estigmatización social por tales motivos desde la infancia y adolescencia²⁰ hasta la edad adulta, en el trabajo y en la vida social...²¹ con

Disponible online en <http://apicn.org/update%5Cpdf%5C2002%5C11%5CS718-S721%5CS718.pdf>. Los autores sitúan el inicio de la alarma frente a la epidemia el año 1997.

¹³OMS, 2011. Puede consultarse en el sitio web de la OMS, http://www.who.int/nmh/publications/ncd_report_summary_es.pdf.

¹⁴ Puede consultarse en <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/ada.html>.

¹⁵ QUIRANTES MORENO, A.J.; LÓPEZ RAMÍREZ, M.; HERNÁNDEZ MELÉNDEZ, E.; PÉREZ SÁNCHEZ, A.: “Estilo de vida, desarrollo científico-técnico y obesidad”. *Revista Cubana de Salud Pública*, 2009, núm. 35(3), disponible en <http://scieloprueba.sld.cu/pdf/rcsp/v35n3/spu14309.pdf>.

¹⁶ Como afirma JÁUREGUI LOBERA (JÁUREGUI, I.: “Trastornos de la conducta alimentaria”, Capítulo “Gordos, obesos y obsesos”, 4, 2006. P. 318. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2159207.pdf), *la práctica de la dieta parece un deporte de masas, sin duda reflejo de una alienación social sin parangón histórico*.

¹⁷ JÁUREGUI LOBERA, I.: “Trastornos de la conducta alimentaria”, op.cit., p. 314. Capítulo “Gordos, obesos y obsesos”.

¹⁸ HERNÁNDEZ, N.-ALVES, D.-ARROJO, M.-BASABE, N.: “Del miedo a la obesidad a la obsesión por la delgadez; actitudes y dieta”, *Nutrición hospitalaria*, 2012, núm. 27(4), pp. 1148-1155, consultable online en <http://www.aulamedica.es/gdcr/index.php/nh/article/viewFile/5829/5829>.

¹⁹ MAGALLARES, A.: *La salud psicológica de los obesos ante situaciones de discriminación por el peso*. Tesis doctoral, 2009, Departamento de Psicología Social y de las Organizaciones, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Disponible en <http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/tesisuned:Psicologia-Amagallares/Documento.doc>, p. 21.

²⁰ Vid. al respecto BERMÚDEZ BORJA, B.-HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.S.: “Estigmatización por la obesidad en la adolescencia”, consultable online en <http://www.medigraphic.com/pdfs/medfam/amf-2012/amf122a.pdf>.

²¹ JIMÉNEZ CRUZ, A.: “Estigmatización de la Obesidad”, *Memorias de trabajos libres en cartel XXIII Congreso Nacional de la AMMFEN Tuxtla Gutiérrez Chiapas, México. Del 2 al 5 de Marzo de 2008, Revista de Salud Pública y Nutrición*, edición especial núm. 6-2010.

mecanismos de exclusión en grandes (v.g. procesos electorales, ROEHLING²²)²³ o en pequeñas cuestiones de la vida cotidiana²⁴. Tanto en ambientes privados como públicos la burla, la descalificación e incluso el escarnio están servidos por el solo hecho de sufrir sobrepeso (la revolución digital y con ello las redes sociales se han encargado de expandir el impacto de cualquier burla pública, convirtiéndolos incluso en una corriente de referendos virtuales permanentes en las redes sociales [CARLIN²⁵]). No es de extrañar, pues, el correlativo surgimiento de movimientos asociativos de defensa de este colectivo estigmatizado, con cierta tradición ya en países que lideran las ratios de obesidad, v.g. Estados Unidos, como la Obesity Action Coalition (<http://www.obesityaction.org/>), que en algunos casos se alinean con la línea de pensamiento denominada “fat pride”: el *fat acceptance movement, fativism, size acceptance, fat liberation...* nacidos en los años sesenta en Estados Unidos²⁶ (“el orgullo gordo”), o el Council on Size & Weight Discrimination, CSWD (<http://www.cswd.org/>).

Por otra parte, la repercusión del alarmante crecimiento de los índices de obesidad en todas las sociedades occidentales, incluida la española, y sus perversos efectos sobre la salud determinan un claro efecto sobre los sistemas sanitarios, traducible en un coste económico sobre el que existe consenso doctrinal²⁷. Al mismo tiempo, la crisis económica actual ha redundado sobre los hábitos de consumo alimentarios²⁸, modificando los de buena parte de la población española, toda esa franja que no sólo ha perdido poder adquisitivo en los últimos siete años, sino que incluso ha experimentado la privación alimentaria como consecuencia de su drástica depauperación (intensificación del consumo de alimentos hipercalóricos de bajo coste) y, en suma, profundización en la brecha alimentaria según

²² HENION, A.-ROEHLING, M.: “Weight bias plagues U.S. elections”, Universidad del Estado de Michigan, 19 Mayo 2014, sitio web <http://msutoday.msu.edu/news/2014/weight-bias-plagues-us-elections/>.

²³ Vid. una síntesis de los diferentes planos de actuación de este estigma en la web de la organización *Obesity Action Coalition*, en <http://www.obesityaction.org/educational-resources/brochures-and-guides/compreension-del-estigma-de-la-obesidad>, y <http://www.obesityaction.org/weight-bias-and-stigma>. La organización edita una guía sobre los prejuicios hacia la obesidad en el ámbito del trabajo, que puede leerse en <http://www.obesityaction.org/weight-bias-and-stigma/weight-bias-guides/weight-bias-in-the-workplace-information-for-employers/weight-bias-in-the-workplace-viewer>.

²⁴ Vid. La compañía aérea norteamericana Southwest Airlines aplica una política de empresa que restringe el pasaje de mayor volumen, imponiendo a estos pasajeros la compra de un billete de clase business con descuento en el segundo billete o bien de dos billetes (vid. “Política para clientes de mayor tamaño” en <https://espanol.southwest.com/html/customer-service/extra-seat?clk=GFOOTER-CUSTOMER-COS>).

²⁵ CARLIN (CARLIN, J.: “Los caballeros de la Mesa Redonda”, *El País* digital, 28 de enero de 2015, en http://politica.elpais.com/politica/2015/01/27/actualidad/1422384264_753104.html) lo refiere al refrendo a los partidos políticos, pero desde luego el fenómeno es extrapolable a otros contextos sociales.

²⁶ En el año 1973, el movimiento feminista Fat Underground publicó un *Manifiesto* (cfr. FREESPIRIT, J.- ALDERBARAN: “1973, Fat Liberation Manifesto”, 7 marzo 2014, en <http://fatheffalump.wordpress.com/2012/06/>), que cuenta con un homónimo europeo desde el año 2012, el European Size Liberation Manifesto).

²⁷ OMS: *Informe sobre la situación mundial de las enfermedades no transmisibles 2010 Resumen de orientación*, http://www.who.int/nmh/publications/ncd_report_summary_es.pdf, p. 12. Vid. Instituto de Estadística canadiense, Park, J.: “Obesity on the job”, que da cuenta del impacto de la obesidad sobre el absentismo de los trabajadores australianos, más frecuente y de mayor duración por esta causa, según el Australian Institute of Health and Welfare (2005), *Statistics Canada, febrero 2009, Perspectives*, disponible en <http://www.statcan.gc.ca/pub/75-001-x/2009102/pdf/10789-eng.pdf>. En la citada estadística se da cuenta de un total de 39 millones de días de trabajo perdidos como consecuencia de la obesidad en Estados Unidos en el año 1994, según Wolf y Colditz, 1998.

²⁸ Informe SESPAS 2014, *Crisis económico-financiera y salud en España*. En *Gaceta Sanitaria*, <http://gacetasanitaria.org/es/vol-28-num-s1/suplemento/sespas/SO213911114X0004X/>. Vid. Antentas, J.M. y Vivas, E.: “Impacto de la crisis en el derecho a una alimentación sana y saludable. Informe SESPAS 2014”, en *Gaceta Sanitaria*, 2014, núm. 28(S1), pp. 58–61, en <http://gacetasanitaria.org/es/vol-28-num-s1/suplemento/sespas/SO213911114X0004X/>.

el estatus económico. En definitiva, el efecto de la crisis ha redundado en la mayor estratificación alimentaria de nuestra población²⁹.

2. Discriminación por sobrepeso

Diversos estudios muestran una clara relación entre el sobrepeso y la discriminación social. La literatura científica cuenta con cierta tradición en el estudio de este fenómeno social en los Estados Unidos³⁰ y Canadá especialmente, pero hasta fechas más recientes no ha captado la atención de la europea. Recientes estudios realizados entre otros en el Reino Unido³¹, e incluso en España³², como otros concluidos en el siglo pasado (cfr. Suecia³³ o Dinamarca³⁴), se han adherido a esta línea de investigación, dando cuenta de una evidencia irrefutable: el prejuicio social que se asocia a la obesidad (falta de voluntad, disciplina y autocontrol, pereza³⁵, desidia, gula³⁶... y culpabilidad) y la percepción de ésta como un estigma social que provoca rechazo en los ámbitos públicos (y privados). Con demasiada frecuencia los términos “gordo” y “freak” van de la mano y se asocian, bajo burla y escarnio, con fealdad y ridiculidad³⁷, abono perfecto para el acoso cuando se reproducen en ciertos ámbitos de convivencia (escuela, trabajo).

Pero, admitiendo esta evidencia, la doctrina también conviene que en el campo de la investigación de este constructo multidimensional no se han alcanzado resultados que permitan comparar este grupo con otros igualmente objeto de prejuicios sociales, en virtud de la ausencia de un elemento comparativo equiparable, al no traducirse con claridad los prejuicios o estereotipos sociales en medidas claramente discriminatorias de las personas con sobrepeso (cfr. LATNER, O'BRIEN, DURSO,

²⁹Sobre esta correlación de factores vid. BAUM II, C.L.- RUHM, C.J. (“Age, Socioeconomic Status and Obesity Growth”, 2007, en <http://www.indiana.edu/~econdept/workshops/baumruhm5.pdf>), que parten del estudio de campo para determinar las relaciones entre el nivel socioeconómico y el crecimiento de la obesidad, especialmente acusada entre las capas sociales menos favorecidas.

³⁰ PUHL, R.M., ANDREYEVA, T., BROWNELL, K.D.: “Perceptions of weight discrimination: prevalence and comparison to race and gender discrimination in America”. *Int J Obes*, Londres, 2008, núm. 32, pp. 992–1000 (en <http://www.nature.com/ijo/journal/v32/n6/pdf/ijo200822a.pdf>). Y ANDREYEVA, T., PUHL, R.M., BROWNELL, K.D.: “Changes in perceived weight discrimination among Americans, 1995–1996 through 2004–2006”. *Obesity*, 2008, núm. 16, pp. 1129–1134; LATNER, J.D.- O'BRIEN, K.S.- DURSO, L.E.- BRINKMAN, L.A. -MACDONALD, T.: “Weighing obesity stigma: the relative strength of different forms of bias”. *International Journal of Obesity*, 2008, núm. 32, pp. 1145–1152.

³¹ JACKSON, S.E.- STEPTOE, A.- BEEKEN, R.J.- CROKER, H.- WARDLE, J.: “Perceived weight discrimination in England: a population-based study of adults aged ≥ 50 years”. *International Journal of Obesity*, 2014, diciembre, 1–7, doi:10.1038/ijo.2014.186. Disponible en <http://www.nature.com/ijo/journal/vaop/ncurrent/pdf/ijo2014186a.pdf>

³² MAGALLARES, A.-MORALES, J.F.-RUBIO, M.A.: “Group identification, discrimination and psychological health in an obese sample”. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 2014, núm. 14, 3, pp. 421-431.

³³ WAMALA, S.P., WOLK, A., ORTH-GOMER, K.: “Determinants of obesity in relation to socioeconomic status among middle-aged Swedish women”. *Prev Med*, 1997, núm. 26, pp. 724–744.

³⁴ ASKEGAARD, S.-JENSEN, A.F.-HOLT, D.B.: “Lipophobia: a Transatlantic Concept?”, *Advances in Consumer Research*, Vol. 26, 1999, pp. 331-336, en <http://www.acrwebsite.org/search/view-conference-proceedings.aspx?id=8272>.

³⁵ PATACCHINI, E.- RAGUSA, G.- ZENOU, Y.: “Unexplored Dimensions of Discrimination in Europe: Religion, Homosexuality and Physical Appearance”, 19 mayo 2012, <http://www.west-info.eu/files/indagine-discriminazione-lavoro-omosessuali-rapporto.pdf>, p. 22.

³⁶ ODGEN, J.: “Overweight and obese adults”, Paper en <http://www.nice.org.uk/guidance/ph53/evidence/ph53-overweight-and-obese-adults-expert-paper-1-jane-ogden2>, p. 1.

³⁷ ODGEN, J.- CLEMENTI, C.: “The Experience of Being Obese and the Many Consequences of Stigma”, *Journal of Obesity*, Volumen 2010, ID 429098, disponible en <http://dx.doi.org/10.1155/2010/429098>.

BRINKMAN, y MACDONALD³⁸). Lo que resulta evidente es que se trata de una situación poliédrica que no cabe homogeneizar en su análisis bajo un único supuesto con propósito de estandarizar también la respuesta legal que deba ofrecerse, pues los prejuicios, y por ende las conductas estigmatizantes, se predicen de elementos diferenciados entre sí, cuantitativa y cualitativamente, como son el *sobrepeso*, la *obesidad*³⁹, *leve*, *moderada* y *severa*, y la *obesidad mórbida*⁴⁰. El primero de los casos citados es susceptible de equiparación con el grupo de elementos agrupables bajo un mismo elemento común, el aspecto físico, en el que cabría englobar el sobrepeso, la forma de vestir o de peinar, o las características fisionómicas de la persona. El último de ellos, la obesidad mórbida, resulta fácilmente identificable con la “discapacidad”, desde un punto de vista médico pero también jurídico, como se desprende de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, que se analizará más adelante. La obesidad por su parte es el supuesto de más difícil encaje en este esquema general de estereotipos discriminatorios.

Lo cierto es que los prejuicios contra las personas con sobrepeso, evidenciados estadística y científicamente en abundante literatura especializada, determinan el rechazo de las mismas en ciertos ámbitos o esferas sociales donde ese imaginario colectivo entiende que no encajan. Aunque se ignoran las razones últimas o motivacionales de este fenómeno⁴¹, ligado en la actualidad a la cultura del culto al cuerpo⁴² y los patrones estéticos imperantes⁴³, este factor de discriminación se equipara en impacto social a la raza en ámbitos geográficos como Norteamérica⁴⁴, donde dos terceras partes de la

³⁸ ATNER, J.D.- O'BRIEN, K.S.- DURSO, L.E.- BRINKMAN, L.A.-MACDONALD, T.: “Weighing obesity stigma:... op.cit., p. 1146.

³⁹ Sobrepeso y obesidad se definen por la Organización Mundial de la Salud como grados de un mismo fenómeno, el de la acumulación anormal o excesiva de grasa que puede ser perjudicial para la salud, superando el Índice de masa muscular la ratio 25 en el primer caso y 30 en el segundo (cfr. OMS: *Obesidad y sobrepeso*. Nota descriptiva número 311, agosto de 2014, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/es/>).

⁴⁰ Cuando el índice de masa muscular supera el ratio de 40 puede hablarse de obesidad mórbida, y de super obesidad si supera el 50, y supersuperobesidad si supera el 59 (cfr. Unidad de Obesidad Mórbida del Hospital de Getafe: “¿Qué es la obesidad”, en <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadername2=cadena&blobheadervalue1=filename=Que+es+la+obesidad.pdf&blobheadervalue2=language=es&site=HospitalGetafe&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1220539757198&ssbinary=true>. e. Médicamente también se usa la graduación de la obesidad en las tres clases, I (>30), II (>35) y III (>40), [OMS, 1997], aunque es habitual medir como tipo II la >30, mientras que la > 35 es tipo III o severa (según la OMS).

⁴¹ CARELS, R.A.-MUSHER-EIXENMAN, D. R.: “Body Image”. Manuscrito de los autores en PMC, 2 septiembre 2011; publicado como Body Image. Mar 2010, núm. 7(2), pp. 143–148, en línea desde 20 enero 2010. doi: [10.1016/j.bodyim.2009.11.005](https://doi.org/10.1016/j.bodyim.2009.11.005). Puede consultarse en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3164982/>. Los autores citados admiten que sí existe cierta conexión con la ideología protestante que liga el trabajo duro al éxito y, por tanto, que permite asociar obesidad a desidia y dejadez, propia de la imagen del “perdedor” o “fracasado” (“loser”), culpable de su obesidad y de no evitarla, pudiendo hacerlo. Seguramente buena parte de esta filosofía ha sido trasplantada artificialmente a nuestras sociedades, no protestantes, como consecuencia de la globalización de las economías, que vienen acompañadas también del estilo de vida de los lugares donde surgen las culturas exportadas. A título de ejemplo, un conocido concurso norteamericano de la cadena de televisión NBC identifica precisamente la imagen de “perdedor” con la de “obeso” en el juego de palabras que le sirve de título: *The Biggest Loser* (<http://www.nbc.com/the-biggest-loser>).

⁴² GROGAN, S.: *Body Image and Health Contemporary Perspectives*. Staffordshire University, UK. En http://www.ufjf.br/labesc/files/2012/03/Journal-of-Health-Psychology_2006_Body-Image-and-Health-contemporary-perspectives.pdf.

⁴³ BAÑUELOS, C.: “Los patrones estéticos en los albores del siglo XXI: Hacia una revisión de los estudios en torno a este tema”. *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. Núm. 68, Monográfico sobre: Perspectivas en Sociología del Cuerpo (Oct.-Dec., 1994), pp. 119-140, Centro de Investigaciones Sociológicas, online en URL: <http://www.jstor.org/stable/40183760>.

⁴⁴ ANDREYEVA, T., PUHL, R.M., BROWNELL, K.D.: “Changes in perceived weight discrimination among Americans”, 1995-1996 through 2004-2006. *Obesity* (Silver Spring). 2008 Mayo, núm. 16(5), pp. 1129-34.

población sufre sobrepeso que supera el 20% del peso saludable⁴⁵. Sin embargo, en otros, como es el caso español, permanece invisible en el campo de la tutela anti discriminatoria, y sólo la literatura médica repara en ella. La STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1259/2012, de 9 de mayo, sobre un despido basado en la obesidad del trabajador, concluía su fundamentación jurídica afirmando que “la obesidad no es una enfermedad que aparezca ligada de modo directo o indirecto a los criterios discriminatorios que se consideran proscritos tanto en el art. 14 CE, como en el art. 7 E.T.”

En efecto, nuestro Derecho, ni tampoco el comunitario⁴⁶, se refieren explícitamente, dentro del ámbito social ni en el texto constitucional, a esta causa, ni de forma autónoma ni tampoco integrada en el eje de la discriminación basada en el aspecto físico, como una de las merecedoras de la tutela anti discriminatoria, ni existen referencias jurídicas o jurisprudenciales a la obesidad en esta rama jurídica salvo para aludir a la cobertura por parte del sistema de la Seguridad social de la cirugía bariátrica (por cierto uno de los efectos de la *globesity* sobre nuestros sistemas de Seguridad Social [cirugía bariátrica o procedimientos gástricos para obesidad) o como tributaria de la protección por incapacidad permanente. Por el contrario, muy escasas referencias pueden hallarse en el campo de la relación de trabajo (más allá de su consideración como causa de ineptitud sobrevenida) y la protección frente a la discriminación que pueda vincularse a esta situación, tanto en el caso de que constituya un caso premórbido como mórbido y por consiguiente próximo al binomio enfermedad/discapacidad. El fallido Proyecto de *Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación* (Proyecto de ley 121/000130⁴⁷) tampoco incluyó explícitamente como causa protegida ni el aspecto físico ni la obesidad, aunque sí bajo el paraguas de la referencia final a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 2), pese a la recomendación en tal sentido de REY MARTÍNEZ y GIMÉNEZ GLUCK EN el informe *Por la diversidad, contra la discriminación la igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*⁴⁸. Y, como señalan los citados autores, si España se encuentra en un estadio de desarrollo embrionario por lo que respecta a la legislación antidiscriminatoria en campos avanzados y resueltos por el Derecho comunitario como la etnia/raza y la religión/creencia, el salto a la discriminación por sobrepeso deviene por el momento una quimera, aunque su construcción dogmática ha venido introducida de la mano de la discapacidad por la STJUE de 18 de diciembre de 2014.

Pero lo anterior *no es del todo cierto*. Y no lo es porque nuestra legislación sí cuenta con una protección específica frente a la *discriminación por sobrepeso*: el art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, *de seguridad alimentaria y nutrición*, que literalmente reza:

“Artículo 37. Prohibición de discriminación

1. Está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad. 2. Se considera discriminación directa por esta razón, la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sobrepeso, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 3. Se considera discriminación indirecta, por esta razón, la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente, neutros pone a las personas con sobrepeso u obesidad en desventaja particular con respecto al resto de personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse, objetivamente, en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. 4. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o

⁴⁵ CARELS, R.A.-MUSHER-EIXENMAN, D. R.: “Body Image”, loc.cit.

⁴⁶ PATACCHINI, E.- RAGUSA, G.- ZENOU, Y.: “Unexplored Dimensions of Discrimination in Europe: Religion, Homosexuality and Physical Appearance”, 19 mayo 2012, <http://www.west-info.eu/files/indagine-discriminazione-lavoro-omosessuali-rapporto.pdf>.

⁴⁷ BOCG de 10-6-2011, núm. 130-1, http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_130-01.PDF.

⁴⁸ Editado por la Fundación Ideas, 2010 (núm. 4/2010), disponible en <https://www.psoe.es/source-media/000000354000/000000354338.pdf>.

indirectamente, por razón de sobrepeso u obesidad. 5. Los actos y cláusulas, que constituyan o causen discriminación por razón de sobrepeso u obesidad, se considerarán nulos y sin efecto. 6. Los poderes públicos adoptarán medidas específicas, a favor de las personas con sobrepeso u obesidad, para corregir situaciones patentes de desigualdad,”

Resulta claro, por tanto, que la causa está cubierta por nuestro ordenamiento jurídico frente a la discriminación, lo que significa que el peso corporal y la *globesity* han suscitado la alarma suficiente para reaccionar dogmáticamente en el campo de la gestión y tutela de la diversidad, y que la identidad entre rasgo y sospecha discriminatoria, en palabras de REY MARTÍNEZ y GIMÉNEZ GLUCK, cuya presencia garantiza su tutela legal al convertirse en mandato específico a los poderes públicos⁴⁹, concurre en el caso analizado y así ha impregnado nuestra legislación, aunque no es menos cierto que, como se verá, ni parece haber tenido impacto en el ámbito forense, ni resulta fácil su encaje en el ámbito laboral, pese a que la proyección del crecimiento de la obesidad también en sociedad española pronostica una no desdeñable dimensión social de este problema.

3. Discriminación por sobrepeso en el ámbito del trabajo

3.1. La imagen, factor de discriminación

En el ámbito del trabajo, la imagen (derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 CE) se ha convertido además en un ítem imprescindible e indeleblemente unido al *curriculum vitae*⁵⁰, que se incluye en el código no escrito de la selección de personal⁵¹, necesariamente valorado en los trabajos en los que el trato con el público forma parte del núcleo esencial de las tareas a desempeñar⁵².

Pese a su carácter polémico, no resulta extraño escuchar declaraciones como las del responsable de la cadena de tiendas de ropa *Abercrombie & Fitch* "mis tiendas tienen éxito porque no contrato a gordas y porque viene gente guapa"⁵³ (afortunadamente la misma cadena fue objeto de sentencia condenatoria por acoso contra una joven empleada que fue despedida en una de las tiendas de la cadena en Londres por "no encajar en la política de la imagen de la empresa", al dejar al descubierto su brazo protésico hasta el momento cubierto con ropa).

Resulta constatable la falta de penetración jurídica de la obesidad como factor de discriminación en el ámbito español. El examen de la doctrina judicial social es un perfecto indicador de esta falta de sensibilidad jurídica acerca de esta causa, en sentencias como la del TSJ del País Vasco núm. 195/2008, de 29 de enero, que entiende exentas de gravedad y trascendencia atentatoria de las trabajadoras la conducta injuriosa de su superior basada en la obesidad de aquéllas (se ampara en la falta de continuidad de tal actuación, su historial anterior - teoría gradualista- y el contexto de la mala relación entre ellas); la del TSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1174/2000, de 23 de marzo, que igualmente entiende falta de gravedad la misma conducta; la del TSJ de Cataluña núm. 422/2007, de 18 de enero, en la que se llega a la misma conclusión (admitiendo no obstante el carácter *indudablemente*

⁴⁹ REY MARTÍNEZ, F. y GIMÉNEZ GLUCK, D.: op.cit., 8.

⁵⁰ Cfr. VERA ROJAS, P.: *La discriminación en los procesos de selección de personal*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006, online en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_wp_29_sp.pdf.

⁵¹ GIEL, K.E., THIEL, A., TEUFEL, M., MAYER, J., ZIPFEL, S.: "Weight bias in work settings - a qualitative review". *Obes Facts*. 2010, Febrero, núm.3(1), pp. 33-40. doi: 10.1159/000276992. Epub 2010 Feb 11.

⁵² Council on Size & Weight Discriminatio, CSWD, <http://www.cswd.org/docs/discrimination.html>.

⁵³ Puede verse la noticia en el diario *El Confidencial*, en <http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2013/05/17/mis-tiendas-tienen-exito-porque-no-contrato-a-gordas-y-porque-viene-gente-guapa-121044>.

criticable, sic, de la citada conducta) en un supuesto en el que el trabajador usó la expresión de “gordo de mierda” (muy habitual por otra parte en la escasa doctrina judicial existente al respecto), en actitud agresiva, contra su superior jerárquico; por el contrario, la del TSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2001 (JUR 2002\28976) mantiene la procedencia del despido en un supuesto idéntico, valorado como falta grave de respeto y consideración (asimismo, la STSJ de Galicia núm. 4909/2010, de 2 noviembre, estima procedente el despido del profesor que llamó “gorda ballena” a una alumna).

3.2. Relaciones de retroalimentación entre trabajo y obesidad

La valoración del aspecto físico también se proyecta sobre otros puestos de trabajo en los que no se presta la atención al público como factor de selección, en virtud de un invisible hilo de conexión entre el peso y notas negativas como la pereza, la glotonería, la falta de autocontrol o la ineptitud⁵⁴, ... y la consideración de una mayor predisposición a los accidentes de trabajo como consecuencia del sobrepeso.

Conviene subrayar la existencia de un doble camino de ida y vuelta entre la obesidad y el trabajo, autorretroalimentado. Y es que, al mismo tiempo que, como se tratará enseguida, la obesidad es observable desde el prisma de la discriminación, también es abordable desde la perspectiva de la incidencia del trabajo sobre la salud y hábitos alimentarios y viceversa, e incluso de la prevención de riesgos laborales, donde parece haberse constatado una interesante correlación entre obesidad y jornada, concretamente el trabajo a turnos y la prolongación de la jornada⁵⁵, que pone sobre aviso sobre la necesidad de integrar este ítem entre los factores de riesgo laboral, considerado el aumento de la predisposición a los accidentes de trabajo (derivados de fatiga, insomnio, limitaciones físicas y ergonómicas, e incrementados por el uso de medicamentos para la atención de las condiciones crónicas que sufren o incluso la falta de uso de equipos de protección individual por su desajuste o incomodidad), y su incidencia sobre la salud mental⁵⁶, y con ello de las estrategias preventivas⁵⁷ (también existe evidencia científica sobre la mayor exposición al estrés laboral que sufren los individuos obesos⁵⁸). Tanto es así que ya desde el año 2005 la legislación japonesa *shokuiku* (Ley Básica

⁵⁴ CARELS, R.A.- MUSER-EINZENMAN, D.R.: “Individual differences and weight bias: Do people with an anti-fat bias have a pro-thin bias?”, *Body Image*. Mar 2010, núm. 7(2), pp. 143–148. Publicado online el 20-1-2010. doi: [10.1016/j.bodyim.2009.11.005](https://doi.org/10.1016/j.bodyim.2009.11.005). Y SWAMI, V., CHAN, F., WONG, V., FURNHAM, A., TOVEE, M.J.: “Weight-based discrimination in occupational hiring and helping behavior”. *Journal of Applied Social Psychology*, 2008, núm. 38, pp. 968–981.

⁵⁵ POLLACK, K.M.- SOROCK, G.S., SALDE, M.D., CANTLEY, L.; SIRCAR, K., TAIWO, O., CULLEN, M.R.: “Association between body mass index and acute traumatic workplace injury in hourly manufacturing employees”. *American Journal of Epidemiology*, 2007, núm. 166(2), pp. 204-11.

⁵⁶ VILLASEÑOR BAYARDO, S.J.- ONTIVEROS ESQUEDA, C., CÁRDENAS CIBRIÁN, C.V.: “Salud mental y obesidad”, *Medigraphic*, Vol. VIII, núm. 2, Agosto 2006, <http://www.medigraphic.com/pdfs/invshal/igsg-2006/igsg062e.pdf>. MAGALLARES, A.: *La salud psicológica de los obesos ante situaciones de discriminación por el peso*. Tesis doctoral, 2009, Departamento de Psicología Social y de las Organizaciones, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Online en <http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/tesisuned:Psicologia-Amagallares/Documento.doc>.

⁵⁷ POLLACK, K.M.- SOROCK, G.S., SALDE, M.D., CANTLEY, L.; SIRCAR, K., TAIWO, O., CULLEN, M.R.: “Association between body mass index and acute traumatic workplace injury in hourly manufacturing employees”. Op.cit. Asimismo, POLLACK, K.M.-CHESKIN, L.J.: “Obesity and workplace traumatic injury: does the science support the link?”, *Inj Prev*. 2007 Oct, núm. 13(5), pp. 297–302. doi: 10.1136/ip.2006.014787 (también en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2610625/>).

⁵⁸ KOUVONEN, A., KIVIMÄKI, M., COX, S.J., COX, T., VAHTERA, J.: “Relationship between work stress and body mass index among 45,810 female and male employees”. *Psychosom Med*. 2005, Jul-Agosto, núm. 67(4), pp.577-83.

sobre *shokuiku* de 10 de junio de 2005, *Ley sobre educación alimentaria y nutricional*)⁵⁹, dio lugar a la aprobación en marzo de 2008 de la *Ley sobre Protección de la Salud de las personas mayores*, número 77 de 2008, y la Orden 159, sobre la Guía acerca de exámenes de salud especiales⁶⁰, *Standard Concerning Implementation Special Health Examinations and Special Public Health Guidance*, política contra la obesidad cuyas medidas, fundamentalmente dirigidas a la subsistencia financiera del sistema sanitario⁶¹, incluyeron entre las integradas en la vigilancia de la salud a realizar anualmente por las empresas el control del volumen corporal de sus trabajadores mayores de cuarenta años, el resultado de las cuales debía conducir a la aplicación de medidas para garantizar la pérdida de peso de quienes sobrepasaran un riguroso⁶² contorno de cintura 85 cm en el caso de los hombres y de 90 cm en el caso de las mujeres⁶³, cuyo seguimiento debía asegurar el empresario (al menos en un 65%, debiendo conseguir una reducción del peso de un 10% en un plazo de siete años). Si bien este plan anuncia un importante potencial discriminatorio que esta obligación legal impone a los trabajadores con sobrepeso, en tanto hace recaer la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de pérdida de peso sobre la empresa (art. 22.6 de la *Ley sobre Protección de la Salud de las personas mayores*, 77/2008), la ley y el plan anejo disponen ciertos beneficios para coadyuvar a este fin (v.g. descuentos para gimnasios, comida saludable gratuita...⁶⁴) y además no están previstas medidas específicas para compeler a los trabajadores “a meterse en cintura”⁶⁵.

En definitiva, la obesidad, como ha puesto de manifiesto la atención brindada por los sistemas sanitarios, incluido el nuestro, guarda una relación directa con la salud laboral, tanto desde la perspectiva de su indudable condición de factor de riesgo laboral (las evidencias acerca de su elevado efecto potenciador del estrés laboral⁶⁶ son claras), como desde el prisma del absentismo laboral, y con

⁵⁹ La Ley fue aplicada en un Plan Básico para la promoción de la educación alimentaria (*shokuiku suishin kihon keikaku*), sustituido en el año 2011 por el segundo plan *shokuiku* 2011-2015. Sobre la misma vid. REIHER, C.: “Food pedagogies in Japan: From the implementation of the Basic Law on Food Education to Fukushima”, *Australian Journal of Adult Learning*, Volumen 52, núm. 3, noviembre 2012, consultable online en <http://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ1000192.pdf>. Sobre sus contenidos, vid. *Basic Program for Shokuiku Promotion*, marzo 2006, http://www8.cao.go.jp/syokuiku/about/pdf/plan_ol_eng.pdf.

⁶⁰ ODA, E.- KAWAI, R.: “Comparison among body mass index (BMI), waist circumference (WC), and percent body fat (%BF) as anthropometric markers for the clustering of metabolic risk factors in Japanese”. *Intern Med*, 2010, núm. 49, pp. 1477–1482 (en https://www.jstage.jst.go.jp/article/internalmedicine/49/15/49_15_1477/pdf).

⁶¹ ODA, B.T.: “An Alternative Perspective to Battling The Bulge: The Social and Legal Fallout of Japan’s Anti-Obesity Legislation”, *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, Vol. 12, núm. 1, en http://blog.hawaii.edu/aplpi/files/2011/11/APLPJ_12.1_oda.pdf, p. 252.

⁶² La norma ha sido severamente criticada por su excesiva rigidez (Cfr. HOTTA, N.: “Metabolic Syndrome Criteria ‘Too Strict’”, *Daily Yomiuri*, Oct. 14, 2007, disponible en 2007 WLNR 20158492), y por fomentar el “sizeism” o “tallismo” en el trabajo (McNeill).

⁶³ Según citan fuentes médicas, esta campaña ha conducido al efecto contrario en el caso de las mujeres: la excesiva delgadez. Cfr. WALLESTON, K.: “Fined for Being Fat: The Next Step in Fighting Obesity?”, *Insiders Health*, <http://www.insidershealth.com/article/fined-for-being-fat-the-next-step-in-fighting-obesity/5075>. Vid. ODA, E.: “Problems in the Japanese criteria for metabolic syndrome”. *Journal of Diabetes Investigation*. Vol. 2, núm. 2, p. 154, abril 2011. DOI: 10.1111/j.2040-1124.2010.00067.x (disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.2040-1124.2010.00067.x/full>).

⁶⁴ ODA, B.T.: “An Alternative Perspective... op.cit., p. 268.

⁶⁵ Por otra parte, las multas (10% de las cuotas vigentes) recaen sobre las municipalidades y las compañías aseguradoras de no alcanzarse en el plazo previsto (cinco años) la reducción de la ratio de obesidad establecida (35%) y el grado de cumplimiento previsto (65%), con el fin de financiar la salud de las personas de mayor edad (la base es la relación directa entre obesidad y enfermedad crónica), atendida la sobrecarga financiera del sistema de salud, por ser la japonesa una de las sociedades más longevas del planeta.

⁶⁶ POLLACK, K.M.- SOROCK, G.S., SALDE, ET AL.: op.cit.

ello de la estrategia preventiva. La perspectiva preventiva sin duda merece un tratamiento singular e independiente en este contexto, que, por exceder de la finalidad y límites del presente trabajo, será soslayada a favor de la perspectiva discriminatoria.

3.3. El exceso de grasa como causa de estigmatización a tutelar

La discriminación en el trabajo no se proyecta únicamente en la fase de acceso al empleo⁶⁷, sino que planea sobre la relación de trabajo en sus diversas condiciones⁶⁸ (salarios⁶⁹, salud, acoso...)⁷⁰, en una brecha claramente atribuible a factores de discriminación⁷¹.

Sin embargo, se trata de un ámbito de discriminación indeleble y casi invisible para el Derecho europeo, que muy recientemente ha atisbado una respuesta que el derecho canadiense conoce desde hace más de una década⁷², mientras en la literatura norteamericana es ya un clásico⁷³ (desde hace décadas existe consenso sobre la belleza como factor de éxito en el trabajo [cfr. HAMERMESH, *Beauty pays: why attractive people are more succesful*, Princeton, 2013]).

También este factor discriminatorio pasa de puntillas sobre el mercado de trabajo, donde permanece oculto asimismo el impacto de género que este factor de discriminación tiene sobre las mujeres obesas⁷⁴, sujetas a un caso más de discriminación múltiple⁷⁵ (las mujeres con estatus laboral bajo eran

⁶⁷ SWAMI, V.- CHAN, F.- WONG, V.- FURNHAM, A.- TOVÉE, M.T.: "Weight-Based Discrimination in Occupational Hiring and Helping Behavior". *Journal of Applied Social Psychology*, Volumen 38, núm. 4, pp. 968–981, abril 2008, DOI: 10.1111/j.1559-1816.2008.00334.x. Asimismo, GIEL, K.E., THIEL, A., TEUFEL, M., MAYER, J., ZIPFEL, S.: "Weight bias in work settings - a qualitative review". *Obes Facts*. 2010, Febrero, núm.3(1), pp. 33-40. doi: 10.1159/000276992. Epub 2010 Feb 11.

⁶⁸ SCHULTE, P.A.- WAGNER, G.R.- OSTRY, A.- BLANCIFORTI, LAURA A.- CUTLIP, ROBERT G.- KRAJNAK, K.M.-, LUSTER, M.- MUNSON, ALBERT. E., O'CALLAGHAN, JAMES P., PARKS, C.G., SIMEONOVA, P.P., y MILLER, D.B.: "Work, Obesity, and Occupational Safety and Health". *American Journal of Public Health*, marzo 2007, Vol. 97, núm. 3, pp. 428-436. doi: 10.2105/AJPH.2006.086900.

⁶⁹ BAUM II, C.L. y FORD, W.F.: "The wage effects of obesity: a longitudinal study". *Health Economics*, Volumen 13, núm. 9, artículo publicado previamente online el 24 febrero 2004, DOI: 10.1002/hec.881.

⁷⁰ BAUM II, C.L. y FORD, W.F.: "The wage effects of obesity...", op.cit., p. 885.

⁷¹ MASON, K.: "The Unequal Weight of Discrimination: Gender, Body Size, and Income Inequality". *Social Problems*, Vol. 59, núm. 3, pp. 411–435, DOI: 10.1525/sp.2012.59.3.411.

⁷² ZWERLING, H.: "Obesity as a Covered Disability Under Employment Discrimination Law: An Analysis of Canadian Approaches", 1997, núm. 52, *Relat. Ind.* 6.

⁷³ Además de los diversos trabajos ya citados, vid. SLITER, K. A.; SLITER, M. T.; WITHROW, S. A.; JEX, S. M.: "Employee adiposity and incivility: Establishing a link and identifying demographic moderators and negative consequences". *Journal of Occupational Health Psychology*, vol. 17(4), Oct 2012, pp. 409-424. <http://dx.doi.org/10.1037/a0029862>; GIEL, K.E., THIEL, A., TEUFEL, M., MAYER, J., ZIPFEL, S.: "Weight bias in work settings - a qualitative review". *Obes Facts*. 2010 Feb, núm. 3(1), pp. 33-40. doi: 10.1159/000276992. Epub 2010 Feb 11. ROEHLING, M.V.- ROEHLING, P. V.- PICHLER, S.: "The relationship between body weight and perceived weight-related employment discrimination: The role of sex and race". *Journal of Vocational Behavior* núm. 71, 2007, pp. 300–318. Disponible online en <http://web.mit.edu/cme/Public/tmp.pdf>.

⁷⁴ BAUM II, C.L. y FORD, W.F.: "The wage effects of obesity...", loc.cit.

⁷⁵ ROEHLING, M.V.- ROEHLING, P. V.- PICHLER, S.: "The relationship between body weight and perceived weight-related employment discrimination: The role of sex and race". *Journal of Vocational Behavior*, núm. 71, 2007, pp. 300–318. Disponible online en <http://web.mit.edu/cme/Public/tmp.pdf>. BALL, K., MISHRA, G., CRAWFORD, D.: "Which aspects of socioeconomic status are related to obesity among men and women?" *Int J Obes Relat Metab Disord.*, 2002, abril, núm. 26(4), pp. 559-65. BALL, K., CLELAND, V., SALMON, J., TIMPERIO, A. F., MCNAUGHTON, S., THORNTON, L., CAMPBELL, K., JACKSON, M., BAUR, L. A., MISHRA, G., BRUG, J., JEFFERY, R. W., KING, A., KAWACHI, I., CRAWFORD, D. A.: "Cohort profile: The resilience for eating and activity despite inequality (READI) study", *International journal of epidemiology*, vol. 42, núm. 6, 2013, pp. 1629-1639, Oxford University Press, Oxford, England [C1.1], ERA journal ID: 13591 – Scopus EID: 2-s2.0-84884188937. BALL, K., ABBOTT, G., CLELAND, V., TIMPERIO, A, THORNTON, L., MISHRA, G., JEFFERY, R. W., BRUG, J., KING,

estadísticamente más proclives a sufrir sobrepeso, resultado menos palmario en el caso de los hombres⁷⁶), y que ha motivado el surgimiento de una corriente adherida a la tesis de la correlación género-obesidad (en el marco de la *gender-plus theory*⁷⁷), planteando si la discriminación por obesidad es una cuestión de género⁷⁸.

Hasta hace muy pocos años, como señalan BALL, MISHRA y CRAWFORD, la mayoría de los estudios no profundizaban en las causas de esta relación entre estatus sociolaboral y peso⁷⁹, pero, de acuerdo con el estudio de los autores citados, parece existir evidencia respecto de la relación entre condiciones de empleo precarias (tiempo parcial, empleos de baja cualificación) y sobrepeso entre las mujeres⁸⁰. Y, de igual modo, el bajo estatus sociolaboral es un claro predictor de obesidad y de distrés femeninos⁸¹. Lo que conduce a una chocante conclusión: que la campaña contra la obesidad debería incluir medidas de fomento del empleo femenino⁸². Y en el actual contexto socioeconómico, la crisis económica constituye asimismo factor de predicción de obesidad y con ello de discriminación laboral basada en esta causa.

En cualquier caso, las evidencias señaladas reseñan que la obesidad es determinante sobre el estatus social más que al contrario, lo que sin duda permite subrayar su potencial discriminatorio⁸³. Ahora bien, la aproximación a la tutela frente a esta causa de discriminación, con ser hasta ahora

A., CRAWFORD, D.: "Resilience to obesity among socioeconomically disadvantaged women: the READI study", *International journal of obesity*, vol. 36, no. 6, 2012, pp. 855-865, Nature Publishing Group, London, England [C1]. ERA journal ID: 13605 – Scopus EID: 2-s2.0-84862170225. Por su parte, SLITER, SLITER y WITHROW (SLITER, K. A.; SLITER, M. T.; WITHROW, S. A.; JEX, S. M.): "Employee adiposity and incivility: Establishing a link and identifying demographic moderators and negative consequences". *Journal of Occupational Health Psychology*, Vol 17(4), Oct 2012, pp. 409-424. <http://dx.doi.org/10.1037/a0029862>) hallaron en su estudio de campo en Estados Unidos una clara relación de multidiscriminación entre género, raza y "adiposidad" (el artículo está disponible también online en http://www.researchgate.net/profile/Michael_Sliter/publication/232253270_Employee_adiposity_and_incivility_Establishing_a_link_and_identifying_demographic_moderators_and_negative_consequences/links/0deec5385f3312e651000000.pdf).

⁷⁶ BALL, K., MISHRA, G., CRAWFORD, D.: "Which aspects of socioeconomic status are related to obesity among men and women?" *Int J Obes Relat Metab Disord.*, 2002, Apr, núm. 26(4), pp. 559-65. Los mismos resultados en el estudio de los citados autores publicado un año más tarde: BALL, K., MISHRA, G.D., CRAWFORD, D.: "Social factors and obesity: an investigation of the role of health behaviours". *International Journal of Obesity*, 2003, núm. 27, pp. 394-403. doi:10.1038/sj.ijo.0802237. Disponible online en <http://www.nature.com/ijo/journal/v27/n3/pdf/0802237a.pdf>.

⁷⁷ WARE, D.: "Against the Weight of Authority. Can courts solve the problem of size discrimination?", *Alabama Law Review*, 2013, Vol. 64, núm. 5, p. 1203. Disponible online en <http://www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%205/6%20Ware%201175-1214.pdf>, p. 1205.

⁷⁸ FIKKAN, J.L.-ROTHBLUM, E.D.: "Is Fat a Feminist Issue? Exploring the Gendered Nature of Weight Bias". *Sex Roles*, DOI 10.1007/s11199-011-0022-5 Feminist Forum, en http://www-rohan.sdsu.edu/~rothblum/doc_pdf/weight/Is_fat_feminist_issue.pdf.

⁷⁹ BALL, K., MISHRA, G.D., CRAWFORD, D.: "Social factors and obesity: ...op.cit., p. 398.

⁸⁰ BALL, K., MISHRA, G.D., CRAWFORD, D.: "Social factors and obesity: ...loc.cit. ROEHLING, M.V.- ROEHLING, P. V.- PICHLER, S.: "The relationship between body weight and perceived weight-related employment discrimination: The role of sex and race", cit.

⁸¹ BALL, K., MISHRA, G.D., CRAWFORD, D.: "Social factors and obesity: ...op.cit., pp. 401-402.

⁸² POLLACK y CHESKIN (POLLACK, K.M.-CHESKIN, L.J.: "Obesity and workplace traumatic injury: does the science support the link?", op.cit.) proponen reducción del IMC de los trabajadores como parte de la estrategia preventiva de riesgos laborales.

⁸³ BALL, K., MISHRA, G.D., CRAWFORD, D.: "Social factors and obesity: ...op.cit., p. 402. Y en la misma línea los autores citan a GORTMAKER, S.L., MUST, A., PERRIN, J.M., SOBOL, A.M., DIETZ, W.H.: "Social economic consequences of overweight in adolescence and young adulthood". *N Engl J Med*, 1993, núm. 329, pp. 1008-1012; y SARGENT, J.D., BLANCHFLOWER, D.G.: "Obesity and stature in adolescence and earnings in young adulthood". *Arch Pediatr Adolesc*, 1994; 148, pp. 681-687.

desconocida en nuestro país, se ha visto influida por la jurisprudencia comunitaria, en realidad eco de la canadiense y norteamericana, como se dilucidará enseguida, que la sitúa en el ámbito de la discapacidad.

4. Aproximación de la obesidad a la discapacidad como causa de discriminación protegida

Obesidad y discapacidad conforman un estigma doble (o incluso triple cuando comparten un cuerpo de mujer⁸⁴). Su cobertura por la vía de la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos (la acogida por la *Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad* de 2006) ha proporcionado una solución a la obesidad mórbida, a aquella que efectivamente interpone barreras que dificultan la plena inserción laboral de las personas que la sufren como consecuencia de los problemas de movilidad y los riesgos laborales que aquélla comporta, pero ha dejado en el limbo legal a los otros grados de obesidad, en los que no concurren tales notas pero sí son objeto de trato peyorativo discriminatorio, en ocasiones generando un clima hostil calificable como *acoso*, tanto a la luz de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, como del Texto Refundido de la Ley de los Derechos de las personas con discapacidad 1/2013, de 29 de noviembre.

4.1. Las soluciones norteamericanas: Estados Unidos y Canadá

Aunque alguna legislación dentro de los Estados Unidos (la de Michigan, *Elliot–Larsen Civil Rights Act* en su reforma del año 1977) incluía entre los derechos civiles el de no ser discriminado ni por la altura ni por el peso en el acceso al empleo⁸⁵, ni la legislación ni la jurisprudencia de la Corte Suprema admitieron la ampliación del concepto de discriminación para integrar con carácter general la obesidad en su ámbito de tutela.

La declaración de la AMA de la obesidad como enfermedad en 2013 llevó a cuestionar su posible consideración como discapacidad en los Estados Unidos, a los efectos de la aplicación de la *Americans with Disability Act de 1990* (debate ya abierto desde su entrada en vigor por otra parte⁸⁶), y con ello a encajar su tutela en la legislación antidiscriminatoria. A tenor de la citada ley y su reforma en el año 2008, el concepto de discapacidad se aproxima al previsto en la Directiva 2000/78, no en vano el Derecho anglosajón y en particular norteamericano es, como referente en materia de discriminación, su fuente inspiradora, y se identifica con el supuesto en el que una diversidad funcional, física o mental, determina una limitación mayor o menor en las actividades de la vida⁸⁷, o bien está reconocida

⁸⁴ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, B.-BALERIOLA ESCUDERO, E.- ESQUIROL ARIAS, E.: “Desplazamiento y normalización del rechazo laboral hacia las mujeres por cuestiones de talla”. *Prismasocial*, núm. 7, dic 2011-may 2012, Revista de ciencias sociales, p. 148. Trabajo inscrito en el proyecto “Sexismo, igualdad de oportunidades y discriminación laboral de las mujeres obesas” (SC/REI/00043/2010). Disponible en <http://www.isdfundacion.org/publicaciones/revista/numeros/7/secciones/tematica/06-rechazo-laboral-mujeres-talla.html>.

⁸⁵ WARE, D.: “Against the Weight of Authority. Can courts solve the problem of size discrimination?”, op. cit., p. 1203.

⁸⁶ MCADAMS, T.- MOUSSAVI, F.- KLASSEN, M.: *Employee Appearance and the Americans with Disabilities Act: An Emerging Issue?*, *Employee Resp. and Rts.*, núm. 5, 1992, J. pp. 323-38.

⁸⁷ KUCZYNSKI, C.: “Americans With Disabilities Act Case Law Update”. U.S. Equal Employment Opportunity Commission – Washington, D.C. *2012 Americans With Disabilities Act Update*, Seminario virtual de 25 de octubre de 2012. Disponible en <https://www.vtbar.org/UserFiles/Files/EventAds/102512.pdf>. La ponencia recoge una florida jurisprudencia sobre el concepto y los elementos del mismo y su aplicación en el ámbito de la discriminación.

médicamente o *existe la creencia de que la puede provocar*, habiendo considerado la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) que lo es en todo caso la *obesidad mórbida o clínica*, sin necesidad de que, como venía considerándose con anterioridad, ésta concorra con trastorno psicológico alguno (no obstante, el resto de los grados de obesidad quedan en terreno jurídico incierto si no concurre con trastorno mental)⁸⁸, quedando proscrito el despido *mientras no exista imposibilidad para seguir realizando las tareas fundamentales de su trabajo, con o sin ajustes razonables*, y por tanto si se basa en meras percepciones o prejuicios. Por otra parte, la doctrina norteamericana sostiene distintas tesis favorables al binomio obesidad-discriminación ajenas a la discapacidad, como la conjunción de la obesidad con el género, que podría resultar amparada, con ciertas dificultades como la imposibilidad de aplicar el criterio estadístico, por la teoría del *gender-plus* en el marco de la *Civil Rights Act* (Título VII) cuando no alcanzara grado de severidad⁸⁹; o la tesis del *aspecto físico* (“lookism”⁹⁰), acogida por cierta legislación como la de la *Human Rights Act* del Distrito de Columbia de 2012⁹¹ e inscrita en un movimiento (situado hacia comienzos del presente siglo) reformador de la *Americans with Disabilities Act*⁹² que sólo prosperó respecto de la asociación con la discapacidad en 2008.

Tres conocidos casos de despidos basados en la obesidad mórbida del trabajador⁹³, *EEOC v. Resources for Human Development, Inc.*, y *EEOC v. BAE Systems Tactical Vehicle Systems, LP*, y finalmente, *Whittaker v. America's Car-Mart, Inc., case No. 1:13-cv-00108, in the U.S. District Court for the Eastern District of Missouri*⁹⁴, este último resuelto el 24 de abril de 2014, equiparan la obesidad mórbida a la discapacidad, entendiendo que el supuesto es perfectamente subsumible en la *Americans with Disability Act, ADA*.

El debate norteamericano posterior a la última de las sentencias se trasladó poco después, casi en paralelo (año 2014), al ámbito europeo y en concreto al comunitario de la mano del asunto resuelto

Asimismo, tales elementos se acotan por ABELL, N.L.-ABBOTT, L.L.-BERNSTEIN, M.E.- y DUFFIELD, T.C.: “The Americans with Disabilities Act: rights, responsibilities and recent results”, trabajo publicado por P. Hastings, pero integrado en el mismo seminario, loc. cit. <https://www.vtbar.org/UserFiles/Files/EventAds/102512.pdf>, p. 31 y ss.

⁸⁸ BLACKBURN, C.W.: “Obesity as a Disability Under the ADA: Is it More Likely Now Than Before?”. *Employment Law Update*, 11 septiembre 2013, <http://www.nexsenpruet.com/insights/obesity-as-a-disability-under-the-ada-is-it-more-likely-now-than-before>.

⁸⁹ WARE: loc. cit, quien apela al precedente del caso *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 416 F.2d 1257, 1258–61 (5th Cir. 1969), sobre una trabajadora despedida por ser madre de hijos en edad preescolar. En esta línea, el asunto *Marks v. National Communications Association, Inc.*, 72 F. Supp. 2d 322, donde se plantea la discriminación de género asociada a la obesidad en el caso de una trabajadora cuya promoción profesional fue rechazada en favor de otra trabajadora delgada.

⁹⁰ ZAKRZEWSKI, K.: “The Prevalence of “Look”ism in Hiring Decisions: How Federal Law Should Be Amended to Prevent Appearance Discrimination in the Workplace”, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, vol.7, 2004-2005, pp. 431-434, 2013, en <http://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol7/iss2/8>.

⁹¹ Dicha ley define el aspecto físico como “the outward appearance of any person, irrespective of sex, with regard to bodily condition or characteristics, manner or style of dress, and manner or style of personal grooming, including, but not limited to, hair style and beards.”

⁹² FOWLER-HERMES, J.: “The Beauty and the Beast in the Workplace: Appearance-based Discrimination Claims Under EEO Laws”. *The Florida Bar Journal*, abril 2001, Vol. LXXV, núm. 4, en http://www.floridabar.org/DIVCOM/JN/JNJournal01.nsf/c0d731e03de9828d852574580042ae7a/3c84f1732a06780f85256b1100573d1b!OpenDocument&Highlight=0,*

⁹³ JONES, L.E.: “The framing of fat: narratives of health and disability in fat discrimination litigation”. *N.Y.U. L. Rev.*, 2012, pp. 1996 y ss., disponible en http://heinonlinebackup.com/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/nylr87§ion=53.

⁹⁴ Vid. ambos casos en http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-moed-1_13-cv-00108/pdf/USCOURTS-moed-1_13-cv-00108-0.pdf.

por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 18 de diciembre de 2014, *asunto C-354/13, Fag og Arbejde (FOA) y Kommunernes Landsforening (KL)*⁹⁵, que llega a similar conclusión, pero resuelve de manera más contundente la discusión sobre el tratamiento antidiscriminatorio que deba darse a los distintos grados de obesidad, para sentar que *el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación*, pero admitiendo su equiparación a la discapacidad y por tanto la protección basada en esta tutela cuando concurren las condiciones propias de ésta al amparo de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, esto es: *cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.*

Pero ni el asunto ni la doctrina comunitaria resultan innovadoras en el campo jurídico de la discriminación, pues los tribunales canadienses ya habían proporcionado una respuesta propia una década antes, a propósito de la Ley contra la discriminación en el empleo⁹⁶, donde el paradigma de la discriminación superó los estrechos confines de las causas previstas en el Derecho antidiscriminatorio europeo, de mano de la *Canadian Charter of Human Rights and Freedoms*, Parte I de la *Constitution Act, 1982*, Schedule B de la *Canada Act 1982*⁹⁷, c. 11., referente mundial de la protección de las personas con discapacidad desde esta fecha⁹⁸. Posteriormente, la *Employment Equity Act* de 1986 dio tratamiento específico en el ámbito laboral a esta causa de discriminación, pero es el marco de los derechos humanos el que cubre específicamente la tutela frente a la obesidad por la vía de su asimilación a la discapacidad. Aunque ya con anterioridad la discriminación en el empleo basada en la obesidad fundó algunas decisiones judiciales (cfr. *Bouchard v. Canadian Armed Forces*, 1990 CanLII 297 (CHRT)—1990-10-01), la jurisprudencia canadiense dio un interesante giro posterior. La Corte Suprema de Canadá, en sendos asuntos, *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)* 2000 SCC 27; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)* 2000 SCC 27, entiende que la existencia o la mera percepción de la obesidad como discapacidad es discriminatoria si éstas fundan un trato peyorativo, bajo la legislación protectora de los Derechos Humanos, con la excepción prevista en el Human Rights Code (sección 17), asimismo conocida en el Derecho comunitario, que la condición percibida como discapacitante constituya requisito indispensable para el ejercicio de la profesión y salvando asimismo el deber de *ajuste razonable*. En la sentencia *Lombardi v. Walton Enterprises*, 2012 HRTO 1675 (CanLII)⁹⁹, de 5 de

⁹⁵ Sentencia disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160935&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=72305>. Vid. comentario a la misma en ROJO TORRECILLA, E.: ¿Es, o puede ser, la obesidad, una discapacidad que provoque discriminación en el trabajo? Sí en determinadas condiciones. Notas a la sentencia del TJUE de 18 de diciembre”, entrada en el blog del autor de 20-12-2014, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/12/es-o-puede-ser-la-obesidad-una.html>.

⁹⁶ ZWERLING, H.: “Obesity as a covered disability under employment discrimination law”. *Industrial Relations*, 1997, núm. 52, 3, pp. 620-650. NOWELL-SMITH, H.- O’REILLY, H.: “A triumph of substance over form in how discrimination law treats obesity”, *La Review Du Barreau Canadien*, vol. 82, 2004, en [http://www.cavalluzzo.com/docs/default-source/publications/2004-05-01-a-triumph-of-substance-over-form-\(hugh-o'reilly\)-human-rights.pdf?sfvrsn=2](http://www.cavalluzzo.com/docs/default-source/publications/2004-05-01-a-triumph-of-substance-over-form-(hugh-o'reilly)-human-rights.pdf?sfvrsn=2).

⁹⁷ En <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/11/schedule/B>, y http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/11/pdfs/ukpga_19820011_en.pdf.

⁹⁸ TORTUERO PLAZA, J.L.: *Informe sobre la legislación de España y Canadá en materia de discapacidad. Especial referencia las políticas de integración laboral y mercado de trabajo*. Encargado por: banco inter- americano de desarrollo, disponible en <http://www.fundacionuniversia.net/fichero?id=355>, p. 33.

⁹⁹ Disponible en <http://www.canlii.org/en/on/onhrt/doc/2012/2012hrto1675/2012hrto1675.html>.

septiembre de 2012, se afirma que el concepto de discapacidad previsto en el código (que incluye "(a) any degree of physical disability, infirmity, malformation or disfigurement that is caused by bodily injury, birth defect or illness and, without limiting the generality of the foregoing, includes diabetes mellitus, ...") alcanza, según la jurisprudencia canadiense, incluso a la percepción sobre una futura discapacidad (*discriminación preventiva*). La doctrina científica canadiense mantiene no obstante que, en su aplicación práctica por los distintos tribunales canadienses, esta formulación jurídica pierde fuerza, al interponerse una suerte de requisito adicional en la interpretación del concepto por parte de los tribunales de una u otra jurisdicción territorial, algunos de los cuales lo vinculan a la "causa" de la discapacidad (nacimiento, enfermedad o lesión), admitiendo la equiparación en este caso y rechazándola en el resto de casos aquellos tribunales que se basan en el origen externo al sujeto obeso¹⁰⁰ [cfr.caso Ontario (Human Rights Commission v. Vogue Shoes (1991), 14. C.H.R.R. D/425], aunque la última jurisprudencia es más proclive a dicha equiparación sin ambages [cfr. Casos Ball v. Ontario (Community and Social Services), 2010 HRTO 360 (CanLII), Ketola v. Value Propane Inc. (No. 1), 2002 CanLII 46510 (ON HRT), 2002 CanLII 46510]¹⁰¹.

4.2. Los ecos del Derecho norteamericano sobre la doctrina comunitaria

Los estrictos márgenes de las causas proscritas de discriminación en el Derecho comunitario no permiten encajar en su tutela situaciones potencialmente discriminatorias en las que concurren los elementos de desvalor que merecen protección legal. Por tanto, aquellas causas que no puedan asimilarse o identificarse con las expresamente tuteladas en las Directivas anti discriminación (sustancialmente 2006/54, 2000/78 y 2000/43) quedan relegadas a la legislación nacional. En el caso de la obesidad, la reciente sentencia, la primera sobre este supuesto, de 18 de diciembre de 2014, *asunto C-354/13, Fag og Arbejde (FOA) y Kommunernes Landsforening (KL)*, efectivamente admite que la obesidad no es una de tales causas, amparadas por la Directiva 2000/78, ni tampoco por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (sentencia *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, apartados 21 y 22), pero reinterpreta el concepto de discapacidad para integrar en el mismo, desde la perspectiva de la repercusión funcional (el *handicap*, en terminología anglosajona), no sólo la imposibilidad de realizar una actividad profesional, sino también la dificultad para su ejercicio (supuesto similar al que dio lugar a la jurisprudencia norteamericana analizada en el apartado anterior), y, desde la perspectiva de la dolencia física o mental que provoca una limitación (el "impairment" anglosajón), la obesidad cuando las características de ésta y su expectativa de permanencia pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores al interactuar con diversas barreras. Literalmente se concibe, pues, como "limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás

¹⁰⁰ GOBIERNO DE CANADÁ (Office for Disability Issues, Human Resources Development Canada in cooperation with other federal departments): *Defining disability. A complex issue*. Quebec, 2003. Disponible en <http://publications.gc.ca/collections/Collection/RH37-4-3-2003E.pdf>, p. 58.

¹⁰¹ Otros casos similares son *Northern Interior Woodworkers' Assn. obo Souter v. Pacific Island Resources*, 2011 BCHRT 294 (CanLII) — 2011-10-17; *McKay-Panos v. Air Canada*, [2006] 4 FCR 3, 2006 FCA 8 (CanLII) — 2006-01-13, *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. St. Paul Lutheran Home of Melville et al*, 1993 CanLII 6669 (SK CA) — 1993-11-10; *Centre de distribution d'aides techniques "matériel et équipement" pour personne pathologiquement obèse du Québec inc. (Re)*, 2003 CanLII 56110 (QC CMNQ) — 2003-09-17 (plantea la aplicación de equipos de trabajo especiales para persona con obesidad patológica).

trabajadores” (sentencias HK Danmark, EU:C:2013:222; Z., C-363/12, EU:C:2014:159, y Glatzel, C-356/12, EU:C:2014:350).

Por tanto, será necesario a tenor de la doctrina analizada que concurran cumulativamente las condiciones de la STJUE de 18 de diciembre de 2014:

- a) Que exista un grado de obesidad que *per se* pueda ser anunciativo de un trato peyorativo, al interactuar con diversas barreras, y de impedir la participación plena y efectiva de quien la sufre en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (parag. 59), con independencia de la causa que haya motivado la misma (parag. 56), sin que sea discapacitante en sí la propia obesidad por grave que ésta sea (parag. 58).
- b) Que la obesidad limite o impida la realización de las tareas propias de la profesión, con independencia o no de que se apliquen ajustes razonables (parag. 57), como consecuencia de la movilidad reducida o la concurrencia de patologías limitantes o impeditivas del ejercicio de la actividad profesional (parag. 60).
- c) Que la obesidad sea de larga duración, entendiéndose por tal, según la sentencia HD Denmark, de carácter permanente aunque no sea definitiva (en el caso analizado por la STJUE 18 diciembre se prolongó durante quince años).
- d) El tribunal o juzgador al que se someta la cuestión deberá comprobar tanto la permanencia de la dolencia o limitación excluyente como la existencia de las barreras que pudieran interferir sobre la plena inclusión laboral de la persona hipotéticamente discriminada (parag. 62), conforme a la regla de la “flexibilización” de la carga de la prueba (parag. 63).

La decisión referida provoca ciertas dudas tanto en la interpretación acerca del “largo plazo” consustancial a la obesidad para equipararla a la discapacidad, que parece estar apuntando precisamente a la obesidad mórbida; así como de la posible exigencia de factores o patologías concurrentes, en línea con la doctrina norteamericana precedente a la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) de 2008, a tenor de la cual no es exigible desde tal fecha repercusión psicológica alguna para establecer dicha equiparación con la discapacidad. En el caso de la sentencia europea, no parece exigirse estrictamente una repercusión específica, pero sí que concurra alguna de ellas, bien sea física, bien mental o psíquica, cuya interacción con “diversas barreras” pueda provocar la descrita interferencia sobre su plena inclusión laboral, tarea que deberá realizar el juzgador nacional. Pero tampoco quedan cubiertos otros grados de obesidad que no resulten equiparables a la discapacidad pero sean igualmente objeto de trato peyorativo, aunque posiblemente la intersección con el género o *gender plus* podría garantizar su tutela¹⁰², sujeta a la constatación de que dicho trato peyorativo se basa en que el estereotipo determina un resultado más negativo para la mujer que para el hombre y por tanto a requerimiento probatorio.

4.3. Influencia de la doctrina comunitaria sobre el Derecho español

Y llegamos al Derecho español, donde se da la paradoja de que, mientras la Ley sí incluye semejante protección frente a la discriminación basada en el peso (art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, *de seguridad alimentaria y nutrición*), la doctrina judicial ha permanecido impermeable a la influencia de

¹⁰² SCHIEK, D., LAWSON, A.: *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*. Ashgate, Reino Unido, 2011.

dicho precepto, que proscribe la discriminación, directa o indirecta, por razón de sobrepeso u obesidad, esto es, por exceso sobre el peso saludable (IMC>25).

Trasladando los parámetros de esta norma al plano laboral, ¿es directamente aplicable en el ámbito laboral el art. 37 de la citada ley? A tenor del art. 2 c) de la misma, “el ámbito de esta ley comprende las siguientes actuaciones y actividades: las actividades de las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, en cuanto que tales actividades estén relacionadas directa o indirectamente con alguna de las finalidades de esta ley”. Sin embargo, los fines de la ley, previstos en el art. 1.2 de la misma, parecen enfocarse a la seguridad alimentaria y los riesgos sanitarios para la salud pública, por lo que sólo de forma colateral y en cuanto pueda entenderse vinculado el concepto de riesgos sanitarios con riesgos laborales podría establecerse la necesaria conexión con el ámbito del trabajo remunerado, pero aún en este caso el elemento de conexión sería la prevención de los riesgos laborales o la salud laboral en exclusiva. No obstante, no debe desdeñarse la importancia de esta norma como canon hermenéutico de la interpretación de las posibles discriminaciones laborales o especialmente de Seguridad social (porque la conexión con este ámbito de protección sí se desprende de las finalidades y objetivo de la ley y su marco aplicativo).

Despejada esta incógnita, el acervo comunitario nos hace igualmente deudores de tutela en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo de la causa de discriminación analizada, pero, claro está, constreñido al ámbito de la discapacidad. El sobrepeso, sin más concreciones, queda postergado de momento, salvo que pueda establecerse una relación de conexión con otras causas protegidas, singularmente el género.

En definitiva, la doctrina comunitaria examinada viene a establecer un nuevo grado en la escala de restricciones a la aplicación de la causa de extinción contractual denominada “ineptitud sobrevenida”, sólo salvado por el principio de la condición indispensable para el ejercicio de la profesión (como en efecto se ha dispuesto expresamente para las distintas fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado).

Para concluir, debe analizarse la posible penetración de la cuestión examinada en la doctrina judicial. Lo cierto es que la doctrina judicial relacionada con la hipotética discriminación basada en el sobrepeso es muy escasa en España. En realidad debería afirmarse que es inexistente, si nos atenemos tanto a la causa como al tratamiento de la conducta discriminatoria, pese a que, como se desprende del análisis de las resoluciones consultadas, se aprecia un marcado sesgo de género que incluso justificaría la aplicación del test de género. En efecto, cuando concurre un supuesto basado en la relación obesidad-trabajo, la mofa, el escarnio o el acoso basado en el sobrepeso constituye sólo un elemento colateralmente abordado, es decir, tanto en la descripción de los hechos como en su fundamentación jurídica la burla o trato vejatorio por obesidad sólo tiene un papel secundario e instrumental, sin centrar el debate jurídico en ningún caso, que se deriva bien hacia las ofensas verbales o a la indisciplina en el trabajo principalmente para fundamentar el despido. Así puede observarse, aunque no se trate de supuestos de despidos, en la STSJ de Galicia de 24 de enero de 2007, rec. supl. 5843/2006, que entiende constitutivo de acoso a una de las trabajadoras lo que califica de *comentarios claramente realizados con desprecio del sexo* (dirigidos por varios trabajadores contra varias trabajadoras), fundamentalmente consistentes en expresiones injuriosas como “gorda”, o en la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1904/2008, de 10 de junio (sobre extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 50 ET), si bien en este caso se excluye no ser la ofendida la demandante; así como en la sentencia del mismo tribunal núm. 2780/2010, de 14 de octubre, ésta sí, sobre despido, que sí es declarado procedente por entenderse grave y probado el acoso del trabajador objeto del mismo contra su compañera, a la que declaró animadversión e insultaba llamando “gorda”.

En el ámbito de la disciplina en el trabajo se inscriben la mayoría de los casos en los que las ofensas contra superiores o subordinados (en la mayoría de los casos mujeres en ambos supuestos) justifican el despido: así, la STSJ de Andalucía, Málaga, núm. 339/2001, de 16 de febrero, sobre despido basado en la conducta injuriosa de trabajadora contra su jefa, a la que llamaba, entre otros, “gorda”, idéntico caso al de la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 17 de abril de 2013, rec. supl. 466/2013 (declarado improcedente por razones formales), o, del mismo tribunal, de 23 de enero de 2013, rec. supl. 2356/2012, aunque en éste la conducta proviene de la encargada frente a las subordinadas. En la misma línea, la STSJ de Madrid núm. 639/2014, de 14 de julio, estudia el caso de la descalificación como “gorda” por parte de los compañeros de despacho de abogados hacia su compañera. También en el caso de la STSJ de Asturias núm. 3093/2012, de 30 de noviembre, donde insulto a la jefa, también el de “gorda”, se vertió por correo electrónico, pero, al tratarse sólo de una de las muchos insultos empleados, no puede discriminarse, como en los anteriores, entre el caso de que el trato personal objeto de valoración se funde precisamente en esa causa o que la ridiculización usando el insulto “gordo” en sus múltiples variantes sea la forma de ejercer la burla. Muy probablemente estemos en muchos de estos casos (en los que se puede apreciar un conato de acoso o una situación de acoso en toda regla) ante un caso de discriminación por sobrepeso que no ha emergido, esto es, ante supuestos en los que el origen último de la discriminación haya sido precisamente la apariencia física de la víctima. Sin duda reflejo de que la mofa contra el obeso, más aún contra la obesa, está instalada en la normalidad de nuestras vidas cotidianas. Por ello insultar al superior jerárquico llamándolo “gordo” no se estima por nuestros tribunales especialmente grave (cfr. a STSJ de Galicia de 29 de febrero de 2000, rec. supl. 236/2000, que declara improcedente el despido), salvo en determinados casos especialmente graves, como el de la STSJ de Murcia núm. 429/2010, de 7 de junio, que declara procedente el despido del trabajador de reparto que había realizado pintadas ofensivas en la furgoneta de la empresa alusivas al jefe, llamándole, entre otros, “gordo de mierda”; o el de la STSJ de Madrid núm. 283/2011, de 13 de abril (también empleando la ofensa de “gordo de mierda” entre otras). Especial es el caso de la STSJ de Aragón núm. 1333/2001, de 19 de diciembre, por calificar de improcedente el despido de la trabajadora porque quien llamó “gordo mamón” al empresario no fue sino quien le acompañaba en el momento de personarse en la empresa (para la entrega de parte de baja médica), por considerar que no existe base jurídica suficiente para sancionar esta conducta ajena a la propia trabajadora.

Mención especial merece el caso enjuiciado en la STSJ del País Vasco núm. 2069/2008, de 9 de septiembre, única que aborda frontalmente el asunto examinado. En este caso, la trabajadora demandante, limpiadora, formuló queja a la empresa por el acoso al que se sentía sometida precisamente por su obesidad por parte de su encargada. La cuestión pierde el rumbo de la discriminación por obesidad al informar la trabajadora a un medio de comunicación local de la situación vivida, que generaliza al resto de sus compañeras, a las que entiende tributarias de un mismo trato vejatorio por parte de su superior, hechos a partir de los cuales se produce la sanción disciplinaria de la empresa, resuelta por la citada sentencia sobre la base de la primacía del derecho de libertad de expresión (dejando la sanción sin efecto). Se perdió en este caso la oportunidad de conocer el parecer judicial sobre este peculiar caso de acoso (aunque fue derivado sindicalmente).

En este marco interpretativo, debe destacarse el plus de protección que viene asociado a la infancia (o a la indefensión de pacientes dependientes) y no a la obesidad o al género para valorar la gravedad de la conducta vejatoria objeto del despido: así en la STSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2001, rec. supl. 5495/2001, en un contexto de maltrato generalizado a sus alumnos por un profesor de educación

primaria, situación que se repite en la sentencia del mismo tribunal núm. 4909/2010, de 2 de noviembre (caso en el que el insulto a un mismo alumno se produjo de manera ocasional pero especialmente grave); o en la STSJ de Cataluña núm. 3961/2012, de 25 de mayo (sobre educador social en centro de menores, donde concurren vejaciones con agresiones físicas y múltiples destinatarios, por lo que las ofensas al sobrepeso se diluyen entre las distintas actuaciones descritas), o a los pacientes en situación de dependencia (por parte de cuidadora) en la STSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2010, rec. supl. 3100/2009 (en la que los ofendidos son varios, entre los que se encuentra una señora a la que había llamado “gorda”). En contexto analizado resulta especialmente chocante la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 2524/2009, de 8 de septiembre, que entiende no especialmente grave una conducta similar respecto de un profesor de educación primaria frente a sus alumnos (del mismo modo en este caso el caso de la alumna llamada “gordita” era uno más del rosario de apelativos vejatorios dirigidos a los menores de corta edad). En esta línea la STSJ de Andalucía, Granada, núm. 2161/2007, de 25 de julio, declara igualmente procedente el despido de una trabajadora (discapacitada) por dedicarle el mismo insulto (“gorda” y “vaca”, entre otros varios) a las clientes de la empresa (centro especial de empleo). Ninguna de estos casos se presta a la aplicación de la doctrina comunitaria ex STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Fag og Arbejde*.

5. Conclusión

El respeto a la diversidad humana a menudo entra en crisis en el ámbito del trabajo, y el diferente se expone a sufrir la crítica y la burla, si no la humillación del colectivo con demasiada frecuencia. Las herramientas legales para combatir estas situaciones se sitúan en el marco de la discriminación en su mayor parte, pero exigen para ello que el desvalor estigmatizante se encuentre legalmente establecido como causa protegida, o bien que la situación generada para la víctima sea especialmente grave (acoso), mientras otras causas habituales en la práctica quedan en el desamparo, como sucede con el aspecto físico en términos generales. La obesidad, estigma social en alarmante crecimiento, permite la natural convivencia de la *obesogenia* con la *lipofobia*, sin que por tanto se haya construido aún en el ámbito comunitario una coraza de protección que no pase por su identificación como discapacidad, por tanto, en aquellos casos en los que por sus implicaciones médicas, levanten barreras sociales para el individuo que la padezca, que pongan en entredicho la decisión no inclusiva para obtener la calificación como discriminatoria. La aproximación de la jurisprudencia comunitaria a la cuestión se ha ceñido, como la estadounidense o la canadiense, al marco de la discapacidad, pero dejando fuera un elevado número de supuestos en los que la discriminación (efectiva) no es compatible con la discapacidad (inexistente). La legislación española, a través de la Ley 17/2011, de 5 de julio, *de seguridad alimentaria y nutrición*, amplía la esfera de cobertura para imponer la proscripción de cualquier discriminación basada en el sobrepeso, en una línea inclusiva que garantiza la protección de las personas con sobrepeso frente al trato peyorativo basado en dicha razón, sin ligamen específico con la discapacidad, pero sin aparente proyección sobre el ámbito laboral. Ya es hora de asumir como axioma la plena integridad de la dignidad en el trabajo y la tolerancia frente a la diversidad.

Nota: todos los enlaces web fueron consultados entre enero y febrero de 2015