

XVII JORNADAS CATALANAS DE DERECHO DEL TRABAJO:
IN MEMORIAM PROFESOR M. R. ALARCÓN
PRINCIPIOS ESENCIALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

**MESA REDONDA: LOS RETOS DE
LOS PRINCIPIOS ESENCIALES
DEL DERECHO DEL TRABAJO.
El principio de igualdad**

**M. Macarena Martínez Miranda.
Magistrada especialista de la Sala de lo Social del
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**

**“LOS RETOS DE LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DEL DERECHO DEL TRABAJO:
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.”**

AUTORA: M. Macarena Martínez Miranda.

Dirección profesional: Passeig Lluís Companys, 14-16 Barcelona (CP.
08018).

Fax: 933096846

Correo electrónico: mm.martinez@poderjudicial.es

Magistrada especialista de la Sala de lo Social del
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en situación activa).

RESUMEN:

Entre los principios esenciales del Derecho del Trabajo, configurado constitucionalmente como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, debe primar, como base sobre la que pivota la propia relación laboral, el principio de igualdad. El presente texto tiene por objeto analizar los, numerosos, retos que, en el desarrollo del citado principio, todavía quedan pendientes en el derecho del trabajo, tanto desde la perspectiva de igualdad de género, como desde otras tales como la orientación sexual y discapacidad, en que se han venido afrontando algunas aproximaciones desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, tanto interno como comunitario y del Consejo de Europa, que relacionaremos, pero que estimamos, todavía, como mero inicio del camino que debe conducir a la ineludible meta de su completa efectividad.

I. PLANTEAMIENTO.

El momento histórico en que nos encontramos, en que intenta abrirse camino una nueva concepción de las relaciones laborales, proyectada en la propia configuración del contrato laboral, por medio de reformas legislativas inspiradas más en el principio de oportunidad que en los que sustentan el nacimiento de la rama social del ordenamiento jurídico, impone revisar los principios esenciales que no sólo determinaron su necesidad, sino su propia evolución.

Entre estos principios, que en la actualidad se configuran como retos del propio Derecho del Trabajo, ante un escenario que evidencia sus debilidades, considero que ocupa un primordial papel el que, más allá de resultar propio de estas normas, lo es de cualquier sistema social y democrático de Derecho, proclamado –no resulta superfluo recordarlo- como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1 de la Constitución, cual es el principio –o, más correctamente, valor humano superior- de igualdad.

Para ello, tomando como punto de partida las carencias que continúa evidenciando la realidad social, aludiremos, someramente, a las últimas reformas legislativas en la materia, así como a la doctrina jurisprudencial, desde el punto de vista interno, comunitario, y europeo, constatando los retos que aquélla continúa evidenciando como de necesaria asunción.

Enlazando con el leit motiv de estas jornadas, el homenaje al Profesor M. R. Alarcón, cabe recordar como ya en el año 1997¹ constató que *“el camino hacia la plena consagración del principio de igualdad ante la ley es difícil y complejo puesto que, en última instancia, depende del propio desarrollo de un auténtico Derecho europeo”*.

Y cierto es que, no obstante haberse producido indudables avances en la materia, tanto a nivel interno como comunitario, continúa existiendo una evidente discordancia entre las demandas de la realidad social y el –insuficiente- desarrollo normativo.

A mi juicio, la necesidad de una Ley integral de igualdad resulta una de las primeras constataciones que la referida realidad social arroja. Anteproyecto que resultó frustrado en trámite legislativo, tras su aprobación por el Consejo de Ministros (Gobierno del PSOE) el 7 de enero de 2011, iniciando un período de consultas en los órganos preceptivos, entidades del sector y Comunidades Autónomas, tras el cual, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes del que ya era Proyecto de Ley. Éste quedó en suspenso tras la convocatoria de elecciones generales para el 20 de noviembre, sin que haya sido retomada iniciativa legislativa de idéntica índole en la última legislatura. La necesaria sensibilización y visibilidad pública de la materia, a que aludía la Exposición de Motivos de aquel Proyecto, hace imprescindible un marco legal de carácter global y transversal, que impulse la coordinación y colaboración entre las diferentes Administraciones públicas, agentes sociales, y sociedad civil, para favorecer la concienciación sobre la lacra social consistente en la discriminación.

Ello sin perjuicio de precisarse que el anterior Proyecto incurría en determinados defectos y omisiones, en que no se entrará, por exceder del objeto de esta ponencia, si bien considero adecuado matizar que la cita de aquél se enmarca en su objeto, y no así en su –estimo, mejorable- contenido.

¹ Alarcón Caracuel, M. R., en “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Edit. Aranzadi (Varios autores. Coordinador: Cruz Villalón, Jesús).

Para abordar las cuestiones aludidas anteriormente, y tratar de ofrecer algunos apuntes sobre los retos a afrontar en la permanente construcción del principio de igualdad, se aludirá, en relación a cada uno de los elementos discriminatorios anteriormente aludidos (género, discapacidad, y orientación sexual -que en modo alguno agotan las posibles causas de discriminación-), a la desigualdad evidenciada por la realidad social; para seguidamente enunciar, en relación a cada una de aquéllos, algunas medidas cuya necesidad evidencia la actual regulación, completada, en ocasiones, por la doctrina jurisprudencial.

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO.

A) El punto de partida: la situación actual.

El abordaje de la materia de igualdad por razón de género ha de tomar, como ineludible punto de partida, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres² (en adelante, LOIEMH), que traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2006/54, de 5 de julio³, e incorporó una herramienta específica para la consecución de la igualdad de género como principio transversal⁴: los planes de igualdad (en su artículo 45).

Y ello se justificó en la Exposición de Motivos aludiendo a la pretendida promoción de la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que *“sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido”*, lo que parece responder a la lógica de un –asimismo, superado- concepto del contrato civil como de igualdad entre partes, al delegar en éstas, en sede de contrato de trabajo –por definición, en situación de desigualdad- la regulación de medidas que coadyuven al fomento del principio de igualdad en la empresa. Ello no obstante, la realidad podría haber constatado que tan encomiable propósito era logrado como resultado de la negociación colectiva, pero, nueve años después de la publicación de esta norma, constatamos que no ha sido así, sino que sus resultados, lejos de aproximar la normativa convencional al deseable propósito igualitario, han resultado escasos y poco efectivos.

Fenómeno éste que, por otro lado, no resulta ajeno a las reformas legales que han venido reduciendo el ámbito negocial en la empresa a partir de la reforma del mercado de trabajo operado por el Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y posteriores normas, de todos conocidas.

² Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, publicada en «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007, páginas 12611 a 12645.

³ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de julio de 2006.

⁴ La Exposición de Motivos de la LOIEMH se refiere expresamente a la *“dimensión transversal de la igualdad”*.

Con objeto de conocer la situación actual, aludiremos, de forma sintética, a determinados datos sobre la realidad de nuestro mercado de trabajo. Concretamente, tanto a la persistente diferencia en la tasa de actividad y de empleo de mujeres y hombres, así como a la brecha salarial de género.

Comenzando por el primero de tales datos, según la encuesta de población activa correspondiente al cuarto trimestre de 2015⁵, las tasas de actividad, paro y empleo, disgregadas por razón de sexo, fueron las siguientes:

	Mujeres	Hombres
Tasa de actividad (16 a 64 años)	70,19%	80,55%
Tasa de paro (16 a 64 años)	22,65%	19,61%
Tasa de empleo (16 a 64 años)	54,29%	64,76%

Y, por lo que se refiere a la brecha salarial, conforme al último Informe Global de la Brecha de Género presentado por el Foro Económico Mundial⁶, España se sitúa en el vigésimo quinto lugar de la clasificación sobre igualdad de género, estimándose como ingresos medios para las trabajadoras el de 25.859 dólares anuales, en tanto el de los trabajadores es de 40.000 dólares anuales.

Del mismo modo, según la agencia de estadística comunitaria Eurostat⁷, España fue, después de Portugal, el país de la Unión Europea donde más creció la brecha salarial entre hombres y mujeres entre 2008 y 2013, al aumentar 3,2 puntos porcentuales, situándose en el 19,3 %.

Ante la evidencia de la –rechazable– brecha salarial existente entre mujeres y hombres, cabe preguntarse, ¿qué **iniciativas** –legislativas y de otra índole– están siendo adoptadas en el ámbito europeo y en el interno?

* Comenzando por el ámbito europeo, actualmente el Parlamento europeo trabaja en la revisión de esta Directiva 2006/54, de 5 de julio, en lo referente a las disposiciones sobre la igualdad de retribución, habiendo aprobado un informe de aplicación sobre la base de varios estudios encargados por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo⁸. Y ello partiendo de los datos contenidos en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012⁹, que, al contener determinadas recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, ofrece los siguientes datos:

⁵ Instituto Nacional de Estadística (INE), 2015. Encuesta de población activa.

⁶ Word Economic Forum: <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2015/>

⁷ Diario Público: <http://www.publico.es/sociedad/espana-segundo-pais-ue-mas.html>

⁸ Ficha técnica del Parlamento europeo, “La igualdad entre hombres y mujeres”, año 2016. http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.10.8.pdf

⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (2011/2285(INI)).

- Según las últimas cifras provisionales e incompletas, en la Unión las mujeres perciben salarios que son, por término medio, inferiores en un 16,4 % a los de los hombres, y la diferencia de retribución entre hombres y mujeres oscila entre el 4,4 % y el 27,6 % en los Estados miembros, y que, pese al marco legislativo en vigor y las medidas adoptadas, los progresos son sumamente lentos.
- La disparidad a escala de la Unión fue del 17,7 % en 2006, del 17,6 % en 2007, del 17,4 % en 2008, del 16,9 % en 2009 y del 16,4 % en 2010, y dicha diferencia incluso se ha ampliado en algunos Estados miembros.
- Como dato ilustrativo, se concluye que una mujer habría tenido que trabajar de media hasta el 2 de marzo de 2012 para tener unos ingresos iguales a los de un hombre durante el año hasta el 31 de diciembre de 2011.

Del mismo modo, la Comisión Europea¹⁰, tras definir la “brecha salarial entre hombres y mujeres” como la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores, ha ofrecido los siguientes datos:

- Por término medio, las mujeres de la UE ganan alrededor de un 16% menos por hora que los hombres. Aunque la brecha salarial entre hombres y mujeres se ha reducido ligeramente en la última década, hay algunos países donde se ha incrementado (Hungría, Portugal).
- La brecha salarial entre hombres y mujeres existe a pesar de que las mujeres obtienen mejores resultados académicos que los hombres en la escuela y la universidad. Por término medio, en 2012, el 83% de las mujeres jóvenes de la UE cursaban al menos estudios de secundaria, frente al 77,6% de los hombres. Además, las mujeres representan el 60% de los graduados universitarios de la UE.

El propio Parlamento Europeo, en el documento anteriormente citado (Resolución de 24 de mayo de 2012), considera que las causas de la elevada y persistente diferencia de retribución entre hombres y mujeres son complejas, múltiples y a menudo se encuentran interconectadas y superan con creces la mera cuestión de la igualdad de retribución para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor; incluyendo entre las mismas las siguientes:

- la discriminación directa e indirecta (se estima que causa, aproximadamente, la mitad de las diferencias retributivas entre mujeres y hombres),
- factores sociales y económicos, como la segregación ocupacional y sumamente horizontal y vertical en el mercado laboral, la infravaloración del trabajo de la mujer, la desigualdad en la conciliación entre la vida profesional y personal, y las tradiciones y estereotipos, entre ellos, la elección de opciones educativas, la orientación escolar, el acceso a las profesiones y, en consecuencia, la promoción profesional, especialmente para las jóvenes y las

¹⁰ Comisión Europea: “Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea”, año 2014.

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/140319_gpg_es.pdf

mujeres, que las dirigen hacia profesiones típicamente femeninas, que están peor remuneradas.

- legados culturales y factores jurídicos y económicos presentes en la sociedad moderna.

Asimismo, el citado Parlamento, en la Resolución a que nos venimos refiriendo¹¹ ha subrayado la importancia que revisten la negociación y los convenios colectivos para la lucha contra la discriminación de las mujeres, en particular por lo que se refiere al acceso al empleo, los salarios, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional.

*En cuanto a nuestro ordenamiento, el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores establece la obligación de negociar por vía convencional medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral o, en su caso, **planes de igualdad**.

Ahora bien, la introducción por la LOIEMH de esta última herramienta se ha constatado como medida claramente insuficiente. Para analizar las posibles causas de su ineffectividad, en aras a lograr los objetivos iniciales, cabe reseñar varios datos:

1º) La escasa repercusión numérica de los planes de igualdad, que, teniendo en cuenta la hoja estadística de convenios de empresa registrados en los años 2012 y 2013, así como datos provisionales de 2014 y 2015, arroja una cifra aproximada del 28% de convenios en que no se hace referencia alguna al plan de igualdad, siendo la opción más habitual que la norma convencional remita a la negociación del mismo a posterior pacto diferenciado o acuerdo específico de empresa¹²

2º) No resulta ocioso recordar que, conforme al artículo 45 de la LOIEMH, la obligación legal de negociar un plan de igualdad, únicamente se establece para las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores y trabajadoras, sin perjuicio de la posibilidad de su establecimiento en las de plantilla inferior. Con ello se refleja lo que se tildó, desde el momento de aprobación de la Ley, de proceso de transición hacia un modelo flexible de regulación normativa, caracterizado, conforme ha destacado la doctrina, por el retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva como mecanismo regulador en las condiciones de trabajo, en la lógica de que la negociación colectiva resultaba el instrumento idóneo para la gestión consensuada del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales¹³.

¹¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (2011/2285(INI))
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2012/05-24/0225/P7_TA\(2012\)0225_2_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2012/05-24/0225/P7_TA(2012)0225_2_ES.pdf)

¹² Nieto Rojas, Patricia: "Los planes de igualdad entre la Ley y la negociación colectiva: Un diálogo insuficiente", Revista de Información Laboral núm. 10/2015, Ed. Lex Nova.

¹³ Nieto Rojas, Patricia: "Los planes de igualdad entre la Ley y la negociación colectiva: Un diálogo insuficiente", Revista de Información Laboral núm. 10/2015, Ed. Lex Nova.

3º) A ello cabría añadir que, más de ocho años después de su implementación, se constata su casi nula repercusión a nivel jurisprudencial y de doctrina judicial, de las que son excepciones algunas resoluciones, que exponemos a título ejemplificativo:

a) Se esgrime la existencia de Plan de igualdad como argumento para intentar destruir la presunción de trato discriminatorio, con carácter formal (tal como es tildado por la sentencia del TSJ Galicia de 15 de diciembre de 2015¹⁴).

b) La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha clarificado que cuando es un convenio colectivo de empresa el que establece las pautas para conseguir la igualdad, su desarrollo, la redacción del plan de igualdad, puede hacerse mediante una comisión de ejecución o administración, mientras que si se trata de un convenio de ámbito superior, la implementación de esas medidas a través del plan de igualdad debe realizarse mediante una comisión negociadora¹⁵

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el objeto de los planes de igualdad¹⁶ resulta, a mi juicio, francamente limitado, al circunscribirse –en concordancia con el instrumento que los reguló- a la discriminación por razón de sexo, y no a otros tipos de discriminación. Resultaría deseable su extensión a otros ámbitos, además de la ampliación de la obligatoriedad de su suscripción por todas las empresas, lo que nos reconduciría a la necesidad de su abordaje en una ley integral de igualdad, de carácter transversal, en la forma expuesta anteriormente.

Sin embargo, no parece ser ésta una de las medidas prioritarias previstas en el vigente Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016¹⁷, en que se considera que deben adoptarse las siguientes –sin duda, también necesarias- medidas en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y lucha contra la discriminación laboral: 1) Prevenir la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo; 2) fomentar la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres; 3) combatir la brecha salarial de género; 4) fomentar el emprendimiento femenino, apoyando la creación de empresas y el autoempleo; 5) promover la igualdad de trato y oportunidades en el empleo del sector público; 6) promover la empleabilidad de mujeres pertenecientes a grupos especialmente vulnerables; y 7) estudiar la fiscalidad y el sistema de algunas prestaciones públicas desde la perspectiva de la mujer trabajadora como segundo receptor de rentas.

¹⁴ STSJ Galicia Social sección 1 del 15 de diciembre de 2015 (ROJ: STSJ GAL 10011/2015- ECLI: ES: TSJGAL: 2015:10011), sentencia: 7087/2015, recurso: 3819/2015

¹⁵ STS de 11 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1152/2014- ECLI:ES:TS:2014:1152), recurso 77/2013, Ponente: José Manuel López García de la Serrana (Con cita de las SSTS de 25 de junio de 2010 (recurso 78/2009) y 24 de enero de 2012 (recurso 22/2011).

¹⁶ De conformidad con el artículo 46 de la LOIEMH, tienen por objeto alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo.

¹⁷ Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

B) Los retos pendientes: algunos apuntes.

Partiendo de estos objetivos, así como de los previstos en el documento anteriormente citado de Parlamento Europeo, considero que pueden apuntarse como retos en materia de igualdad por razón de género, los siguientes:

a) Aplicación del concepto de **igualdad de retribución por un trabajo de igual valor**, y no, como en ocasiones se propugna, igualdad de retribución por igual trabajo, forma esta última de discriminación que, por su evidencia, no resulta frecuente, siendo así que las formas de incidir en la brecha salarial, en la actualidad, tienen más que ver con la clasificación profesional y asignación de puestos de trabajo que con la retribución de idéntico puesto de manera desagregada.

En nuestro ordenamiento, establece el artículo 28 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores RD2/2015, de 23 de octubre¹⁸, tal como venía recogiendo en el anterior Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo)¹⁹, que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla.

Ahora bien, resulta de necesario subrayar, tal como efectúa el Parlamento Europeo en el documento a que venimos aludiendo, que el concepto de igualdad de retribución no debe ser sesgado por un enfoque estereotipado en materia de género; lo que nos conduce al siguiente de los retos a afrontar en materia legislativa.

b) Las acciones positivas tendentes a **eliminar la asignación tradicional de las funciones sociales**, que, tal como constata el Parlamento europeo, *“hasta la fecha ha influido considerablemente en la elección de la formación y la profesión”*, poniendo de relieve el esencial valor que, a efectos de erradicación de los estereotipos de género en nuestra sociedad, tiene la educación.

De este modo, se ha venido concluyendo que las mujeres suponen una amplia mayoría en los trabajos que requieren una menor cualificación; mientras, por otro lado, su presencia es minoritaria en aquellos puestos relacionados con un nivel más elevado de responsabilidad y remuneración²⁰.

En esta materia, estimo de interés destacar la siguiente resolución, al hacer expresa referencia a la necesaria superación de los estereotipos sociales:

¹⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

¹⁹ Tras la reforma operada por Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del T. R. De la Ley del Estatuto de los trabajadores (BOE 6 de julio 2002).

²⁰ Cano Joaquín, Caridad. “Los efectos de la Ley de igualdad en la situación laboral de las mujeres en España”, Aposta, revista de ciencias sociales, nº 68, febrero y marzo de 2016.

*** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2012, asunto Konstantin Markin contra Rusia.**

Como precisión previa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) no contiene una regulación expresa del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar, y laboral, si bien la sentencia que comento se basó en el derecho al respeto a la vida privada y familiar²¹, lo que, en definitiva, vendría a ser una manifestación de aquel derecho, efectuándose –tal como expondremos- expresa referencia a la corresponsabilidad en el hogar. Derechos éstos que –tal como es sobradamente conocido- nuestro ordenamiento laboral contempla de forma específica, lo que, unido a su imbricación con el derecho a la no discriminación, contemplado en el artículo 14 del CEDH²², nos conduce a otorgarle un especial –y destacado- protagonismo en esta relación.

La demanda es planteada por el Sr. K. Markin, militar en ejercicio, contra el Estado ruso que le había impedido disfrutar de un permiso parental por el nacimiento de su primer hijo. El actor era el principal responsable del cuidado de sus tres hijos, al haberse divorciado. Solicitado permiso de licencia parental de tres años, fue rechazada. Las cortes nacionales habían resaltado el papel que cumplían las mujeres en relación a la maternidad, así como la particularidad del estatuto militar, en que la concesión de este permiso a las mujeres militares tenía en cuenta el pequeño número de mujeres en el ejército (aproximadamente del 0,8%), por lo que su repercusión en el funcionamiento de esta institución –se alegaba- era escasa, en tanto la misma sí concurriría si los varones disfrutasen de aquél.

Existe una inicial sentencia de la primera sección del Tribunal de 2010, pero, interesada la remisión a la Gran Sala por Rusia, la misma volvió a conocer del asunto. En ambas se reconoce que existió una violación del artículo 14 en relación al artículo 8 del Convenio por la denegación del disfrute, si bien en la primera sentencia (de 2010) se estima suficiente tal declaración, en tanto en la segunda (de 2012), se añade una suma en concepto de indemnización por daño moral.

²¹ Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

²² Artículo 14.- Prohibición de discriminación.

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

El gran interés de esta sentencia reside, a mi juicio, tal como he tenido ocasión de exponer en otras ocasiones²³ en constituir un reflejo de la evolución que se ha producido en el campo de los estereotipos y funciones de hombres y mujeres en el ámbito familiar, rechazando los argumentos del Gobierno ruso sobre el “rol especial que cumplen las mujeres”, para manifestar que *“los prejuicios de género no pueden, por sí mismos, considerarse como suficiente justificación para una diferencia en el trato”*. Del mismo modo, se afirmó que *“la sociedad se ha dirigido hacia una división más igualitaria de las responsabilidades de la crianza entre hombres y mujeres y el papel de cuidadores de los hombres ha ganado reconocimiento”*.

En definitiva, el argumento de que las mujeres tradicionalmente se habían ocupado del cuidado de los hijos no podía fundamentar la negación del disfrute del derecho del peticionario; por lo que el TEDH condena al Estado ruso y le aconseja que cambie la legislación al respecto, para evitar nuevas violaciones de estos derechos.

Si bien esta sentencia constituye un avance hacia el principio de igualdad de mujeres y hombres, se ha criticado que, a diferencia de otras sentencias, y de la opinión concordante de uno de los magistrados, no se haga –apenas– mención al concepto de familia y a la protección de la misma como institución, y a sus miembros, concretamente al menor, *“dando por supuesto que la conciliación es una cuestión que afecta a la igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres y los hombres, pero no al bienestar del niño y a la salud de la familia”*²⁴. En definitiva, no se estima por el TEDH que la medida esté amparada por el artículo 8, no obstante afectar al mismo, de forma que sólo en caso de discriminación el TEDH debería entrar a analizar medidas para su efectiva existencia.

c) La evitación de la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo debida al permiso de maternidad y el permiso parental, en palabras del Parlamento Europeo, lo que nos reconduce al ejercicio de los **derechos de conciliación**, si bien no expresado de este modo por el referido organismo.

Al respecto, cabe poner de relieve el avance que supone la sentencia a que aludiremos a continuación, en relación a la corresponsabilidad en el cuidado familiar por parte de mujeres y hombres.

***Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2015²⁵**.

Cabe destacar esta resolución, en materia conciliatoria, en que se cuestionaba el derecho individual a un permiso parental por nacimiento de hijo, cuando la normativa nacional privaba del derecho a tal permiso al funcionario cuya esposa no trabajara.

²³ Me permito citar mi artículo: Martínez Miranda, Macarena “Jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Lex Social, Revista de derechos sociales, Vol. 6, nº 1 (2016), pág. 353-387.

²⁴ Ruth Abril Stoffels: “La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad en el hogar, y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia Konstantin Markin c. Russie, asunto 30078/06 de 22 de marzo de 2012 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Revista General de Derecho Europeo 28 (2012).

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2015, en el asunto C-222/14, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Symvoulío tis Epikrateias (Grecia), mediante resolución de 20 de marzo de 2014.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las Directivas 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, y 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Maïstrellis y el Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponin Dikaiomaton (Ministerio de Justicia, Transparencia y Derechos Humanos), relativo a la denegación al interesado por parte de este órgano de un permiso parental debido a que su esposa se encuentra en situación de desempleo.

En concreto, la norma cuestionada era el artículo 44 de la Ley General del Poder Judicial, por la que se regula el funcionamiento y gobierno de los órganos judiciales y el estatuto de los jueces, en su versión aplicable al litigio principal, establece en sus apartados 20 y 21 lo siguiente:

“Las juezas embarazadas tendrán derecho a disfrutar de un permiso antes y después del parto, con arreglo a las disposiciones aplicables a los funcionarios civiles del Estado.

Se podrá conceder a las juezas que sean madres, previa petición, y mediando resolución favorable del Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponin Dikaiomaton, un permiso remunerado de nueve (9) meses para el cuidado de un hijo [...]”

Por su parte, el artículo 53, apartado 3, párrafo tercero, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en su versión aplicable al litigio principal, es del siguiente tenor: «[...] si la esposa del funcionario no ejerce una actividad laboral o profesional, éste no podrá acogerse a las medidas previstas en el apartado 2 [entre las que figura la concesión de un permiso parental remunerado para la educación del hijo], salvo en el caso de que aquélla se vea incapacitada para hacer frente a las necesidades vinculadas al cuidado del hijo, a causa de enfermedad grave o discapacidad, que deberá ser certificada por la Comisión de Salud de alzada a la que esté adscrito el funcionario».

En el supuesto planteado, el actor, juez en Grecia, solicitó ante el Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponin Dikaiomaton un permiso parental remunerado de nueve meses para el cuidado de su hijo. La solicitud fue denegada por considerar que, de conformidad con el artículo 44, apartado 21, de la 7 citada Ley, sólo las juezas que fueran madres podían obtener dicho permiso parental.

Interpuesto recurso ante el órgano equivalente al Consejo de Estado, fue estimado, por considerar que, de conformidad con su jurisprudencia, el artículo 44, apartado 21, de la Ley General del Poder Judicial, interpretado a la luz de la Directiva 96/34, no se debía aplicar únicamente a las juezas que sean madres, sino también a los jueces que sean padres; devolviéndose el asunto a la Administración. Por ésta se volvió a denegar la solicitud por considerar que, en aplicación del artículo 53, apartado 3, párrafo tercero, de la Ley de Funcionarios, éste no podía beneficiarse del permiso contemplado en el artículo 44, apartado 21, de la Ley General del Poder Judicial.

El TJUE concluye que “en estas circunstancias”, la disposición objeto del litigio principal constituye una discriminación directa por razón de sexo, con arreglo al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2006/54, en relación con el artículo 2, apartado 1, letra a), de esta Directiva, respecto de los funcionarios que son padres en relación con la concesión de un permiso parental.

Por ello, responde a la cuestión planteada que las disposiciones de la Directiva 96/34 y de la Directiva 2006/54 12 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental en el supuesto de que su esposa no ejerza una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se le considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo.

Del contenido del pronunciamiento del Tribunal, resulta destacable la referencia a que la disposición objeto de litigio principal puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres, y a mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de la función parental (con cita de las sentencias Lommers, C-476/99, apartado 41, y Roca Álvarez, C-104/09, apartado 36).

Es precisamente esta superación del concepto tradicional de reparto de roles el que debe, a mi juicio, coadyuvar a la efectividad del derecho de conciliación de la vida personal, profesional y familiar. Y el TJUE ha venido recordándolo, al afirmar que la situación de los trabajadores y trabajadoras que tengan la condición de progenitor es comparable en lo que respecta a la educación de los hijos (sentencias Comisión/Francia, 11 312/86, EU:C:1988:485, apartado 14; Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56, y Comisión/Grecia, C-559/07, EU:C:2009:198, apartado 69).

En concreto, ello resulta determinante del pronunciamiento judicial, al concluir que, en relación a la normativa griega cuestionada, la condición de progenitor no era suficiente para que los funcionarios se beneficiasen de tal permiso, mientras sí lo era en el caso de las mujeres que tienen idéntica condición (véase, por analogía, la sentencia Roca Álvarez, C-104/09, EU:C:2010:561, apartado 23).

Ahora bien, continúa habiendo determinados retos pendientes en materia conciliatoria, entre los que pueden citarse los siguientes:

- La ampliación de permiso por paternidad, que, como cada año desde 2008, se continúa aplazando en las correspondientes leyes de Presupuestos Generales del Estado²⁶.
- La regulación del carácter intransferible de los correspondientes permisos por razones conciliatorias.

²⁶ La disposición final undécima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, establece: “*Modificación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. Se da nueva redacción a la disposición final segunda de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, que queda redactada como sigue: «Disposición final segunda. La presente Ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2017.»*”

- La transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2010/18, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

En relación a este reto, resulta de interés traer a colación la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, en relación al ámbito de aplicación de la referida Directiva, así como su posible eficacia como norma mínima comunitaria.

En concreto, en los autos seguidos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el número C-351/14, se plantean las siguientes cuestiones:

1ª.- ¿Entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2010/18 relativa al “Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental”, definido en la cláusula 1.2 de la misma, la relación de socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado como la regulada en el art. 80 de la Ley (española) 27/99 de Cooperativas y/o en el art. 89 de la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana que, aún siendo calificada por la normativa y jurisprudencia interna como “societaria”, pudiera ser considerada, en el ámbito del Derecho Comunitario, como un “contrato de trabajo” ?.

Para el caso de responderse negativamente a esta primera, se formula una segunda cuestión, subsidiaria de la anterior.

2ª.- ¿Debe interpretarse la cláusula 8.2 del “Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental” (Directiva 2010/18), y, más concretamente, la disposición conforme “la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no constituirá un motivo válido para reducir el nivel general de protección concedido a los trabajadores en el ámbito cubierto por él”, en el sentido que, a falta de transposición explícita por parte del estado miembro de la Directiva 2010/18, no podrá reducirse el ámbito de protección que él mismo definió al trasponer la anterior Directiva 96/34?, Solamente en el caso de responderse afirmativamente alguna de estas dos cuestiones, considerándose aplicable la Directiva 2010/18 a una relación de trabajo asociado como la de la demandante, se justificarían -por las razones que se expondrán- las siguientes otras cuestiones.

3ª.- ¿Debe interpretarse la cláusula 6ª del nuevo “Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental”, integrado en la Directiva 2010/18, de tal forma que haga obligado que la norma o acuerdo nacional interno de transposición integre y explicité las obligaciones de los empresarios de “tomar en consideración” y “atender” las peticiones de sus trabajadores/as de “cambios en horarios y regímenes de trabajo”, al reincorporarse después del permiso parental, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores, sin que pueda entenderse cumplimentado el mandato de transposición mediante norma interna -legislativa o societaria- que condicione la efectividad de tal derecho, exclusivamente, a la mera discrecionalidad del empresario de acceder o no a dichas peticiones?

4ª.- ¿Debe considerarse la cláusula 6ª Directiva 2010/18 por la que se aplica el “Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental” -a la luz del art. 3 de la Directiva y de las “disposiciones finales” recogidas en el la cláusula 8ª del Acuerdo- goza, en caso de ausencia de transposición, de eficacia “directa horizontal” por ser norma mínima comunitaria?

Y no querría concluir esta referencia a los retos pendientes en materia de igualdad de género sin aludir a otra cuestión prejudicial suscitada ante el TJUE, en este caso por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 17 de julio de 2015, en relación a la situación de riesgo para la lactancia, y su ajuste a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en las circunstancias del caso. En concreto, en el asunto seguido con el número 531/15, se plantea aquélla en los siguientes términos:

1ª.- ¿Resultan aplicables las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), a la situación de riesgo durante la lactancia natural contemplada en el artículo 26, apartado 4 en relación con el 3, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia?

2ª.- En caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta, ¿se pueden considerar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 19 de la Directiva la existencia de riesgos para la lactancia natural en el ejercicio de la profesión de enfermera destinada en un servicio de urgencias hospitalarias acreditados a través de un informe fundado emitido por un médico que es a la vez el jefe del servicio de urgencias del hospital donde la trabajadora presta sus servicios?

3ª.- En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta, ¿se pueden considerar demostrativas, en cualquier supuesto y sin posibilidad de cuestionamiento, de que no ha habido vulneración del principio de igualdad en el sentido del citado artículo 19, las circunstancias de que el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora es de los que figuran como exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa, previa consulta con representantes de trabajadores, y de que el servicio de medicina preventiva / prevención de riesgo laborales del hospital de que se trata ha emitido una declaración de aptitud, sin que se contengan más especificaciones acerca de cómo se han alcanzado esas conclusiones en dichos documentos?

4ª.- En caso de respuesta afirmativa a la segunda pregunta y negativa a la tercera pregunta, ¿cuál de 12 las partes –trabajadora demandante o empleadora demandada tienen, de conformidad con el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE, la carga de acreditar, una vez se acredita la existencia de riesgos para la madre o el hijo lactante derivados de la realización del trabajo, (1) que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del lactante –artículo 26, apartado 2 en relación con el 4, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que traspone el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 92/85/CEE-, y (2) que el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados – artículo 26, apartado 3 en relación con el 4, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que traspone el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 92/85/CEE-?

Cuestiones éstas que, a mi juicio, precisan de clarificación, dados los términos en que se viene pronunciando la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, al determinar que, de conformidad con el artículo 135 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social, resulta necesaria la prueba sobre la existencia no sólo de riesgos genéricos sino de los específicos, y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural²⁷.

IV.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL.

Sin perjuicio de que la amplitud de la fórmula utilizada por el artículo 14 de la Constitución incluye, entre las circunstancias o condiciones en que queda prohibido un trato discriminatorio, la orientación sexual, tal como reconoció la doctrina constitucional²⁸, la realidad social evidencia la necesidad de que se aluda, entre las referidas causas de discriminación, de forma expresa, a aquélla.

En el ámbito laboral, tal necesidad resulta parcialmente cubierta por el artículo 4.2.c) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, así como 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que expresamente citan esta forma de discriminación, si bien con ausencia de la –asimismo, imprescindible- referencia a la identidad de género.

Del mismo modo, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, consagra la prohibición de discriminación por orientación sexual como derecho primario de la Unión²⁹. Y otro tanto ha de destacarse en las Directivas europeas, que se refieren de forma expresa a la prohibición de discriminación por razón, entre otras, de orientación sexual. Entre ellas, cabe citar las siguientes: la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, la Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos,

²⁷ STS 13 de mayo de 2015 (ROJ: STS 3240/2015- ECLI: ES: TS: 2015:3240), recurso 3114/2013, ponente: Milagros Calvo Ibarlucea.

²⁸ STC 41/2006, de 13 de febrero (ROJ: STC 41/2006 –ECLI: ES: TC: 2006:41), recurso 5038/2003, ponente: Elisa Pérez Vera.

²⁹ Artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

prácticas no reumneradas o servicios de voluntariado, y la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica³⁰.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo expuesto al inicio de esta ponencia en relación a la necesidad de adopción de una Ley integral en materia de igualdad, estimo que la garantía de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales, así como para erradicar la homofobia, bifobia y transfobia, debiera tener sustantividad propia, por medio de una regulación ad hoc, o del correspondiente epígrafe o capítulo en aquel texto normativo.

Y ello por cuanto, pese a la extensa regulación europea, los datos muestran que ésta resulta insuficiente. Así, conforme a reciente estudio sobre las personas lesbianas, gays, transexuales, y personas transgénero (en adelante, LGBT) de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se constata que en este ámbito, durante el año anterior al estudio, una de cada dos personas LGBT encuestadas se había sentido discriminada o acosada por razones de orientación sexual, una de cada tres había sido objeto de discriminación al acceder a bienes o servicios, una de cada cuatro había sido agredida físicamente, y una de cada cinco había sido objeto de discriminación en su empleo o trabajo³¹.

Entre ellas, el propio Parlamento europeo³² instó a la Comisión a adoptar las siguientes acciones:

- Prestar especial atención a la orientación sexual a la hora de supervisar la aplicación de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y a la identidad de género a la hora de supervisar la aplicación de la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Formular directrices, conjuntamente con las agencias pertinentes, para que especifiquen que las personas trans e intersexuales entran dentro de la acepción de sexo de la Directiva 2006/54/CE, anteriormente aludida.
- Instar a los organismos que trabajan en pro de la igualdad, así como a sindicatos y organizaciones de empresarios, a que informen sobre sus derechos a las personas LGBT.

En nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la ausencia de una normativa ad hoc estatal, cabe mencionar los siguientes textos legales adoptados por los

³⁰ Cabero Morán, Enrique: "Trabajo, igualdad efectiva y orientación sexual", Revista Trabajo y Derecho nº 1, Enero 2015, La Ley 302/2015.

³¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

³² Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

correspondientes Parlamentos de las Comunidades Autónomas, dentro, sin embargo, del –limitado- ámbito de su competencia:

- Navarra: Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales³³
- Galicia: Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia³⁴.
- Andalucía: Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales³⁵
- Cataluña: Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia³⁶
- Canarias: Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales³⁷.
- Extremadura: Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género³⁸.

El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** también se ha pronunciado sobre la necesaria protección de estos colectivos, así como la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, en el ámbito laboral, si bien de forma indirecta, al dirimir sobre las posibles colisiones entre libertad religiosa y orientación sexual.

- De este modo, en el **asunto Eweida y otros contra el Reino Unido, de 15 de enero de 2013**, en que se acumularon cuatro demandas diferentes, recoge diversas manifestaciones de la tensión entre la libertad religiosa y el sistema laboral. A ello ha de añadirse que, tal como ha destacado la doctrina, este caso abre una línea de jurisprudencia pionera en el TEDH, al introducir la figura del “acomodamiento razonable por motivos religiosos en el ámbito laboral”³⁹.

Por lo que hace a la materia que ahora nos ocupa, en dos de los asuntos llevados ante el TEDH se constatan determinados reparos que, por razones religiosas, ofrecen dos trabajadores, al tener que relacionarse –por motivos laborales- con parejas homosexuales, que se objetaba sería una situación de “pecado” según su religión, o les provocaría rechazo.

³³BON 19 de noviembre de 2009 y BOE 22 de diciembre de 2009.

³⁴DOG 25 de abril de 2014, y BOE de 26 de mayo de 2014.

³⁵BOJA 18 de julio de 2014 y BOE 9 de agosto 2014.

³⁶DOGC 17 de octubre de 2014 y BOE 20 de noviembre de 2014.

³⁷BOC 5 de noviembre de 2014 y BOE 20 de noviembre de 2014.

³⁸BOE 6 de mayo de 2015.

³⁹María Elósegui Itxaso: “El caso EWEIDA: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH”. Relaciones Laborales, nº 4, Sección comentarios de jurisprudencia, abril 2014, año 30, pág. 105, tomo 1, Editorial La Ley.

Tal como ha afirmado la doctrina, la sentencia ofrece el resultado de un debate de gran calado, en que, si bien algunas decisiones fueron adoptadas por unanimidad, otras vinieron acompañadas de votos particulares disidentes, que se han considerado⁴⁰ de gran valía y muy razonables.

En concreto, en el caso Gary McFarlane, el demandante, psicólogo y consejero matrimonial, fue despedido de la asociación para la que trabajaba por rechazar el tratamiento de parejas homosexuales. El TEDH, por unanimidad, concluye que no hubo violación de la libertad religiosa, y sí violación por su parte del derecho a la no discriminación.

Por su parte, en el caso Lillian Ladelle, la trabajadora, registradora municipal de nacimientos, defunciones y matrimonios, se negó a inscribir una pareja de hecho de homosexuales, por lo que fue despedida. El TEDH, por cinco votos contra dos, entendió que no fue violada su libertad religiosa, sino que la medida extintiva empresarial se debió a su falta de respeto del derecho a la no discriminación.

- Por lo que se refiere a otras resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de orientación sexual, y sin ánimo exhaustivo, la doctrina⁴¹ ha destacado que, cuando se trata de analizar si existe una discriminación basada en la orientación sexual, para que se cumpla el principio de proporcionalidad se requiere, además de que la medida en cuestión sirva para alcanzar el fin perseguido, que éste no se pueda conseguir sin excluir a una categoría de personas, en concreto a las homosexuales. Asimismo, queda reconocida en la Jurisprudencia del TEDH la vida familiar de las parejas estables del mismo sexo, las cuales necesitan reconocimiento y protección legales, para lo cual los Estados gozan de un margen de apreciación en cuanto a la apertura del matrimonio.

A título ejemplificativo, en los últimos años, el TEDH ha conocido de varios asuntos relativos a los derechos reconocidos en el art. 11 CEDH en relación con la orientación sexual, como los de *Bączkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007⁴², *Alekseyev c. Rusia*, de 21 de octubre de 2010, y *Genderdoc-M c. Moldavia*, de 12 de junio.

Sin embargo, no siempre las resoluciones judiciales dictadas en esta materia resultan exentas de polémica, por tratarse de ámbito especialmente sensible; tal como resulta de todos conocido. Concretamente, por lo que se refiere al ámbito comunitario, consideramos de interés aludir a la **sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión**

⁴⁰ Lorenzo Martín-Retortillo Baquer: "Libertad religiosa y exigencias laborales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros c. Reino Unido, 15 de enero de 2013). Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), págs. 171-195.

⁴¹ Gilbaja Cabrero, Estela: "La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", UNED. Revista de Derecho Político N.º 91, septiembre-diciembre 2014, págs. 303-340.

⁴² El supuesto planteado viene constituido por la negativa de autorizar a celebrar una manifestación cuyo objetivo era concienciar a la opinión pública sobre la discriminación contra diversos grupos, entre ellos las minorías sexuales. El Tribunal declara, por unanimidad, la violación del art. 11 CEDH, individualmente y combinado con el art. 14, por constituir tal denegación una injerencia desproporcionada en la libertad de reunión, teniendo en cuenta que el Estado no tiene un mero deber de no interferir en el ejercicio del derecho, sino obligaciones positivas para garantizar su ejercicio.

Europea de 29 de abril de 2015, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal administratif de Strasbourg (Francia)⁴³.

Las circunstancias fácticas del litigio tienen como base la negativa del Organismo francés de la sangre de aceptar una donación del demandante, por haber mantenido éste una relación sexual con otro hombre.

Valga como necesaria precisión que la cuestión prejudicial no se plantea en relación con el principio de igualdad y no discriminación, sino con la Directiva atinente a requisitos técnicos de la sangre y componentes sanguíneos (véase nota 37). Ahora bien, el propio Tribunal reconoce (en el apartado 49 de la sentencia) que *“al establecer como criterio de una contraindicación permanente para la donación de sangre el hecho de ser un “hombre que ha tenido relaciones sexuales con otro hombre”, el cuadro B del anexo II de la Orden Ministerial de 12 de enero de 2009 hace que queden excluidos de la donación de sangre en función de su orientación homosexual los donantes masculinos que, por el hecho de haber mantenido una relación sexual correspondiente a dicha orientación, reciben un trato menos favorable que las personas heterosexuales de sexo masculino”, concluyendo, por ello (en el apartado 50 de la sentencia) que “dadas estas circunstancias, la Orden Ministerial de 12 de enero de 2009 puede entrañar una discriminación por razón de orientación sexual, en el sentido del artículo 21, apartado 1 de la Carta, con respecto a las personas homosexuales”.*

No obstante ello, en conclusión no exenta de polémica, el Tribunal responde a la cuestión planteada que el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33 debe interpretarse en el sentido de que el criterio de exclusión permanente de la donación de sangre formulado en dicha disposición en relación con la conducta sexual cubre el supuesto en el que un Estado miembro, habida cuenta de la situación predominante en él, establezca una contraindicación permanente para la donación de sangre en el caso de los hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres, siempre que se acredite, basándose en los conocimientos y en los datos médicos, científicos y epidemiológicos actuales, que dicha conducta sexual expone a esas personas a un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre y que, dentro del respeto del principio de proporcionalidad no existen técnicas eficaces de detección de esas enfermedades infecciosas, o, a falta de esas técnicas, métodos menos coercitivos que dicha contraindicación que garanticen un alto nivel de protección de la salud de los receptores; añadiendo que corresponde al tribunal nacional verificar si, en el Estado miembro de que se trate, concurren estos requisitos.

Téngase en cuenta que, pese a los términos en que se expresa el fallo de la resolución comentada, lo que resultó objeto de cuestión prejudicial fue la contraindicación permanente para la donación de sangre en el caso de un hombre que hubiera tenido relaciones sexuales con otro hombre, establecido por la Orden Ministerial anteriormente referida; y no, por tanto, la costreñida a los supuestos descritos. Al respecto, la sentencia añade que la limitación *“respecta el contenido esencial del principio de no discriminación”*, dado que no pone entredicho este principio como tal, al referirse a una cuestión de *“alcance limitado”*, cual es la exclusión de la donación de sangre a fin de proteger la salud de los receptores.

⁴³ La petición tiene por objeto la interpretación del punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33/CE, de la Comisión, de 22 de marzo de 2004, por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos.

Ahora bien, la referencia a los hombres que hubieran mantenido relaciones con otros hombres, a mi juicio, resulta innecesaria para concluir del modo efectuado por el Tribunal. Dicho de otro modo, si se acreditan las circunstancias descritas en la normativa objeto de cuestión ante el Tribunal (situación predominante estatal, riesgo alto de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por sangre, y ausencia de técnicas para detectar el referido riesgo), la concreción a determinado grupo social –por razón de orientación sexual- resultaría superflua, pudiendo poner, en efecto, en riesgo el principio de igualdad por discriminación.

En definitiva, la realidad social impone que se acometa legislativamente una iniciativa que, a nivel estatal, bien de forma autónoma, bien integrado en la Ley integral de igualdad, consagre la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, transexualidad, e identidad de género, con especial referencia, por lo que respecta a nuestro ámbito, a la promoción de medidas de facilitación de acceso al empleo y supresión de cualquier tipo de discriminación, al tratarse de colectivo en que, haciendo nuestras las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley canaria 8/2014, anteriormente aludida, la situación de vulnerabilidad social en que se encuentran “*las sitúa en un equilibrio social precario*”, con estigmatización social, que, a mi juicio, revela la necesidad de adopción de medidas de acción positiva.

IV.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

En materia de discapacidad, y comenzando, para centrar la cuestión, por algunos datos de interés, el Informe Mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial (2011) señala que la discapacidad forma parte de la condición humana, pues casi todas las personas sufrirán algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de su vida, ya sea por cuestiones accidentales como por el envejecimiento.

A ello ha de añadirse que, tal como señala la Estrategia Española sobre discapacidad 2010-2020, hay que considerar que de facto, en el mundo más de mil millones de personas, el 15% de la población mundial, viven con algún tipo de discapacidad reconocida y las cifras van al alza, debido al progresivo envejecimiento de la población y al incremento global de los problemas crónicos de salud asociados a la discapacidad como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares y los trastornos mentales.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones, relativa a Estrategia Europea sobre discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras⁴⁴, se refiere a la situación de la discapacidad en el empleo, recordando que la tasa de empleo de las personas con discapacidad se sitúa sólo entorno al 50 por ciento, proponiéndose luchar para evitar que las personas con discapacidad caigan en la trampa, o entren en la cultura, de las prestaciones por discapacidad, que les disuaden de entrar en el mercado laboral.

⁴⁴ Eur-Lex.Europa: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC0636>

En nuestra legislación, sin perjuicio de la inclusión en la cláusula abierta del artículo 14 de la Constitución de la discapacidad (que, a mi juicio, precisaría de mención expresa), el artículo 4.2.c) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores declara el derecho del trabajador o trabajadora a no ser discriminado/a por razón de discapacidad, si bien apostillando que *“siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”*.

Esta última apostilla no ha estado exenta de crítica doctrinal, considerándose como una posible causa de discriminación en sí misma⁴⁵, por cuanto prohíbe el trato desfavorable o peyorativo a las personas con discapacidad, salvo que no tengan la aptitud requerida para desempeñar el puesto de trabajo, siendo así que, precisamente, la situación de discapacidad comporta una disminución de la misma de, al menos, el 33%, por lo que no debe soslayarse la posibilidad de que repercuta negativamente sobre la capacidad laboral, siendo así que ello no debería obstar a la prohibición de discriminación. En definitiva, se trata de una redacción marcadamente mejorable, que no ha sido trasladada al artículo 17 de idéntico cuerpo legal, en que, a mi juicio, de forma más correcta desde el punto de vista técnico, bajo el epígrafe de *“no discriminación en las relaciones laborales”*, considera nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales, y decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada, y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón, entre otras, de discapacidad.

El dictado del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁴⁶, supuso un avance en la materia, refiriéndose de forma expresa al concepto de *“ajustes razonables”*⁴⁷, y expresa regulación del derecho al trabajo y a la protección social, así como la prohibición de discriminación.

Lo que resulta insoslayable es tener presente que resulta una carga empresarial la implementación del ajuste razonable, en la forma determinada por la **sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013**, para que el trabajador o trabajadora con discapacidad puedan participar de forma plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, incluyéndose, entre esas medidas, la reducción del tiempo de trabajo.

Ahora bien, para ello se precisa delimitar el propio concepto de discapacidad, a cuyo efecto el manual de la Unión Europea sobre normativa en materia de discriminación⁴⁸,

⁴⁵ Gorelli Hernández, Juan: “Discapacitados: Inserción social a través del empleo y principios de igualdad y no discriminación”. Revista Derecho Social y Empresa, suplemento nº 1, abril 2015 (págs. 182-221).

⁴⁶ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, páginas 95635 a 95673.

⁴⁷ La citada norma define los ajustes razonables como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

⁴⁸ Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea:
http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_SPA.pdf

recuerda que ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la Directiva de igualdad en el empleo contienen una definición de discapacidad, remitiendo el TJUE la determinación de tal concepto frecuentemente a los órganos jurisdiccionales nacionales. Como ejemplo, valga citar el asunto de Chacón Navas, en que al TJUE se le brindó la oportunidad de considerar el alcance general de las disposiciones sobre discriminación por razón de discapacidad, y la aprovechó para indicar que el término se refiere a «una limitación que se deriva, en particular, de deficiencias físicas, mentales o psicológicas, y que dificulta la participación de la persona en cuestión en la vida profesional», y añadió que ha de ser «probable que tal deficiencia se mantenga durante un período prolongado». Al aplicar tal definición a la Sra. Navas, se determinó que no existía discapacidad cuando la demandante inició un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales españoles para denunciar que había sido víctima de una discriminación por razón de discapacidad, al ser despedida tras un período de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración. El TJUE aclaró que debe distinguirse entre enfermedad y discapacidad, y que la primera no es objeto de protección.

Posteriormente la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, anteriormente aludida, en relación a la cuestión atinente a si el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que probablemente sea prolongado, o de manera permanente, concluyó que el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas 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 trabajadores.

En definitiva, concluye la sentencia en los siguientes términos:

- Si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas 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 trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

- En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas).

- La circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de «discapacidad». Así, el concepto de «discapacidad», tal como resulta del apartado 38 de la presente sentencia, debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no como una imposibilidad de ejercer tal actividad. El estado de salud de una persona discapacitada

que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de «discapacidad».

- El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas 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 trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

Ahora bien, la materia continúa suscitando dudas, desde el punto de vista doctrinal, de la que resulta prueba el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona (auto 14-7-2015), de cuestión prejudicial referida a la calificación del despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, estando aquél hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, en el asunto C-395/2015⁴⁹.

En cualquier caso, y sin perjuicio de la necesaria delimitación del concepto de discapacidad en el ámbito comunitario, continúa siendo un reto pendiente en nuestro derecho la adopción de acciones positivas que contemplen el acceso al empleo, así como el emprendimiento de personas con discapacidad, y la necesaria adaptación del puesto de trabajo, o, dicho de otro modo, los denominados por el TJUE como “ajustes razonables”, con inclusión, en su caso, de la reducción del tiempo del mismo; y las consecuencias que la no adopción de las mismas pudiera comportar. A tal efecto, resulta reseñable la reciente aprobación de la Orden de 25 de enero de 2016, por la

⁴⁹ En concreto, entre las cuestiones sometidas al Tribunal cabe citar –por lo que hace al objeto de este trabajo- las siguientes:

1.- ¿ Debe ser interpretada la prohibición general de discriminación proclamada en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en forma que pueda comprender, en su ámbito de prohibición y tutela, la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal –de duración incierta- a causa de un accidente laboral, cuando estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social.?

2.- ¿Debe ser interpretado el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el sentido que la protección que debe otorgarse a un trabajador objeto de un despido manifiestamente arbitrario y carente de causa, debe ser la prevista en la legislación nacional para todo despido que vulnere un derecho fundamental?

5.- (condicionada a la respuesta afirmativa de las anteriores).- ¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” -como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1,2 y 3 de la Directiva 2000/78 la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral?.

que se crea la Oficina de atención a la discapacidad en las Fuerzas Armadas⁵⁰, en aras a hacer efectiva la referida protección.

Del mismo modo, se evidencia la necesidad de adopción de medidas específicas de conciliación de la vida laboral, personal, y familiar de las personas con discapacidad, tomando en consideración este factor, con expresa referencia en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, que lo limita a las personas que tengan a su cargo o cuidado a aquéllas, y no a los trabajadores y las trabajadoras que presentan la referida discapacidad; así como al posible ajuste razonable que representa la reducción del tiempo de trabajo, en la forma contemplada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

V. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE.

No querría terminar este trabajo sin hacer una expresa referencia a la laguna que, en nuestro ordenamiento, se presenta en relación a la denominada discriminación múltiple.

Al respecto, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que asesora a ésta en, entre otras, materia de discriminación, describe la discriminación múltiple como aquella situación en que la persona que la sufre la referida discriminación por más de un motivo (poniendo como ejemplos: por razón de sexo y religión, edad y origen étnico, etc)⁵¹. A su vez, distingue dos tipos de discriminación múltiple:

-aditiva, cuando se distinguen los efectos específicos; poniendo el siguiente ejemplo: cuando una mujer de edad avanzada sufre discriminación en el lugar de trabajo por razón de sexo y en el acceso a la asistencia sanitaria por razón de edad;

- interseccional, cuando la discriminación se basa en la combinación de dos o más características; poniendo como ejemplo: una mujer romaní podría ser discriminada al dar a luz en un hospital no solo por ser mujer, puesto que no todas las mujeres sufren esa discriminación, y no sólo por ser de etnia romaní, puesto que no toda la población romaní se enfrenta a ese problema, sino por la combinación de esas dos características.

Huelga precisar que la discriminación múltiple comporta para el/la que la padece una mayor penosidad, gravamen, daño moral, en definitiva, que la única, por resultar víctima de vulneración del principio de igualdad en varias de sus manifestaciones. Y, obviamente, también resulta manifiesto que el comportamiento causante de aquélla ha de acarrear unas consecuencias jurídicas distintas, de mayor calado, que las del agente de la de carácter único. En definitiva, no resulta acorde a los más elementales principios conformadores del proceso punitivo, en la medida en que resulten trasladables al derecho laboral, ni a los de resarcimiento del daño causado, la “absorción” de unas discriminaciones por otras, ante la ausencia de reconocimiento de su carácter múltiple. Lo que, ante la laguna de nuestro ordenamiento, viene ocurriendo con demasiada frecuencia.

⁵⁰ BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2016, páginas 8421-8424.

⁵¹ Memorándum de la FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), de 11 de marzo de 2013. https://fra.europa.eu/sites/default/files/media-memo-multiple-discrimination-in-healthcare_es.pdf

Resulta ilustrativo citar las conclusiones del informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a que venimos aludiendo, centrado en la discriminación múltiple intersectorial, en que, en relación a la legislación existente en la Unión Europea contra la discriminación múltiple, establece:

- La legislación de la UE confiere mayor protección contra la discriminación por razón de raza u origen étnico y por razón de sexo que contra la discriminación por otros motivos (poniendo como ejemplo, que, en lo que se refiere al acceso a la asistencia sanitaria, la legislación de la UE protege expresamente contra la discriminación solo por razón de sexo raza u origen étnico).
- Ello crea, a juicio de la Agencia, una «jerarquía de razones» artificial que lleva a la legislación de la UE a conferir una protección más completa frente a la discriminación por unos motivos que por otros.
- El Derecho de la UE y la legislación de la mayoría de los Estados miembros de la UE no reconocen expresamente ni establecen disposiciones para hacer frente a la discriminación múltiple. Sólo seis de los 27 Estados miembros abordan la discriminación múltiple en su legislación. Con frecuencia, demandantes, abogados y jueces tampoco tienen conocimiento de la discriminación múltiple y de lo que significa.

Esta última reflexión, resulta particularmente acertada en relación a nuestra práctica judicial, en que la discriminación múltiple se encuentra casi ausente de planteamiento y, consecuentemente, toma en consideración.

Y ello no obstante resultar objeto de algunas normas (tal como la Ley Orgánica 3/2007, que en su Exposición de Motivos menciona la “doble discriminación”), así como de instrumentos sin rango normativo, tales como la Estrategia Española sobre discapacidad 2012-2020, que la contempla de forma expresa⁵², en concreto en relación a las mujeres con discapacidad, así como el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016⁵³, que propugna la necesidad de promover la empleabilidad de mujeres pertenecientes a grupos especialmente vulnerables (aludiendo, con carácter general, a mujeres con discapacidad, víctimas de violencia de género, inmigrantes, pertenecientes a determinadas minorías étnicas, con problemas de adicción a las drogas, paradas sin titulación o mujeres que sufran discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social), en que se evidencian mayores dificultades para el acceso y permanencia en el mercado laboral y un mayor riesgo de pobreza y exclusión social.

En definitiva, la hipotética ley de igualdad o, en su caso, una reforma de los instrumentos normativos vigentes, debería dar cabida a esta forma de discriminación, y a las consecuencias anudadas a la misma.

⁵² Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad: http://www.msssi.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_espanola_discapacidad_2012_2020.pdf

⁵³ Instituto Nacional de la Mujer: <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf>

VII.- A MODO DE COROLARIO.

Las reflexiones anteriormente expuestas ofrecen algunos apuntes sobre los numerosos retos que el principio de igualdad continúa teniendo pendientes en nuestro ordenamiento.

Al efecto, resulta imprescindible un nivel de transparencia que posibilite contrastar la aplicación del referido principio, y haga visibles las discriminaciones. Y, si bien ello es objeto de regulación por el artículo 64.1.3 del Estatuto de los Trabajadores, al imponer la obligación empresarial de informar a los representantes de los trabajadores y trabajadoras de las cuestiones relativas a aplicación en la empresa del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, con expresa referencia a los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo; considero que su alcance es limitado, debiendo hacerse extensivo a cualquier tipo de discriminación.

Nuevamente se impone, tal como hicimos al inicio de este texto, una cita del profesor M. R. Alarcón Caracuel, siguiendo el leit motiv de estas jornadas, que, en relación a este precepto, y a la obligada información a los trabajadores y trabajadoras en materia de igualdad, consideró que integraba un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical⁵⁴.

En definitiva, el camino hacia la plena igualdad y su completa efectividad, queda lejos de haberse completado con la regulación y doctrina jurisprudencial a que hemos venido aludiendo; siendo numerosos los retos a afrontar en su construcción, cuya permanente revisión y actualización han de inspirar el quehacer de los operadores jurídicos, y de la sociedad misma.

⁵⁴ En este sentido, véase la sentencia del Tribunal Supremo de TS, Social sección 1 del 08 de julio de 2014 (ROJ: STS 3495/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3495), recurso: 282/2013. Ponente. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.