

EL CASO COLEMAN: UN PASO MÁS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU EXTENSIÓN A LOS CUIDADORES

*Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06*

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ*

SUPUESTO DE HECHO: La Sra. Coleman trabajaba como secretaria jurídica en un despacho de abogados en Londres desde 2001. Un año después tuvo a su primer hijo a quien por razón de su discapacidad le dispensaba la mayor parte de sus cuidados. Coleman asegura que se vio obligada a dejar su trabajo porque sufrió discriminación y acoso por parte de su empleador. Alega que, en circunstancias similares, la empresa trataba de modo diferente a los padres de hijos no discapacitados. En concreto, argumenta que su antiguo empresario se negó a reintegrarla, una vez finalizó su permiso de maternidad, en el puesto que había ocupado con anterioridad. También argumenta que su empresario no le concedió flexibilidad horaria y que dirigió comentarios “insultantes y fuera de lugar” tanto contra ella como contra su hijo.

El Tribunal de Justicia británico plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para pedirle que dilucide si la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación debe interpretarse en el sentido de que únicamente prohíbe la discriminación directa por motivo de discapacidad y el acoso relacionado con esta última cuando el propio trabajador es la persona discapacitada, o si se aplica también cuando el trabajador no es la persona discapacitada, pero sí la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien dicho trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

¹ Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: La trascendencia del fallo comunitario reside en que extiende la tutela antidiscriminatoria prevista en 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, a los cuidadores de las personas discapacitadas. La citada Directiva, a juicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no debe aplicarse de forma restrictiva, es decir, que no sólo debe englobar a los propios discapacitados sino que también protege a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación o acoso en el ámbito del empleo y la ocupación por estar vinculadas a una persona discapacitada. Esta nueva forma de discriminar— tutelada por el Derecho Comunitario a partir del Caso Coleman— se denomina discriminación por transferencia. La novedad de este planteamiento abre numerosos interrogantes, a los que se da respuesta en el presente Comentario como, por ejemplo, cuáles son los orígenes y desarrollo de la discriminación transferida, qué manifestaciones de discriminación engloba dicha noción y cuál es el alcance de la doctrina, qué efectos tiene el fallo judicial sobre la legislación española y, en particular, qué valoración merece la sentencia objeto de comentario desde la perspectiva de la evolución y desarrollo del modelo social de discapacidad de la Unión Europea.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL SUPUESTO DE HECHO
3. EL SIGNIFICADO DEL CASO COLEMAN
 - 3.1. La consolidación del modelo social de discapacidad de la unión europea y su implantación en los estados miembros
 - 3.2. El reconocimiento de la doctrina de la discriminación transferida
 - 3.2.1. Orígenes y desarrollo de la discriminación transferida
 - 3.2.2. Las diferentes manifestaciones de la discriminación transferida y el alcance de la doctrina
 - 3.3. Los efectos del caso Coleman en España

1. INTRODUCCIÓN

El análisis de las políticas comunitarias sobre la cuestión de la discapacidad pone de relieve una evolución desde el enfoque médico, individual o asistencial hacia un modelo social de discapacidad. Mientras las primeras medidas se dirigen únicamente a la persona discapacitada buscando la rehabilitación y educación de ésta para su inclusión en la Sociedad, las segundas operan en el entorno ambiental del discapacitado removiendo las barreras sociales que

condicionan la plena integración de todos sus miembros². La aprobación 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, constituye un exponente del cambio general de orientación.

La complejidad del fenómeno de la discapacidad ha derivado en la identificación de nuevas formas de discriminación que han dado lugar a la aparición de novedosos enfoques y estrategias dirigidas a combatir las mismas. En este sentido, se ha observado que el riesgo de discriminación no sólo es padecido por los discapacitados sino también por aquéllos que les prestan cuidados o asistencia. Según los estudios realizados, entre los rasgos que conforman el perfil social del cuidador de la persona con discapacidad o dependiente, cabe subrayar su condición de desempleado debido a las dificultades de conservar el empleo³.

Lo cierto es que el tratamiento europeo de esta cuestión se ha visto sustancialmente transformado con la adopción de nuevos criterios judiciales sobre el alcance de la Directiva 2000/78. La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha proyectado la tutela antidiscriminatoria no sólo hacia el sujeto discapacitado sino también sobre un tercero que se encuentra estrechamente asociado con aquél (le presta cuidados y asistencia) y que también es víctima de exclusión en el empleo. Esto es lo que se ha denominado discriminación transferida y que, debido a la novedad de sus planteamientos, merece un estudio detenido.

2. EL SUPUESTO DE HECHO

El caso resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, *Coleman y otros*, C-303/06, ha suscitado un fuerte interés porque, tal y como se verá, se trata de una resolución que no tiene precedentes⁴. La Sra. Coleman trabajó como secretaria jurídica en un

² Las primeras iniciativas comunitarias partían de la base de que la discapacidad era una desviación de la normalidad y como tal la orientación en los contenidos de dichas políticas tenía como finalidad la rehabilitación, esto es, intentar compensar tal desviación ayudando a las personas discapacitadas a situarse lo más cerca posible de la sociedad entendida como normal, Garrido Pérez, E., *El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades*, Temas Laborales, núm. 59/2001, p. 166.

³ Durán Heras, M^a A., *Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 60, 2006, p. 59.

⁴ La resolución judicial tuvo una fuerte repercusión en Inglaterra, país en el que ocurrieron los hechos, vid. "Disability discrimination ban applies to carers too", *The Times* 29 July 2008.

bufete de Londres a partir de enero de 2001. En el año 2002, la trabajadora tuvo un hijo que debido a su enfermedad (padece crisis de apnea, así como laringomalacia y broncomalacia congénitas) precisaba cuidados específicos y especializados que la trabajadora le dispensaba.

El 4 de marzo de 2005, la Sra. Coleman aceptó dimitir por exceso de plantilla (“voluntary redundancy”), lo que puso fin al contrato que la vinculaba a su empresario. El 30 de agosto de 2005 presentó una demanda ante el Employment Tribunal, London South en la que sostenía que había sido víctima de un despido encubierto (“unfair constructive dismissal”) y de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado. Alegaba que se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar para su empresario.

La trabajadora fundamenta el trato discriminatorio y el acoso por razón de la discapacidad de su hijo en los siguientes hechos. En primer lugar, al reincorporarse al trabajo tras el permiso de maternidad, su empresario se opuso a que se reintegrara en el puesto que había ocupado hasta ese momento, en circunstancias en las que si se habría permitido que padres de hijos no discapacitados recuperaran sus antiguos puestos. El empresario también se negó a concederle la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que aquellos de sus compañeros de trabajo que son padres de hijos no discapacitados. En segundo lugar, la Sra. Coleman fue calificada de “perezosa” cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar a su hijo, mientras que tales facilidades sí se concedieron a padres de hijos no discapacitados. La reclamación oficial que formuló contra el mal trato que padecía no fue objeto de la debida consideración, de manera que se sintió obligada a retirarla. A lo anterior, se suman comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella misma como contra su hijo. En el mismo sentido, al haber llegado en ocasiones tarde a la oficina, a causa de problemas en el cuidado de su hijo, se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad.

En tales circunstancias, el Employment Tribunal se dirige al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para pedirle que dilucide si la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación debe interpretarse en el sentido de que únicamente prohíbe la discriminación directa por motivo de discapacidad y el acoso relacionado con esta última cuando el propio trabajador es la persona discapacitada, o si se aplica también cuando el propio trabajador no es la persona discapacitada, pero sí la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien dicho trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Tanto el Abogado General como el Tribunal Comunitario estiman que se trata de un supuesto protegido por el Derecho Comunitario pero resulta interesante poner de relieve la diferente argumentación de uno y otro.

En la Opinión del Abogado General formulada el 31 de enero de 2008 razona éste que la Directiva 2000/78 fue aprobada por el Consejo sobre la base del artículo 13 del Tratado CE (que permite al Consejo tomar las acciones apropiadas para combatir la discriminación basada en el sexo, raza u origen étnico, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual) y que la Directiva debe ser interpretada a la luz de tales objetivos. Más aún, sitúa el peso de la argumentación en el articulado de la citada Directiva que apunta como objetivo “establecer un marco general para combatir la discriminación...con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Se enfatiza en las Conclusiones que la igualdad se configura como un principio fundamental del Derecho Comunitario y que la Directiva constituye un aspecto práctico de dicho principio. Adoptando un enfoque filosófico, argumenta el Abogado General que “una vía más sutil y menos evidente” de atacar una persona y socavar su dignidad y autonomía consiste en dirigirse no contra él, sino contra un tercero que está estrechamente vinculado con éste. Para el Abogado General “una concepción sólida de la igualdad conlleva que estas formas sutiles de discriminación deberían ser protegidas por la legislación de discriminación, en la medida en que éstas también afectan a las personas que pertenecen a las clasificaciones sospechosas”. Se advierte además que en tales casos, la persona que sufre la discriminación se convierte en el medio a través del cual se socava la dignidad de la persona que pertenece a la categoría sospechosa.

Por su parte, el Tribunal Comunitario para alcanzar idéntico resultado apoya su tesis en una concepción amplia del ámbito subjetivo protegido por la Directiva Comunitaria que no sólo comprende a la persona efectivamente discapacitada sino que también puede afectar a otros que forman parte del entorno del afectado por la discapacidad y que se vinculan con el motivo de la discriminación. Señala el Tribunal Comunitario que de las disposiciones de la Directiva 2000/78 no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Antes al contrario, la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad. En efecto, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada norma no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma. Corrobora esta interpretación el tenor literal del artículo 13 TCE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78 y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad.

Por consiguiente, el hecho de que la Directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las

personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad. Por lo demás, el sexto considerando de la Directiva, al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, se refiere tanto a la necesidad de erradicar toda forma de discriminación como a la adopción de medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad.

Con el propósito de evitar cualquier contradicción con la doctrina precedente, el propio Tribunal Comunitario reconoce la interpretación restrictiva del concepto de discapacidad adoptada en el Caso Chacón Navas de 11 julio de 2006 (C-13/05). Señala al respecto que, aunque en el citado caso, se precisó que, a la vista del tenor literal del artículo 13 CE, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no puede ampliarse a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva— de manera que un trabajador que haya sido despedido por su empresario a causa exclusivamente de enfermedad no está comprendido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78—, este Tribunal, sin embargo, no declaró que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de dicha Directiva deban interpretarse de manera restrictiva en lo que atañe a los motivos de que se trata.

3. EL SIGNIFICADO DEL CASO COLEMAN

El Caso Coleman tiene una trascendencia notable por varias razones. En primer lugar, se debe destacar que supone la consolidación del modelo social de discapacidad y, muy significativamente, su traslación a los Estados Miembros. Estrechamente vinculado con lo anterior, la Sentencia objeto de análisis introduce una novedosa categoría jurídica como es la discriminación transferida que, tal y como se verá, supone una ampliación de la tutela de la discriminación a aquellas personas asociadas con las personas discapacitadas, como por ejemplo sus cuidadores, precisamente por el particular riesgo de discriminación en el trabajo que tienen éstos.

3.1. La consolidación del modelo social de discapacidad y su implantación en los estados miembros

Tradicionalmente, la respuesta comunitaria al fenómeno de la minusvalía ha consistido esencialmente en medidas de compensación social a través de la

beneficencia, un tratamiento al margen de la sociedad y el desarrollo de servicios de asistencia especializada, que, aunque bien intencionados, no han hecho sino agravar el problema de la exclusión y de la infraparticipación. El tradicional compromiso de la Unión Europea a favor de sus ciudadanos con discapacidad partía del planteamiento que consideraba a las personas con discapacidad meros beneficiarios pasivos de asistencia, siendo por tanto el objetivo de la Unión Europea contribuir a configurar una sociedad plenamente incluyente⁵.

Las primeras medidas reflejan los orígenes de la discapacidad como un modelo médico que concibe la discapacidad como un problema personal del individuo, directamente causado por sus limitaciones y no referido a ningún factor externo. Sin embargo, desde los años 1960 el modelo médico, asistencial o rehabilitador ha ido cambiando por otra concepción de la discapacidad, conocida como el modelo social. Según esta nueva perspectiva, la discapacidad no es un estado intrínseco al individuo sino el resultado de la situación del individuo afectado en su ambiente y en la más amplia estructura de la sociedad, que coloca al individuo en una posición de desventaja. Mientras el modelo rehabilitador considera la discapacidad como un perjuicio funcional, el modelo social comprende la discapacidad como una particular relación entre el perjudicado y la sociedad⁶.

El modelo social de discapacidad fue primero mencionado por la Comisión Europea en 1996, cuando la Comisión anunció una nueva estrategia basada en la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas⁷. El nuevo

⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, Bruselas 30.10.2003. COM (2003) 650 final, p. 7.

⁶ Los precursores del modelo social de discapacidad (social model of disability) han sostenido que supone una reformulación de la aproximación tradicional y que se articula a partir de tres puntos cardinales: 1) A diferencia del modelo convencional, el modelo social dirige el centro del análisis fuera de las limitaciones funcionales del individuo hacia las barreras de la inclusión social creadas por los medios, actitudes y culturas. 2. Se trata de una aproximación que enfatiza la interrelación de estas barreras y que atraviesan la vida diaria, tales como la educación inaccesible y los sistemas de información y comunicación, medio ambiente laboral, prestaciones inadecuadas de discapacidad, servicios sociales de salud discriminatorios, transporte inaccesible, edificios públicos y servicios, etc.. 3. La perspectiva social no infravalora la importancia de aquellas intervenciones específicas individuales en las vidas de las personas discapacitadas (por ejemplo, iniciativas médicas, rehabilitación, educacional y de empleo) pero enfatiza que estas son insuficientes para lograr la inclusión en la sociedad previamente construida por y para personas no discapacitadas, Oliver, M. *Social Work with Disabled People*, Basingstoke, Macmillan, 1983. Barnes, C. y Mercer, G., *Disability, work, and welfare: challenging the social exclusion of disabled people*, Work, Employment and Society, Vol. 19 (3), 2005, pp. 530–531.

⁷ Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas minusválidas – Una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalía. COM (96) 406 final.

enfoque basado en los derechos enfatizó la necesidad de identificar y remover barreras para la plena participación de las personas discapacitadas, y ayudar a establecer la igualdad y el valor de la diversidad humana en la política comunitaria de discapacidad. La Comunicación fue aprobada por el Consejo y los Estados miembros en una Resolución sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad⁸. Como tal, el modelo social supone una reformulación crítica de la perspectiva tradicional que asume como premisa básica que la discapacidad no es una construcción médica sino social.

Un claro exponente de la estrategia del cambio fue la aprobación de la legislación contra la discriminación que establece el marco jurídico de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación directa e indirecta, así como el acoso y la orden de discriminar por varios motivos, entre lo que se incluye la discapacidad. Además existen disposiciones específicas para fomentar la igualdad de trato para las personas con discapacidad. Los empleadores públicos y privados, así como los demás destinatarios de la Directiva, como los proveedores de formación, deben realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad. Asimismo, deben adoptar las medidas adecuadas para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o recibir formación⁹.

En la directiva comunitaria el concepto de discapacidad no está definido. Los beneficiarios de las medidas recogidas en el Marco de la Directiva ni están especificados ni limitados y se permite a los Estados miembros adoptar una definición de discapacidad y fijar los contornos de la misma. Ahora bien, dicha opción tiene el riesgo de que la transposición de la Directiva comunitaria por parte de los Estados miembros no respete el espíritu y finalidad de la norma europea. En este sentido, la Comisión Europea ya había advertido en trabajos anteriores las fuertes discrepancias que existían en las legislaciones nacionales de los Estados Miembros en las definiciones y los criterios que se utilizan para determinar la discapacidad en función de sus diferentes percepciones y planteamientos. Un estudio comparativo encargado por la Comisión había puesto de

⁸ Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 20 de diciembre de 1996 sobre la igualdad de oportunidades para las personas con minusvalías [Diario Oficial C 12 de 13.1.1997].

⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006–2007, p. 6.

relieve que las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo y que existen múltiples definiciones de discapacidad¹⁰.

Precisamente, la norma británica— Disability Discrimination Act 1995 (Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad), que tiene como finalidad esencial prohibir toda discriminación contra las personas con discapacidad, especialmente en materia de empleo, había sido criticada con anterioridad al fallo comunitario por parte de la doctrina porque había formulado la discapacidad sobre la base de factores médicos y excluía además a algunos colectivos que en otras circunstancias formarían parte de las personas discapacitadas objeto de tutela¹¹, a lo que se añade, la tendencia de los tribunales a interpretar la definición en un sentido rígido y formal, frustrando de este modo los objetivos más amplios de la Unión Europea¹². La norma británica considera que “se practica discriminación contra una persona con discapacidad cuando, a) por un motivo relacionado con la discapacidad que padece la persona con discapacidad, se trata a ésta de un modo menos favorable a como se trata o trataría a otras personas a las que no se aplica el motivo en cuestión, y b) siempre que no pueda demostrarse que tal trato esté justificado” (artículo 3 A, apartado 1). Precisa a continuación dicha norma que se considera que “se practica discriminación directa contra una persona discapacitada cuando se dispensa a ésta, por motivo de la discapacidad que padece, un trato menos favorable que el que obtiene u obtendría una persona que no tenga esa discapacidad específica y cuyas características pertinentes, incluidas las capacidades, sean las mismas que las de la persona discapacitada o no difieran sensiblemente de ellas” (artículo 3 A, apartado 4).

Tal y como han puesto de relieve los autores, la legislación británica se basa en la visión ortodoxa de la discapacidad, conforme a la cual los impedimentos de la persona con discapacidad son la causa de la discapacidad en vez de la forma en que la Sociedad está organizada. La ley establece sólo una protección limitada de la discriminación en el empleo¹³. Según dicha norma, la discapacidad es un concepto médico, basado en el daño psíquico o físico que sustancialmente limita la funcionalidad del individuo. La redacción de la norma

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, Bruselas 30.10.2003. COM (2003) 650 final, p. 7.

¹¹ Así lo ponen de manifiesto Barnes, C. y Mercer, G., *Disability, work, and welfare: challenging the social exclusion of disabled people*, cit., p. 534.

¹² Wells, K., *The impact of the Framework Employment Directive on UK disability discrimination law*, *Industrial Law Journal*, 32 (4), 2003, p. 256.

¹³ Barnes, C., *A working social model? Disability, work and disability politics in the 21 st century*, *Critical Social Policy*, 2000, 20, pp. 447–448.

refleja los orígenes de la discapacidad que concibe la misma como un problema personal del individuo, directamente causado por sus limitaciones y no referido a ningún factor externo¹⁴.

En esta dirección, las palabras del Tribunal Comunitario son esclarecedoras en el sentido que frente a la interpretación restrictiva británica apoya una concepción amplia del ámbito subjetivo protegido por la Directiva Comunitaria que no sólo comprende a la persona efectivamente discapacitada sino que también protege a los trabajadores que tienen hijos discapacitados a su cuidado que precisamente por razón de la discapacidad de sus hijos sufran tratos discriminatorios en el empleo. Los objetivos de la Directiva Marco sobre la Igualdad no son respetados por el sistema vigente británico y entran en conflicto con éste al recoger una definición de la discapacidad que por su carácter restrictivo y esencialmente médico no resulta suficiente para combatir la discriminación por razón de la discapacidad.

La interpretación formulada constituye, según nuestra opinión, un avance muy significativo del modelo social de discapacidad que en esta ocasión extiende su tutela a los cuidadores. Se amplía el ámbito de protección de la norma comunitaria a los cuidadores que se ven afectados negativamente en el empleo por la discapacidad de las personas a las que prestan cuidados y asistencia. Lo que se comprende si se atiende a la complejidad del fenómeno de la discapacidad donde hay al menos dos sujetos implicados en la relación; el que necesita y el que es necesitado, siendo este último en muchas ocasiones discriminado en el empleo. Precisamente, por tales motivos, algunos autores habían demandado con anterioridad al fallo comunitario la extensión del estatuto de discapacitado a sus cuidadores¹⁵.

Pero, más allá de este análisis, se debe advertir en este punto del control que ha ejercido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la calidad de la norma de incorporación. Esto es, junto al control puramente formal de transposición de la norma comunitaria en el plazo estipulado, se debe poner de relieve el principio de calidad de la norma de incorporación que se traduce en la exigencia de que la Directiva se incorpore a un texto que regule de manera completa la materia de que se trate, sin lagunas ni omisiones¹⁶. Apli-

¹⁴ Wells, K., *The impact of the Framework Employment Directive on UK disability discrimination law*, cit., pp. 253–256.

¹⁵ El perfil social del cuidador es el de una mujer, que tiene una edad intermedia entre 50 y 60 años como promedio, no tiene empleo, si antes lo tuvo, ha tenido que abandonarlo y que dedica más de 40 horas semanales al cuidado del dependiente, asumiendo casi en exclusiva el cuidado del mismo, Durán Heras, M^a A., *Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años*, cit., pp. 59 y 60.

¹⁶ Pascua Mateo, F., *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, Madrid, Civitas, 2006, p. 276.

cando el referido principio, el Tribunal de Justicia rechaza de plano los actos de incorporación parcial de las Directivas comunitarias, así como también, las incorporaciones que sean contrarias a los fines y espíritu del Derecho comunitario. Con todo ello, se pone de relieve que el margen de maniobra que se reconoce a los Estados miembros no es discrecional, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia¹⁷. La libertad interpretativa del legislador nacional queda condicionada por el deber de incorporar el contenido completo de la norma objeto de transposición, lo que supone también el respeto del espíritu y finalidad de dicha norma¹⁸.

3.2. El reconocimiento de la doctrina de la discriminación transferida

No cabe duda que cuando un individuo experimenta situaciones de discriminación debido a que él posee una de las características recogidas en las Directivas Comunitarias (sexo, raza, discapacidad, etc.), el Derecho Comunitario y, de forma derivada, las leyes internas de los Estados Miembros contienen mecanismos para erradicar tales prácticas. Sin embargo, hasta ahora no se había planteado, al menos en el ámbito de la Unión Europea, qué ocurre en la situación en la que un sujeto experimenta discriminación no debido a las características que él o ella posee, tales como su propia discapacidad, origen étnico o religión, sino debido a la relación que mantiene con alguien que posee tales características. Esto es, se trata del supuesto donde el sujeto A discrimina contra el sujeto B a causa del vínculo de B con el sujeto C. Esta nueva forma de discriminación es lo que se ha denominado discriminación transferida (*transferred discrimination*) y la cuestión que se plantea aquí es si tal situación está protegida por el Derecho Comunitario.

3.2.1. Orígenes y desarrollo de la discriminación transferida

Los orígenes de la doctrina de la Discriminación Transferida se hallan en la propia legislación británica y en su desarrollo por los Jueces y Tribunales. La doctrina de la discriminación transferida surge de una sutil diferencia en el lenguaje usado en la definición de la discriminación directa en la norma británica que se dirige a combatir la discriminación por razón de raza, *The Race Relations Act 1976*. Esta diferencia en el lenguaje con respecto a otras normas

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, asunto C-377/98.

¹⁸ Pascua Mateo, F., *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, cit., p. 294.

con finalidad semejante, como por ejemplo la norma contra la discriminación por razón de sexo, ha creado la posibilidad que la discriminación directa por raza pueda ser alegada cuando una persona alega que ha sido discriminado por razón de la raza de un tercero.

Si bien es cierto que la legislación no establece explícitamente que la discriminación transferida es protegida, los Tribunales ingleses han interpretado que la prohibición de discriminación por razón de la raza tutela tales modalidades de discriminación. A través de una formulación amplia de la expresión “on racial grounds” se alcanza la conclusión por los Tribunales de que tales normas protegen tanto a la persona que posee las características calificadas como discriminatorias como también a otros sujetos vinculados con los primeros. Precisamente, en el Caso *Showboat Entertainment Centre Ltd. V. Owens* el Employment Appeals Tribunal señaló que el término “on racial grounds” protege tanto los casos en los que la discriminación ocurre sobre la base de las características de la raza del trabajador como aquéllos otros en los cuales la discriminación acontece sobre la base de las características de otros¹⁹.

En definitiva, en el Reino Unido la cuestión de la discriminación transferida ha sido explícitamente introducida en el ámbito de la legislación a través del Case Law en los supuestos de discriminación por razón de la raza, orientación sexual, religión o creencia. La norma aprobada sobre orientación sexual y religión o creencias sigue el texto de la norma sobre la raza y en consecuencia adopta un enfoque similar. La *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003* utiliza una redacción semejante a la empleada en la *Race Relations Act 1976* permitiendo entonces que los casos de discriminación transferida formen parte del campo de aplicación de esta ley. El uso de la expresión “on the grounds of sexual orientation/religion or belief” (en vez de “on the grounds of his/her sexual orientation/religion or belief”) adopta la fórmula usada en la norma sobre la raza que, como se ha dicho, ha sido interpretada ampliamente por los Jueces y Tribunales. Esta elección de las palabras “on the grounds of sexual orientation/religion or belief” se ha calificado de deliberada e intencionada para incluir la discriminación transferida. Lo que por otra parte es confirmado en las notas explicativas de esta nueva regulación donde se señala que: “la discriminación directa protege la discriminación contra una persona por razón de su orientación sexual/religión o creencia o de alguien con el que está asociado. Por ejemplo, un trabajador podría ser tratado menos favo-

¹⁹ [1984] 1 WLR 384. Forshaw, S. y Pilgerstorfer, M., *Taking Discrimination Personally? An analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination*, King’s Law Journal, 19, 2008, p. 268.

rablemente por razón de la religión de su compañero, o porque su hijo es gay”²⁰.

Resulta interesante poner de relieve aquí que frente a las regulaciones expuestas en materia de raza, orientación sexual y creencias religiosas, la Disability Discrimination Act 1995 no recoge la discriminación transferida. Esto significa que, por ejemplo, cuando un trabajador es despedido porque tiene un hijo discapacitado, éste trabajador no tiene la posibilidad de impugnar el despido alegando las disposiciones contenidas en la Disability Discrimination Act 1995.

De todo lo expuesto, cabe deducir que la regulación británica no adopta un enfoque coherente en todas las normas que prohíben la discriminación por lo que se refiere a la discriminación transferida. Parece que no hay protección común para tal discriminación en la Sex Discrimination Act 1975, la Disability Discrimination Act 1995 y la Age Regulations pero que sí se permite una aplicación amplia de esta doctrina en la Race Relations Act 1976 y la Sexual Orientation and the Religion or Belief Regulations 2003.

Es evidente que, tras el fallo judicial comunitario, en el Derecho de la Unión Europea existe el concepto de discriminación transferida, al menos por lo que se refiere a la discapacidad. El Caso Coleman reconoce por primera vez como una materia propia del Derecho Comunitario, la noción de discriminación por transferencia. Pero, incluso con anterioridad a dicha Sentencia, cabía defender la existencia de tal concepto por los siguientes argumentos. En primer lugar, cabe alegar que la definición de discriminación directa en las Directivas 2000/78 y 2000/43 es materialmente idéntica a la recogida en la norma británica, Race Relations Act 1976. Conviene recordar en este punto que el artículo 2, apartado 1, de las citadas Directivas, define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. Añade el apartado 2 que existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1.

En segundo lugar, la tesis que sostiene que la discriminación por asociación es tutelada en determinadas circunstancias por las citadas Directivas es compartida también por la Comisión Europea. Así se deduce al menos de la lectura del Informe Anual de 2005 referido a la Igualdad y no Discriminación, que señala que el propósito de estas Directivas es “proteger a todos contra la

²⁰ DTI, Explanation of the Provisions of the Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 and Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, [23]. Puede consultarse en: <http://www.berr.gov.uk/files/file29350.pdf>.

discriminación por razón de la raza u origen étnico, sus creencias, su edad, su orientación sexual o cualquier discapacidad que padezcan...Esto se aplica igualmente a cualquiera que es discriminado por razón de su asociación con las personas de cierta raza, religión, orientación sexual, etc.”²¹.

En tercer lugar, cabe destacar que abunda más en la idea expuesta que en algunos países comunitarios se ha incluido la discriminación transferida bien a través del acto de transposición de las Directivas Comunitarias o la interpretación posterior que se ha dado por los Tribunales a esta legislación nacional de transposición. Así, por ejemplo, las legislaciones contra la discriminación de Suecia e Irlanda se modificaron en 2003 y 2004 respectivamente con el propósito de adaptarlas al texto de las normas europeas y ambas normas prohibieron la discriminación por asociación. Concretamente, la norma irlandesa, la Employment Equality Act 1998–2004, establece que: “*A los propósitos de esta norma... la discriminación ocurre cuando...(b) una persona es asociada con otra persona– Es tratada por virtud de la asociación, menos favorablemente que una persona que no es asociada, ha sido o sería tratada en una situación comparable*”. Por lo que se refiere a la legislación sueca, la Prohibition of Discrimination in Working Life of People with Disability Act, prohíbe que “*un empresario rechace una solicitud de empleo o trate a un trabajador peor que a otros, de lo que sería tratado otra persona en una situación comparable, cuando la desventaja esté conectada a la discapacidad*”. Normas parecidas pueden encontrarse en la legislación sueca relativa a la discriminación por razón de la etnia, religión o creencia, y orientación sexual²².

En definitiva, la ausencia de definiciones en la Directiva 2000/78 concede un considerable potencial al Tribunal Comunitario para desarrollar el derecho

²¹Equality and non-Discrimination Annual Report 2005. European Commission. http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/annualrep05_en.pdf. Vid. Waddington, L., *Protection for family and Friends: Addressing Discrimination by Association*, European Anti-Discrimination Law Review, Issue N. 5, 2007, pp. 15–16.

²²Otros países han incluido la prohibición de discriminación pero en este caso limitando explícitamente dicha prohibición a la discapacidad, mientras que no han otorgado una atención similar a otras formas de discriminación por asociación. La razón de esta opción se debe al particular riesgo de discriminación que tienen aquellos que facilitan cuidados o asistencia a las personas con discapacidad, así como también la necesidad de promover la provisión de asistencia a los individuos con discapacidad. Las Leyes austríacas, Disability Equality Act and Act on the Employment of People with Disabilities extienden la protección de la discriminación a aquellos que son requeridos para realizar deberes de cuidado en relación con miembros de su familia o compañeros con una discapacidad. Una motivación similar se observa en la legislación francesa que ha extendido el derecho a una específica forma de ajustes razonables a los familiares de las personas con discapacidad bajo determinadas circunstancias. El objetivo de tal ajuste es permitir a los miembros de la familia apoyar a los individuos con discapacidad, Waddington, L., *Protection for family and Friends: Addressing Discrimination by Association*, cit., pp. 17–20.

a la igualdad de las personas discapacitadas en el empleo. El Tribunal Comunitario puede asegurar la más amplia protección para la discriminación “on grounds of disability” desarrollando un poco más el modelo social de la discapacidad²³. Esto es lo que ha ocurrido precisamente en el Caso Coleman. Aunque las Directivas no confieren de forma explícita protección a los individuos discriminados por asociación, simplemente interpretando la expresión “on grounds of” a la luz del significado actual, la protección de la discriminación directa se ha extendido a los individuos que experimentan desventajas basadas en la asociación con otra persona. Un trabajador que es discriminado porque tiene un hijo con discapacidad es, después de todo, discriminado “on the grounds” de la discapacidad.

3.2.2. *Las diferentes manifestaciones de la discriminación transferida y el alcance de la doctrina*

La problemática de la discriminación transferida no es del todo sencilla porque, debido a su novedad, suscita importantes interrogantes pendientes de solución. En primer lugar, debemos advertir que bajo esta categoría cabe identificar diferentes formas de discriminar y que, en principio, todas ellas son conductas discriminatorias²⁴. La primera modalidad aglutina los supuestos de discriminación por asociación (Discrimination by Association), entendiéndose por tales las situaciones en las que un individuo es discriminado por razón de la discapacidad de otro con el que se encuentra vinculado. El caso Coleman encaja en esta modalidad y es el supuesto que ha sido expresamente tutelado por la reciente jurisprudencia comunitaria.

A su vez, se debe hacer referencia a los casos que implican órdenes discriminatorias (Discriminatory Instructions). Se trata del supuesto en el que un individuo es objeto de un perjuicio o es despedido como resultado de incumplir una orden discriminatoria. Un ejemplo es el caso británico *Showboat Entertainment Centre Ltd v. Owens* donde Owens alega que ha sido despedido porque ha rechazado cumplir una orden discriminatoria por razón de raza que consistía en excluir a las personas de una particular etnia del centro de entretenimiento de su empleador. Owens presentó una reclamación de discriminación por razón de raza. El Tribunal afirmó que la frase “on racial grounds” es

²³ Wells, K., *The impact of the Framework Employment Directive on UK disability discrimination law*, cit., p. 262.

²⁴ Las diferentes manifestaciones son expuestas y desarrolladas en el trabajo de Pilgerstorfer, M. y Forshaw, S., *Transferred Discrimination in European Law*, *Industrial Law Journal*, Vol. 37, No. 4, 2008, pp. 390–392.

susceptible de ser interpretada de forma restrictiva con el resultado de que sólo se aplica a la raza del individuo objeto de un trato menos favorable, o, alternativamente, cabe una interpretación más amplia, que podría referirse a la raza de alguien diferente del individuo objeto de un trato menos favorable. El Tribunal dictaminó que la segunda de las interpretaciones era la correcta. En palabras del Tribunal “ciertamente el principal objetivo de la legislación es dar protección a los discriminados por razón de sus propias características de raza. Sin embargo, la expresión “on racial grounds” es perfectamente adecuada en su sentido ordinario para proteger cualquier acción discriminatoria basada en la raza”.

En este punto, conviene subrayar que la doctrina que fue originariamente diseñada para articular un mecanismo de tutela para aquellos supuestos donde un individuo es discriminado por asociación con otro que posee las características protegidas ha sido ampliada en una serie de casos relativos a individuos que han sido despedidos u objeto de un perjuicio con motivo de la negativa a ejecutar una orden discriminatoria dictada por su empresario. La doctrina británica califica este desarrollo de poco afortunado porque abre la puerta a una interpretación extremadamente amplia de la discriminación transferida que va más lejos de la intención del Parlamento cuando éste aprobó la legislación contra la discriminación²⁵. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho Comunitario, no cabe duda que se trata de un supuesto protegido por la norma. Conviene recordar que la Directiva 2000/78 en su artículo 2.4 establece que “toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1”.

En segundo lugar, el caso Coleman se refiere a la discapacidad pero cabe plantear si la doctrina sentada en este supuesto es trasladable al resto de las causas de discriminación (por origen racial o etnia, religión, orientación sexual, etc.) o por el contrario limita su campo de aplicación a la discapacidad. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha aclarado nada al respecto. Sin embargo, los argumentos expuestos en la Sentencia Comunitaria son perfectamente trasladables al resto de las causas de discriminación. En concreto, la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, emplea la misma fórmula amplia en la definición de la discriminación objeto de tutela por la norma. Dicha norma define en el artículo 2, párrafo 1, el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico. A su vez, el párrafo segundo

²⁵ Forshaw, S. y Pilgerstorfer, M., *Taking Discrimination Personally? An analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination*, cit., p. 291.

del mismo artículo señala que “a efectos del apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”. Siguiendo el razonamiento del Tribunal Comunitario, la Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en la misma. En este punto, conviene recordar de nuevo el Informe de 2005 referido a la Igualdad y no Discriminación que refuerza la argumentación expuesta al señalar que la Directiva 2000/43 junto con la Directiva 2000/48 se aplican también a cualquiera que es discriminado por razón de su asociación con las personas de cierta raza, religión, orientación sexual, etc.

3.3. Los efectos del caso Coleman en España

El análisis del bloque normativo relativo a la discapacidad pone de relieve un ligero avance en nuestro país desde el modelo rehabilitador hacia el modelo social de discapacidad. Esto significa que algunas parcelas de este conjunto de normas conservan la lógica asistencial o rehabilitadora para combatir la exclusión de las personas discapacitadas del empleo. Así, por ejemplo, la definición de minusválido que recoge la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos, adopta una ideología netamente rehabilitadora porque la norma concibe que la disminución de las posibilidades de integración laboral o social de una persona con discapacidad es la consecuencia directa y exclusiva de una deficiencia. En la misma dirección, supedita la integración de las personas con discapacidad a la rehabilitación, siendo ésta una de las características del modelo rehabilitador. Con ello, excluye toda consideración de las carencias o falta de adaptación de la propia sociedad y del entorno²⁶.

Frente a ello, la Ley 51/2003, de 3 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, desde la propia Exposición de Motivos, reconoce que las desventajas que muchas veces padece la persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales pero también— y sobre todo— en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos. Siguiendo esta lógica, las medidas previstas son la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal.

²⁶ Palacios, A., *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el Derecho Español*, en AA.VV. Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina, Madrid, Dykinson, 2007, espec., pp. 268–305.

A los efectos de este Comentario, se debe prestar una especial atención a la noción de discriminación adoptada por las normas nacionales de transposición de la Directiva 2000/78 con el propósito de verificar si se ha incluido expresamente la discriminación transferida, tal y como han hecho otros países europeos. En este sentido, la Ley 51/2003 en su artículo 1 señala que tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Define la igualdad de oportunidades como la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social. Más adelante, el artículo 6 de la citada ley clarifica que las medidas contra la discriminación son aquellas que tienen por finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable.

En parecidos términos, la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduce numerosas modificaciones para adaptar la legislación laboral a las directrices comunitarias. Las más importantes se refieren a la modificación del párrafo c) del apartado 2 del artículo 4 del ET que añade la razón de la discapacidad entre las causas ilegítimas de diferenciación de trato. Se modifica asimismo el artículo 17, apartado 1, al declararse nulos y sin efecto alguno los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de la discapacidad. La Ley introduce en el apartado 2 del artículo 54 la figura del acoso mediante la prohibición del mismo por razón de discapacidad sea al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Se modifica también el artículo 96 de la LPL introduciendo la inversión de la carga de la prueba, de forma que en aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá al empresario la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

De todo lo expuesto, cabe deducir que la legislación española de transposición de la Directiva 2000/78 no ha reconocido de forma explícita la doctrina de la discriminación transferida, a diferencia de la experiencia comparada analizada. Pero tampoco ha optado por restringir el principio de igualdad de trato y no discriminación a las personas discapacitadas como por ejemplo sí hizo Gran Bretaña. La norma española utiliza la fórmula amplia al igual que la Directiva comunitaria, prohibiendo la discriminación que tenga su causa en una discapacidad.

Lo que parece claro es que a partir del fallo comunitario debe prevalecer una interpretación amplia de esta normativa que comprenda los tratamientos peyorativos que se fundamenten no sólo en la pura y simple constatación de la discapacidad de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tenga con la discapacidad de una persona una conexión directa e inequívoca. Con todo ello, se ofrecen nuevas pautas de análisis a las situaciones laborales que incidan no ya exclusivamente sobre los trabajadores discapacitados sino también sobre aquellos otros estrechamente vinculados con los primeros y que son también víctimas de discriminación. La interpretación formulada contribuye a reforzar la perspectiva constitucional de aquellas prácticas de empresa que afecten a los trabajadores–cuidadores de hijos o familiares con discapacidad y que supongan desigualdades de trato sin una justificación objetiva y razonable. El rechazo injustificado en los procesos de selección, el cambio de puesto de trabajo a otro con requerimientos funcionales y de responsabilidad muy inferiores tras la finalización del permiso por maternidad, o en fin, las decisiones disciplinarias (como el despido) por razón de la discapacidad de su hijo o familiar deberán ser objeto de revisión bajo los parámetros del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación.