

# LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD: UN FRÁGIL PUENTE ENTRE EL DERECHO EUROPEO Y LA CONSTITUCIÓN

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Cádiz

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Igualdad de trato, discriminación, eficacia de las normas

Este estudio analiza globalmente la eficacia de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, en relación con las funciones preventiva, tutelar y promocional de la normativa antidiscriminatoria. Para ello, parte de la idea de que esta ley tiene el reto de articular dos modelos de regulación muy diferentes: el modelo particularista del Derecho de la Unión Europea y el modelo universalista de la Constitución Española y los tratados multilaterales de Derechos Humanos, con objeto de aprovechar las ventajas y sortear las desventajas que presenta cada uno de ellos.

Desde esta perspectiva, el defecto fundamental de la nueva ley es la ausencia de un concepto realmente “integral” de discriminación netamente diferenciado del principio de igualdad formal, lo que resulta particularmente necesario en un modelo universalista que tiene una cláusula abierta para determinar las causas de discriminación. Fruto de este error, el esquema de justificación de la discriminación indirecta se termina trasladando a las distinciones directas, en abierta contradicción con la normativa de la UE y la jurisprudencia constitucional. Aunque este trabajo es fundamentalmente valorativo, en él se abordan algunos problemas interpretativos que la ley ha generado desde el primer momento, como la incorporación de la “enfermedad” como causa de discriminación o la referencia no del todo explicada a las “acciones de intolerancia”.

## ABSTRACT

**Keywords:** Equality of treatment, discrimination, efficacy of law

This study globally analyzes the effectiveness of the Spanish “Equality of Treatment and Non-Discrimination Comprehensive Act” (15/2022), regarding the preventive, protective and promotional functions of anti-discrimination regulations. To do this, it starts from the idea that this norm has the challenge of connecting two very different regulation models: the particularist model of European Union Law and the universalist model of the Spanish Constitution and the multilateral human rights treaties. This would be appropriate in order to take advantage of the benefits and overcome the weaknesses of each one of them.

From this perspective, the main shortcoming of this new regulation is the absence of a truly “comprehensive” concept of discrimination clearly differentiated from the principle of formal equality, which is particularly necessary in a universalist model that has an open clause for determining discrimination causes. As a result, the justification mechanism applied for indirect discrimination is transferred to direct distinctions, which is at odds with EU regulations and constitutional case-law. Although this work is fundamentally evaluative, it addresses some interpretive problems that the law has generated from the beginning, such as the incorporation of “disease” as a cause of discrimination or the reference to “intolerance actions”.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ESPACIO DE REGULACIÓN DE LA LEY 15/2022
  - 2.1. Paradigmas para contemplar la discriminación y modelos abstractos de regulación
  - 2.2. El marco constitucional de la prohibición de discriminación
  - 2.3. El marco del Derecho de la Unión Europea
  - 2.4. Retos para la regulación legal
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN Y LA INCORPORACIÓN DE “NUEVAS” CAUSAS
4. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN
  - 4.1. La disolución de la discriminación directa en el principio de igualdad
  - 4.2. Otras conductas discriminatorias
5. LOS LÍMITES A LA FUNCIÓN PROMOCIONAL EN UNA LEY UNIVERSALISTA
6. CONCLUSIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación culmina un largo proceso que se inició en mayo de 2011 con un proyecto de ley del Grupo Parlamentario Socialista, que sufrió diversos avatares parlamentarios y tuvo que ser presentado en varias ocasiones hasta que finalmente se ha conseguido su aprobación definitiva<sup>1</sup>. La insistencia con la que se ha mantenido la propuesta está, en este caso, plenamente justificada, puesto que nuestro ordenamiento jurídico carecía de una ley general de desarrollo del art. 14 CE. Ciertamente, nuestro sistema contaba ya con normas completas y detalladas en relación con la igualdad entre hombres y mujeres y la inclusión de las personas con discapacidad, pero esta regulación era claramente insuficiente respecto a las demás causas de discriminación, incluyendo aquellas que se especifican en las directivas antidiscriminatorias. En efecto, como es sabido, la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE se realizó de manera forzada y un tanto “desganada” a través de algunos preceptos aislados de la Ley 62/2003, una discreta norma de acompañamiento a los presupuestos en la que se regulan también otras muchas materias más bien coyunturales y con poca vocación de permanencia. Sin duda resultaba muy rechazable la falta de visibilidad de la regulación de un derecho que constituye uno de los ejes esenciales de un

<sup>1</sup> Puede obtenerse una información muy completa acerca de este largo proceso de elaboración de la ley desde el primer proyecto en 2011, de los debates parlamentarios actuales y de las primeras lecturas doctrinales “de emergencia” en el artículo de Rojo Torrecilla, “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral” (publicado en academia.eu):

<[https://www.academia.edu/85113700/Examen\\_de\\_la\\_Ley\\_de\\_igualdad\\_de\\_trato\\_y\\_no\\_discriminaci%C3%B3n\\_con\\_especial\\_atenci%C3%B3n\\_al\\_contenido\\_laboral](https://www.academia.edu/85113700/Examen_de_la_Ley_de_igualdad_de_trato_y_no_discriminaci%C3%B3n_con_especial_atenci%C3%B3n_al_contenido_laboral)> [última visita, 29-10-2022].

Estado social y democrático en una sociedad plural como la nuestra, al margen de que el contenido de esta apresurada normativa era parcial y bastante criticable, si se pretendía con ella sentar las bases esenciales de la convivencia ciudadana. Asimismo, hemos de recordar que la prohibición constitucional de discriminación se refiere a “cualquier circunstancia personal o social”, de modo que se hacía indispensable contar con una normativa básica e integral, destinada a luchar contra todas las formas de discriminación, con independencia de la causa. Por todo ello, no cabe duda de que la promulgación de la nueva ley es una buena noticia.

En este estudio nos proponemos, sin embargo, analizar críticamente esta ley para valorar en qué medida su regulación es adecuada para cumplir eficazmente con sus loables propósitos. Normalmente, la normativa antidiscriminatoria cumple tres finalidades o funciones: preventiva, tutelar y promocional<sup>2</sup>. La función preventiva o simbólica consiste en establecer parámetros claros que permiten identificar la conducta a evitar y combatir las pautas que la reproducen, facilitando así el cumplimiento espontáneo de la norma por parte de sus destinatarios, sin necesidad de acudir a un proceso judicial o procedimiento administrativo. La función tutelar se refiere a la identificación de los supuestos de discriminación en sede judicial o administrativa, con objeto de eliminarlos y compensar adecuadamente a las víctimas. La función promocional alude a las medidas que asumen un papel activo en la remoción de los obstáculos materiales o sociales para la igualdad entre los individuos y los grupos. Aunque lógicamente no se utiliza expresamente esta terminología, las tres referidas finalidades aparecen de algún modo recogidas en la Exposición de Motivos.

La tesis que defendemos en este artículo es que, para cumplir adecuadamente con estas finalidades, la Ley 15/2022 tenía el reto de articular dos modelos de regulación antidiscriminatoria muy distintos que, de un modo u otro, al margen del contenido de las normas de rango legal, imponen ya obligaciones directas a los operadores jurídicos: el modelo constitucional y el modelo de la Unión Europea. Una conexión adecuada entre estos dos niveles de regulación permitiría aprovechar las potencialidades de cada uno de estos sistemas y, al mismo tiempo, suplir sus carencias. Desde esta perspectiva, hemos identificado disfuncionalidades muy importantes, especialmente en lo que respecta a la diferenciación adecuada entre el principio de igualdad formal y la prohibición de discriminación grupal, sobre las que se va a enfocar nuestro análisis. El discurso se centrará, por tanto, fundamentalmente en los aspectos que consideramos más criticables o mejorables de la ley, poniendo un menor énfasis en los elementos positivos, sin que ello suponga una valoración global negativa de esta ley que resultaba tan necesaria. Por

<sup>2</sup> Vid. Álvarez Alonso D., y Álvarez del Cuvillo, A., “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, 2006, p. 99-1000. Aquí pueden encontrarse también sustancialmente los elementos definitorios del concepto de discriminación que defendemos.

otra parte, no pretendemos hacer un análisis exhaustivo o pormenorizado de esta ley, sino que nos dedicaremos exclusivamente a los aspectos que se vean de algún modo afectados por este argumento central.

## 2. EL ESPACIO DE REGULACIÓN DE LA LEY 15/2022

### 2.1. Paradigmas para contemplar la discriminación y modelos abstractos de regulación

En términos generales podríamos decir que existen dos grandes paradigmas para abordar la prohibición de discriminación: la perspectiva individualista y la perspectiva social<sup>3</sup>. La perspectiva individualista generalmente se enfoca en el perjuicio particular sufrido por las personas que son tratadas peor que otras en base a un motivo arbitrario o ilegítimo y, por tanto, tiende a mantenerse dentro de la lógica del principio de igualdad formal. Por su parte, la perspectiva social pone énfasis en el papel que desempeña la conducta discriminatoria en la reproducción de las desigualdades sistemáticas que sitúan a determinados grupos sociales en una posición estructural de subordinación o exclusión, por lo que lógicamente se ubica en el ámbito de la igualdad material o sustancial. En realidad, estas dos perspectivas normalmente no aparecen completamente dissociadas, sino que se entrelazan y combinan en distintas proporciones en los textos normativos, la doctrina académica, las resoluciones judiciales y el discurso y la práctica de los operadores jurídicos.

El carácter híbrido del concepto de discriminación es fruto de su génesis histórica. En efecto, como es sabido, la prohibición de discriminación surge del principio de igualdad formal proclamado en las primeras constituciones liberales, pero al mismo tiempo es una consecuencia de su ineficacia para garantizar la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos frente a determinadas desigualdades sistemáticas de base grupal firmemente arraigadas en la sociedad. Ahora bien, a pesar de esta finalidad, la formulación concreta de las normas antidiscriminatorias se termina expresando a través de las categorías individualistas de la ideología jurídica dominante, retornando así en parte a los mecanismos clásicos del principio de igualdad formal, lo que, en ocasiones termina desactivando el potencial emancipador de los grupos sociales subordinados que está de algún modo inserto

<sup>3</sup> Esta distinción se basa en la elaborada por MacKinnon, C., *Sexual Harassment of Working Women: a Case of Sex Discrimination*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1979, pp. 107 y ss, respecto a la discriminación por razón de sexo, que utiliza los términos “*sex differences approach*” y “*sex inequality approach*”. El desarrollo con arreglo a la terminología que aquí se utiliza puede encontrarse en Álvarez del Cuvillo, A., “El problema de la discriminación inversa: ¿es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?”, *Trabajo, Derecho, Persona, Mercado*, nº 5, 2022, pp. 188-191.

en la prohibición de discriminación. Así, aunque las normas antidiscriminatorias surgen invariablemente de una conciencia del legislador de las desigualdades estructurales realmente existentes, a menudo su redacción concreta las invisibiliza, sustituyendo las referencias a los grupos sociales victimizados por categorías abstractas aparentemente neutras y los órganos judiciales a menudo interpretan estos términos en clave formalista, sacándolos de contexto<sup>4</sup>.

Como consecuencia de ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, estas dos dimensiones de la discriminación se solapan de manera inconexa, generando multitud de problemas interpretativos y de eficacia de la tutela. Por eso, entendemos que una de las funciones esenciales de una ley de igualdad integral y no discriminación es la de articular adecuadamente estas dos perspectivas, estableciendo parámetros para distinguir entre la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, lo que requiere especificar cómo se conjugan en esta última el perjuicio individual de la víctima y el perjuicio social del grupo con el que de algún modo se le relaciona.

En otro orden de cosas, es posible caracterizar dos modelos abstractos de regulación de la prohibición de discriminación que podríamos denominar “modelo universalista” y “modelo particularista”<sup>5</sup>.

En el “modelo universalista”, la prohibición de discriminación es un derecho humano básico que corresponde a todas las personas, sin ninguna excepción y que

<sup>4</sup> Podemos encontrar ejemplos muy claros en el derecho norteamericano. Así, por ejemplo, la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos se dirigía en gran medida a imponer a los estados confederados un tratamiento equitativo de la población negra que había estado sometida a la esclavitud antes de la Guerra Civil. Sin embargo, se expresa como un principio abstracto de igualdad en el contenido de la ley, que no hace mención expresa al problema que le dio origen; esta regla formal no impidió, en definitiva, las leyes segregacionistas de los Estados del sur, en la medida en que el Tribunal Supremo norteamericano interpretó que la igualdad formal podía garantizarse efectivamente en un contexto de separación material de las razas. Otro ejemplo muy ilustrativo es el de la prohibición de “acoso sexual”, puesto que esta categoría surge explícitamente en el seno del movimiento feminista para afrontar los problemas que sufren las mujeres en el entorno laboral; en los primeros casos que se llevaron a juicio, algunos tribunales consideraron -en una lectura extremadamente formalista- que el acoso sexual no era discriminatorio y, por tanto, no desencadenaba responsabilidades empresariales, porque no afectaba a todas las mujeres, sino solo a aquellas que no aceptaban las proposiciones sexuales de sus superiores. Posteriormente, los órganos jurisdiccionales y el propio Tribunal Supremo terminaron asimilando esta categoría de origen feminista, interpretando que el “acoso sexual” es discriminatorio, pero para conseguir este propósito han tenido que utilizar una argumentación muy formalista y un tanto alambicada sostenida sobre la orientación sexual: dado que la mayoría de los agresores son heterosexuales o, en su caso, homosexuales, el sexo de la víctima, considerado en abstracto y al margen de todo condicionamiento social, se convierte en una característica sin la cual el acoso no se hubiera producido. En esta construcción, las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y en el seno de la sociedad, permanecen invisibles porque la norma las tiene en cuenta, pero no las reconoce en su expresión concreta.

<sup>5</sup> Para ello hemos tomado como punto de partida la distinción que se hace respecto a las aproximaciones a la prohibición de discriminación en tre los sistemas jurídicos que tienen “*Civil*

tiene que abarcar todas las causas de discriminación posibles, incluyendo las que pudieran surgir en el futuro, sin que, en principio, ninguna sea más importante que otra o deba tener un régimen jurídico distinto. Su aplicación debe ser uniforme, homogénea y sistemática, puesto que se deduce de principios generales y abstractos.

En cambio, en el “modelo particularista”, la protección va a apareciendo de manera segmentada, colectivo por colectivo, al hilo de las luchas y presiones políticas, a veces en normas distintas, sin incluir en ningún caso todas las causas de discriminación posibles. La normativa tiende a justificarse en la voluntad política del legislador y no tanto en principios abstractos superiores a ella, por lo que no es necesario mantener especial coherencia en la regulación aplicable. Así, puede haber regímenes jurídicos muy diferentes para cada una de las causas de discriminación reconocidas por el ordenamiento o, por otra parte, pueden incorporarse excepciones expresas a la igualdad de trato que derivan simplemente de la coyuntura política o económica de cada momento y no de la aplicación de una pauta general a la realidad de una causa determinada.

Ambos modelos presentan ventajas e inconvenientes desde el punto de vista de la eficacia de la tutela antidiscriminatoria. El modelo universalista, en comparación con el particularista, resulta mucho más flexible para acoger nuevas causas de discriminación que puedan aparecer y, asimismo, evita los agravios comparativos que pudieran producirse por la existencia de regímenes jurídicos diferenciados respecto a distintas causas de discriminación, impidiendo así que la coyuntura política o la conveniencia del momento histórico afecte a la eficacia de los derechos humanos básicos. Sin embargo, los parámetros puramente abstractos tienen un riesgo mucho mayor de quedar desconectados de las necesidades de la realidad, brindando una protección puramente formal e imaginaria; así, en el modelo universalista es más fácil que la prohibición de discriminación se termine diluyendo en el principio de igualdad formal, convirtiéndose en una previsión puramente teórica que a menudo no se proyecta realmente sobre las relaciones entre particulares o que no puede tomar en consideración las particularidades derivadas de las situaciones reales de desigualdad que existen en la sociedad. En cambio, el modelo particularista es más apropiado para abordar las especificidades que presentan las distintas causas de discriminación en la realidad social a través de mecanismos como los “ajustes razonables”, la “transversalidad de género”, la “gestión de la diversidad” o la “acción positiva”, pero implica un riesgo de que el ordenamiento favorezca únicamente a los grupos sociales que tienen mayor capacidad de presión política, abandonando a los que se encuentran en una situación más precaria, que son precisamente los más necesitados de protección.

*Law*” y los países con “*Common Law*” que aparece en Schieck, D., Waddington, L., y Bell, M., “Introductory chapter: a comparative perspective of non-discrimination Law”, en *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2007, pp. 13-21.

Una vez más, estos modelos aparecen combinados en la práctica real, si bien se advierte un predominio del modelo universalista en los convenios multilaterales de derechos humanos y en el derecho continental europeo clásico (especialmente en el ámbito constitucional) y un predominio del modelo particularista en los países anglosajones y en la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea, si bien esto último inevitablemente ha afectado a los ordenamientos de los países de Europa continental. Precisamente por ello, la ley integral de igualdad y no discriminación se encuentra en un punto de unión de estos dos modelos de regulación.

## 2.2. El marco constitucional de la prohibición de discriminación

El art. 14 CE, como es sabido concibe la prohibición de discriminación como un derecho constitucional reconocido al máximo nivel, que goza de los mecanismos de garantía propios de los derechos fundamentales básicos (art. 53.2 CE) y al que están sometidos tanto los poderes públicos como los particulares (art. 9.1 CE). Este derecho conecta asimismo con el mandato de promoción de la igualdad sustancial entre las personas y grupos humanos (art. 9.2 CE). Su formulación es abierta, porque el listado de causas no es taxativo, siguiendo la pauta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los convenios multilaterales en esta materia, a los que se remite expresamente (art. 10.2). Por otra parte, la redacción del texto, tanto en el art. 14 CE (“sin que pueda prevalecer”), como en las declaraciones internacionales de derechos humanos apunta a que la prohibición de discriminación no es un principio de maximización que tenga que ponderarse con las posibilidades de lo real y con el resto del ordenamiento jurídico, sino más bien una regla taxativa, que debe aplicarse en todo caso y que, en principio, no admite ninguna excepción, sino que requiere más bien una delimitación del concepto<sup>6</sup>, como sucede, por ejemplo, con la prohibición de tortura y tratos degradantes.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido desde el año 1987 de manera constante y uniforme -al margen de algunas incoherencias terminológicas que no afectan al núcleo de la doctrina-, que la prohibición de discriminación constituye un precepto relativamente autónomo y separado del principio de igualdad, del que se desgaja para afrontar las desigualdades sistemáticas que sufren determinados grupos, que se sitúan en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad humana<sup>7</sup>. Esta distinción no es baladí,

<sup>6</sup> Seguimos aquí la distinción entre “reglas” y “principios” de Alexy, R, *Teoría de los derechos fundamentales* (Ernesto Garzón Valdés, trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (Obra original publicada en 1986), pp. 81-87.

<sup>7</sup> SSTC 128/1987, 168/1988, 19/1989, 145/1991, 229/1992, 173/1994, 240/1999, 200/2001, 39/2002, 17/2003, 27/2004, 161/2004, 175/2005, 182/2005, 41/2006, 342/2006, 3/2007, 233/2007, 59/2008, 62/2008, 176/2008, 36/2011, 51/2011, 63/2011, 79/2011, 116/2011, 104/2014, 66/2015, 31/2018, 91/2019, 74/2020, 172/2021, 67/2022. En el ámbito doctrinal debe destacarse como obra pionera en la generación de esta idea, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, *per totum*

sino que, de acuerdo con la doctrina del TC, desencadena consecuencias jurídicas muy importantes:

- En primer lugar, la prohibición constitucional de discriminación se aplica directamente a los particulares, mientras que el principio de igualdad solo vincula a los sujetos privados en términos muy mediatizados por su desarrollo legal o por su concreción en la costumbre o los principios generales del derecho<sup>8</sup>.
- En segundo lugar, la aplicación del principio de igualdad requiere necesariamente la búsqueda de un término de comparación, mientras que la prohibición de discriminación no necesariamente implica dicha comparación, aunque esta pueda ser utilizada como evidencia<sup>9</sup>.
- En tercer lugar, el principio de igualdad no es una cláusula general de parificación, sino que simplemente impone que las diferencias de trato llevadas a cabo por los poderes públicos no sean arbitrarias, mientras que la prohibición de discriminación impone la parificación “como fin y generalmente como medio”, lo que impide llevar a cabo diferencias de trato fundadas en las causas de discriminación reconocidas en la Constitución o en otras que resulten equiparables<sup>10</sup>. Esto afecta necesariamente a la justificación de las diferencias de trato, que debe responder a un mecanismo necesariamente diferente -y mucho más riguroso- del que opera en sede del principio de igualdad<sup>11</sup>.

En definitiva, nos encontramos ante un modelo universalista, que, sin embargo, establece una diferencia marcada entre el principio de igualdad y la prohibición

<sup>8</sup> SSTC 59/1982 (F3) y 34/1984 (F2); las SSTC 197/2000 (F5), 36/2011 (F2), 62/2008 (F5), 153/2021 [F3b)], 67/2022 (F5) destacan que el principio de igualdad, en el ámbito de las relaciones *inter privados* debe conciliarse con la autonomía de la voluntad. Las SSTC 200/2001 (F4), 59/2008 (F5), 176/2008 (F4), 63/2011 (F3), 67/2022 (F4), entre otras, cuando distinguen entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación manifiestan expresamente que el primero vincula a los poderes públicos, sin hacer mención de los sujetos privados.

<sup>9</sup> “[...] la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas”, SSTC 200/2001 (F4), 59/2008 (F5), 176/2008 (F4), 63/2011 (F3), 67/2022 (F4). Por supuesto, en muchos casos la inexistencia de un término de comparación hará difícil o imposible acreditar la discriminación o imputar la desigualdad a un sujeto responsable, pero esto no implica que sea un elemento definitorio.

<sup>10</sup> SSTC 229/1992 (F.2), 126/1997 (F8), 3/2018 [F.4 a], 31/2018 [F.6a)], 91/2019 [F.4 b], 108/2019 (F.2), 172/2021 [F.3a)].

<sup>11</sup> Ciertamente, el esquema de justificación que utiliza el TC en lo que refiere al principio de igualdad en sentido estricto (justificación objetiva y razonable, adecuación de los medios y proporcionalidad de los resultados respecto a la finalidad perseguida) es básicamente el mismo que emplea el TEDH respecto a la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH (existencia de una finalidad legítima y relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines pretendidos). Sin embargo, hay que tener en cuenta que este último órgano adopta como punto de



de discriminación, de la que se resalta expresamente su dimensión social, porque tiene la finalidad de evitar los procesos sistemáticos o estructurales por los que las personas adscritas a determinados grupos sociales terminan situándose en una situación contraria a la dignidad humana.

Ahora bien, esta doctrina del Tribunal Constitucional genera dos espacios de incertidumbre muy importantes, en los que parece que la ley podría cumplir una función de clarificación y desarrollo. En primer lugar, la distinción marcada entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, unida a la cláusula abierta y al efecto directo del texto constitucional, obliga a establecer un concepto analítico y abstracto de discriminación que permita identificar cuándo una distinción o un comportamiento debe remitirse al sistema de protección reforzado y no al genérico del principio de igualdad; sin embargo, este concepto no se llega a concretar, mientras que la determinación de cuándo unas u otras causas se consideran incluidas en el segundo inciso del artículo 14 CE se lleva a cabo sentencia por sentencia, de manera casuística y sin seguir realmente parámetros sistemáticos y coherentes. En segundo lugar, el esquema cualificado de justificación de las diferencias de trato en las distinciones que se refieren directamente a las causas de discriminación prohibidas no termina de hacerse explícito de manera operativa, precisamente porque el concepto de discriminación tampoco se ha planteado de manera explícita.

### **2.3. El marco del Derecho de la Unión Europea**

La normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea responde básicamente a un modelo particularista debido a la influencia del derecho británico y norteamericano y al hecho de que su ámbito de aplicación se ha ido expandiendo de manera progresiva a partir de una sencilla referencia a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el Tratado de Roma de 1957 que inicialmente tenía una finalidad puramente económica.

Ciertamente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) distingue claramente entre la igualdad ante la ley (art. 20) y la prohibición de discriminación (at. 21) y esta última se expresa como una regla taxativa que no admite excepciones ni ponderaciones y que se refiere a cualquier tipo de causa imaginable (“[...] se prohíbe toda discriminación y en particular [...]”). Todo ello conectaría con el paradigma universalista que se ha generalizado en las

partida una perspectiva individualista, que identifica la discriminación con cualquier desigualdad injustificada, introduciendo en un segundo momento la dimensión social a través de la categoría jurisprudencial- no del todo sistematizada-, de los “grupos vulnerables”. Como regla general se exige un escrutinio más estricto para las diferenciaciones que afectan al sexo o la discapacidad, mientras que, respecto a las clasificaciones raciales o de orientación sexual, en realidad se prohíbe cualquier diferenciación que se base exclusivamente en los criterios de diferenciación prohibidos considerados en sí mismos.

declaraciones multilaterales de derechos humanos. Sin embargo, como es sabido, los derechos reconocidos en la CDFUE solo resultan directamente aplicables en los Estados miembros en el marco de las competencias de la Unión Europea, lo que, en la práctica, requiere que exista en el derecho originario o derivado una norma más concreta que cubra el supuesto de hecho y que sea directamente aplicable<sup>12</sup>.

A este respecto, resulta palpable que, tanto en el derecho originario como en el derecho derivado de la Unión, los términos “igualdad” y “discriminación” se utilizan de manera incoherente con la distinción que se establece en la CDFUE. En primer lugar, en los Tratados se utiliza la palabra “discriminación” para hacer referencia a factores puramente económicos que no guardan ninguna relación con la dignidad humana ni con la protección de los grupos vulnerables<sup>13</sup>. En segundo lugar, se ha desarrollado un importante *corpus* normativo y jurisprudencial en torno al principio de “no discriminación por razón de nacionalidad”, que, si bien ha permitido construir algunas categorías clásicas de la legislación antidiscriminatoria, como la noción de discriminación indirecta, así como combatir determinados comportamientos xenófobos, no puede considerarse en realidad como un “derecho humano”, por cuanto no tiene un carácter universal, sino que solo protege a los ciudadanos de determinados Estados. En tercer lugar, aunque ciertamente se han promulgado varias directivas antidiscriminatorias que se dirigen a afrontar las desigualdades sistemáticas que sufren determinados grupos sociales<sup>14</sup>, en otras directivas de la Unión Europea se utiliza la palabra “discriminación” para referirse a desigualdades injustificadas que, al menos a primera vista, no responden a esta finalidad de corrección de la desigualdades sistemáticas entre los grupos sociales<sup>15</sup>. En cuarto lugar, en las directivas propiamente antidiscriminatorias se define la “igualdad de trato” como la ausencia de toda discriminación, convirtiendo así el principio de igualdad en un reverso en positivo de la prohibición de discriminación. Así pues, en el ordenamiento de la Unión Europea conviven de manera confusa dos conceptos de discriminación: un concepto “amplio”, que se refiere a cualquier

<sup>12</sup> Por todas, *Vid.* SSTJUE *Bartsch*, de 23-9-2008, Apdos. 15-16; *Kücükdeveci*, de 19-1-2010, Apdos. 23-25; *Römer*, de 10-5-2011, Apdo. 60; *Danmark*, de 2013, Apdo. 20.

<sup>13</sup> *Cfr.* arts. 36, 40.2, 65.3, 95.1, 107.2 a), 114.6, 200.5, 326 TFUE.

<sup>14</sup> Directivas 79/7/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2004/113/CE, 2006/54/CE, 2010/41/CE.

<sup>15</sup> Básicamente las Directivas 1999/70/CE y 97/91/CE (aunque, respecto a esta última, el trabajo a tiempo parcial desde otra perspectiva conecta con la discriminación indirecta por razón de sexo). Por otra parte, la Directiva 2019/1158 (y la protección frente al despido de la Directiva 92/85/CEE) en realidad están directamente relacionadas con la discriminación por razón de sexo/género. Por último, en los arts. 6.1 y 8 a) de la Directiva UE 2022/2041, el término “discriminación” aparece utilizado en términos genéricos, sin indicar la causa, por lo que podría interpretarse de maneras diferentes.

desigualdad expresamente prohibida y un concepto “estricto”, que está relacionado con la adscripción a determinados grupos.

A pesar de la cláusula de apertura de la Carta de Derechos Fundamentales, el concepto estricto de discriminación solo se refiere a un número limitado de causas que se reconocen expresamente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (10, 19 y 157.3 TFUE) y en las directivas antidiscriminatorias: el sexo, la raza u origen étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. El resto de las causas de discriminación de base grupal imaginables o que puedan surgir en el futuro quedarían fuera de las competencias de la Unión<sup>16</sup>.

Por lo demás, las directivas antidiscriminatorias normalmente no afectan a todas las esferas de la sociedad, sino que siempre tienen un ámbito de aplicación limitado, que, además, varía en cada una de ellas. Así, por ejemplo, la Directiva 2000/78/CE, que es la que abarca a la mayoría de las causas de discriminación, solo se refiere al empleo y la ocupación<sup>17</sup>, que es el ámbito clásico en el que hay un cierto consenso ideológico respecto a la aplicabilidad de la prohibición de discriminación a los sujetos privados. Asimismo, en estas directivas no se establece ningún concepto global o integral de discriminación, sino que este se da por supuesto. En su lugar, se definen por separado las distintas modalidades de discriminación (discriminación directa, discriminación indirecta, acoso sexual o discriminatorio, orden de discriminar), sin establecer parámetros claros respecto a lo que estas pudieran tener en común. Así, por ejemplo se establece expresamente que el acoso sexual es siempre un acto de discriminación [art. 2.2 a) de la Directiva 2006/54/CE], sorteando así las dificultades que se plantean en el derecho norteamericano por exigir a la víctima que justifique que el acoso está causado por su sexo para que se desencadenen responsabilidades empresariales. Por consiguiente, lo que define que una conducta sea discriminatoria es, aparentemente, la voluntad del legislador, más que la deducción de algún principio abstracto derivado de los derechos humanos básicos.

Asimismo, la discriminación directa se define como el tratamiento peyorativo de una persona respecto a otra que se encuentra en una situación comparable,

<sup>16</sup> En este sentido, *Vid.*, SSTJUE *Curtea de Apel Alba Iulia*, de 20-10-2022 (Apdos. 64-69); *Agafței*, de 7-7-2011 (Apdos. 33-35); *Coleman*, de 17-7-2008 (Apdo. 46); *Chacón Navas* de 11-7-2006 (Apdos. 55-57).

<sup>17</sup> La Directiva 2000/43/CE relativa al origen racial o étnico es la que tiene un ámbito más amplio, abarcando, además del empleo y la protección social, en sentido amplio, la educación y el acceso a los bienes y servicios disponibles para el público, incluyendo la vivienda (art. 3), pero es evidente que no todos los ámbitos imaginables se encuentran dentro de esta esfera. Por otra parte, respecto al sexo, existen varias directivas que se refieren a distintos ámbitos sociales: 79/7/CE (seguridad social), 2006/54/CE (empleo por cuenta ajena y regímenes profesionales de seguridad social, que a su vez refunde varias directivas anteriores), 2010/41/CE (empleo por cuenta propia) y 2004/113 (acceso a los bienes y servicios).

siempre que se base en alguna de las causas tasadas. En términos teóricos, el recurso al mecanismo de la comparación como elemento definitorio de la discriminación resulta muy criticable, porque este no es más que una de las posibles estrategias para identificar la relación de causalidad entre el trato peyorativo y la adscripción al grupo<sup>18</sup>. Así, por ejemplo, si un empresario tiene una sola trabajadora a su servicio y la despide por el hecho de haber solicitado una excedencia para el cuidado de hijos, este comportamiento es discriminatorio porque está basado en el género, aunque en realidad no pueda proporcionarse ningún término de comparación, por no existir más trabajadores en la empresa (dicha comparación sería más bien uno de los medios posibles para acreditar esta relación de causalidad).

Sin embargo, gran parte de los problemas aplicativos que implica esta deficiencia en la definición se han solventado en la práctica por dos vías diferentes. Por un lado, los supuestos en los que la comparación resulta más forzada, como el embarazo, el acoso sexual y los acosos discriminatorios, se han incluido expresamente en el texto de las directivas. Por otro lado, la redacción de los preceptos correspondientes (“vaya a ser tratada”, “pudiera ser tratada”) permite configurar términos de comparación puramente hipotéticos o imaginarios. De hecho, el TJUE, aunque formalmente exige que concurren situaciones equiparables, en la práctica admite el carácter discriminatorio de conductas como las declaraciones prejuiciosas respecto a la contratación que podrían desincentivar candidaturas de personas pertenecientes a determinados grupos sociales<sup>19</sup>; en estos casos, no existe una víctima individualizada, ni mucho menos un sujeto comparable, de modo que, en realidad, se va más allá de la literalidad de los preceptos interpretados, sobre la base de una noción implícita de discriminación basada en la adscripción a grupos sociales que no se llega a verbalizar.

En otro orden de cosas, hay que destacar que el principio de igualdad de trato se define como la ausencia de “toda” discriminación directa o indirecta, por lo que las discriminaciones no pueden estar justificadas en ningún caso. Ciertamente, el concepto de discriminación indirecta incorpora expresamente un esquema de justificación que implica una ponderación de intereses, por cuanto las medidas que provocan el impacto desfavorable sobre los grupos protegidos deben ser adecuadas y necesarias para alcanzar una finalidad legítima para eludir su calificación como discriminatorias. Sin embargo, no se prevé ningún esquema de justificación en lo que respecta a las discriminaciones directas, de modo que cualquier tratamiento

<sup>18</sup> *Vid.*, Goldberg, S.B., “Discrimination by Comparison”, *Yale Law Journal*, n° 120, *per totum*.

<sup>19</sup> STJUE *Feryn*, de 10-7-2008 (Apdos. 22-25); implícitamente, SSTJUE *NH*, de 23-4-2020 (Apdo. 40) y *Asociația Accept* de 25-4-2013 (Apdos. 46-47). Desde otra perspectiva, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los contornos de la discriminación”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n° 5, 2022, p. 24 subraya que la jurisprudencia del TJUE ha influido notablemente en el reconocimiento de que pueden existir supuestos de discriminación sin que la situación sea comparable.

desfavorable entre dos situaciones comparables que realmente se base en alguna de las causas prohibidas resultaría automáticamente contrario al Derecho de la Unión, lo que implica una protección más intensa que la ambigua mención al escrutinio estricto que hace el TC español<sup>20</sup>. Ciertamente, podría argumentarse que existe un cierto espacio para la justificación de las diferencias de trato cuando se considere que las situaciones que se comparan en realidad no son equiparables, pero naturalmente esta apreciación no puede basarse en la concurrencia de la causa de discriminación prohibida<sup>21</sup>. En la práctica, parece que este espacio de justificación se limita a las dos matizaciones a la igualdad de trato que están expresamente previstas por las directivas.

La primera de estas matizaciones es la posibilidad de establecer que determinadas circunstancias relacionadas con una de las clasificaciones protegidas se consideren “requisito esencial y determinante” para el ejercicio de una determinada profesión. Sin embargo, es importante destacar que no se hace referencia a la causa de discriminación en sí misma considerada, sino a una característica relacionada con ella<sup>22</sup>. Por eso no es extraño que en último término se termine acudiendo al esquema de justificación de la discriminación indirecta, dado que en estos casos el motivo de la diferencia de trato no es la causa de discriminación -es decir, la pertenencia o adscripción a un grupo social determinado-, sino una característica relacionada con este grupo o que habitualmente se utiliza para identificarlo, por lo que se provoca un perjuicio colectivo hacia sus integrantes. Por otra parte, la segunda de estas matizaciones sería la posibilidad de llevar a cabo medidas de acción positiva, dentro de unos límites, que a grandes rasgos impiden que el criterio de clasificación prohibido se utilice de manera absoluta e incondicional, sin contemplar las circunstancias concurrentes en cada caso.

En cambio, respecto a la discriminación por razón de edad, el art. 6 de la Directiva 2000/78/CE establece un régimen especial que, excepcionalmente admite las justificaciones de las diferencias de trato directas, remitiéndose al mismo

<sup>20</sup> Como hemos visto, el TEDH establece, por su parte un escrutinio particularmente estricto para algunas causas (discapacidad, sexo) y una prohibición aparentemente absoluta de que la causa sea el único criterio de distinción respecto a otras (orientación sexual y origen racial o étnico).

<sup>21</sup> El concepto de “situaciones comparables” tiene su base en la noción aristotélica de igualdad (Aristóteles, *Política*, 1280a y *Ética a Nicómaco*, 1131a), que implica “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Es evidente que, en realidad, esta pauta puede utilizarse para justificar cualquier diferencia de trato, en función de los estereotipos y prejuicios dominantes de cada momento histórico (el mismo Aristóteles reconocía, por ejemplo, la desigualdad natural de las mujeres). Naturalmente, todas las normas abiertamente discriminatorias del pasado han pretendido basarse en la existencia de una diferencia significativa.

<sup>22</sup> Insisten en ello las SSTJUE *Komisija Za za zashtita ot diskriminatsia*, de 21-10-2021 (Apdo 44), *Cafaro*, de 7-9-2019 (Apdo. 59); *Salaberría Sorondo*, de 15-11-2016 (Apdo. 33); *Prigge*, de 13-9-2011 (Apdo. 66). A nuestro juicio, este planteamiento permitiría revisar las sentencias que dictó el Tribunal de Justicia en los años 80 sobre el sexo como requisito esencial o determinante para determinados puestos en las Fuerzas Armadas.

esquema de justificación establecido para la discriminación indirecta, por lo que se difumina notablemente la diferencia entre ambas modalidades de discriminación<sup>23</sup> y, al mismo tiempo, se disuelve parcialmente la prohibición de discriminación por razón de edad en el principio de igualdad formal<sup>24</sup>. Esta excepción resulta criticable desde una perspectiva universalista de los derechos humanos, por cuanto convierte a la “edad” en una causa de discriminación de segunda categoría. A nuestro entender, este tratamiento excepcional no es más que un efecto secundario perverso de la ausencia de un concepto analítico de discriminación de base grupal en el texto de las directivas. El legislador de la Unión es consciente de que el “número de años” es completamente necesario para establecer determinadas distinciones jurídicas, pero al mismo tiempo advierte que existen grupos sociales de edad sometidos a posiciones sistemáticas de inferioridad que es preciso proteger; como no puede resolver este conflicto de manera abstracta, por no haber establecido una diferenciación entre los grupos sociales discriminados y los rasgos distintivos que permiten identificarlos y construirlos socialmente, termina remitiéndose a un esquema de ponderación conocido, que es el de la discriminación indirecta.

Por otra parte, en la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea están presentes tanto la dimensión individualista como la dimensión social del concepto de discriminación, pero estas perspectivas no están articuladas de manera explícita. En realidad, la redacción de los preceptos utiliza casi siempre un lenguaje formalista, firmemente asentado en el paradigma individualista. Así, la definición de las causas se remite a clasificaciones abstractas, sin hacer referencia expresa a los grupos sociales construidos sobre estos identificadores<sup>25</sup>. De este modo, podría

<sup>23</sup> “En el caso de la edad las posibilidades de trato diferenciado justificado se multiplican en el texto de la Directiva hasta prácticamente dejar sin efecto el principio antidiscriminatorio por esta causa”, Ballester Pastor, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en AAVV (Coord. María Amparo Ballester Pastor), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 58 y ss y 71 y ss. La autora también destaca que, asimismo, algunos supuestos de posible discriminación indirecta se desactivan, al permitirse expresamente. Por otra parte, el art. 3.4 de la Directiva permite una exclusión muy amplia de las causas de edad y discapacidad en las Fuerzas Armadas.

<sup>24</sup> Paralelamente, el TEDH no reconoce la aplicación de un canon reforzado en las distinciones por razón de edad, como el que existe para las demás causas que afectan a grupos vulnerables (aunque con una redacción que no descarta del todo un reconocimiento futuro); desde esta perspectiva, la edad sería asimilable a cualquier otro criterio utilizado para llevar a cabo diferencias de trato. *Cfr.* SSTEDH *British Gurkha Welfare Society y otros v. Reino Unido*, de 15-9-2016, Apdo. 88; *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, de 25-07-2017, Apdo. 45.

<sup>25</sup> La voluntad de eliminar la situación de desventaja que sufren determinados grupos sociales aparece explícitamente en los “considerandos” de las directivas, aunque sigue expresándose en términos aparentemente simétricos [a modo de ejemplo, Considerandos 8 y 26 de la Directiva 2000/78/CE, Considerando 8 de la Directiva 200/43/CE y Considerando 21 de la Directiva 2006/54/CE]. De ello se deduce que existe una voluntad del legislador de la Unión en este sentido. Sin embargo, cuando esta voluntad se traslada a los preceptos normativos, se utiliza invariablemente un

interpretarse erróneamente a primera vista que el problema que se pretende corregir es el uso irracional de determinados criterios arbitrarios, más que la explotación, segregación o exclusión de determinados grupos sociales que afecta a la dignidad de las personas adscritas a esos grupos. De hecho, la protección parece brindarse de manera simétrica, a los miembros de ambos sexos, a todos los grupos étnicos imaginables (incluyendo los mayoritarios) y a todos los grupos de edad.

No obstante lo anterior, la dimensión social del concepto de discriminación está implícita en el listado de causas que se ha decidido proteger, pues todas ellas sirven realmente para identificar colectivos que están en una posición sistemática de subordinación o exclusión en la sociedad; de hecho, el hecho de que no se admitan causas distintas de las protegidas ha facilitado que la prohibición de discriminación no se diluya en el principio de igualdad formal, a pesar del lenguaje individualista y aparentemente insensible a las diferencias sociales. Asimismo, la admisión explícita de la acción positiva y de la discriminación indirecta -primero en la jurisprudencia y luego en el texto de las directivas- implica necesariamente un reconocimiento de esta perspectiva social, aunque desafortunadamente también en este caso los preceptos se hayan redactado como si se enfocaran en los individuos. Esta falta de articulación provoca problemas interpretativos, por cuanto, en el caso de las medidas de acción positiva, no quedan del todo claros los parámetros para determinar sus límites<sup>26</sup> y, respecto a la discriminación indirecta, generalmente no se toman en consideración los prejuicios colectivos sufridos por el grupo social victimizado en el examen de proporcionalidad<sup>27</sup>.

Ahora bien, de estas deficiencias teóricas de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea no se desprende una valoración negativa global de su impacto real sobre la sociedad. Al contrario, es indudable que estas normas han influido de manera muy intensa y fructífera a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, poniendo en valor la prohibición de discriminación más allá de proclamaciones abstractas. Por otra parte, en términos globales, la jurisprudencia del TJUE ha tenido un papel muy importante en el reconocimiento de la igualdad real y en la lucha contra las discriminaciones basadas en la adscripción a grupos sociales determinados, que frecuentemente ha trascendido la literalidad de los preceptos

lenguaje individualista, que omite referencias a grupos o colectivos y se refiere a motivos abstractos o a las desventajas ocasionadas por estos motivos.

<sup>26</sup> Puede consultarse la doctrina del TJUE en las sentencias *Kalanke*, de 17-10-1995; *Marschall*, de 11-11-1997; *Abdoulaye*, de 16-9-1999; *Badeck y otros*, de 6-7-2000; *Abrahamsson y Leif Anderson*, de 6-7-2000; *Griesmar*, de 29-11-2001; *Lommers*, de 19-3-2004; *Briheche*, de 24-7-2003; *Roca Álvarez*, de 30-9-2010; *Konstantinos Maïstrellis*, de 16-7-2015; *Petya Milkova* de 9-3-2017; *Cresco Investigation*, 22-1-2019; *WA*, 12-12-2019.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, los supuestos de discriminación indirecta por razón de religión tienden a contemplarse, en realidad, desde la óptica, necesaria pero puramente individualista de la libertad religiosa (*agere licere*), sin hacer referencia al riesgo de que determinados colectivos minoritarios se sitúen en una posición de subordinación en la sociedad por razón de sus prácticas religiosas.

a partir de parámetros teleológicos y sociológicos que, sin embargo, no se han terminado de sistematizar. En último término, como hemos señalado anteriormente, el hecho de que la normativa de la UE se haya enfocado en un listado cerrado de causas que en todo caso se corresponden con grupos vulnerables ha favorecido que la finalidad intrínsecamente social de la prohibición de discriminación no se haya diluido en el principio de igualdad formal. Sin embargo, estos defectos teóricos han supuesto algunos límites para la tutela antidiscriminatoria, que precisamente podrían abordarse con la transposición al modelo constitucional español.

## **2.4. Retos para la regulación legal**

En este contexto, la promulgación de una ley integral sobre igualdad y no discriminación puede ser una ocasión adecuada para integrar adecuadamente todas estas perspectivas aparentemente contradictorias. En concreto, para cumplir eficazmente con estas funciones en el contexto de la intersección entre el modelo de la Constitución y el modelo de la Unión Europea, la ley debe afrontar los siguientes retos:

- En primer lugar, es necesario definir expresamente el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, tomando en consideración la dimensión social de esta última. Esto resulta imprescindible para romper con la palpable confusión que sigue existiendo entre las dos categorías en el discurso y la práctica de los operadores jurídicos y en la propia doctrina académica.
- En segundo lugar, se debería hacer explícita la proyección diferenciada de estos dos principios sobre las relaciones entre particulares, indicando en qué condiciones el principio de igualdad afecta a los sujetos privados.
- En tercer lugar, es conveniente indicar expresamente que la prohibición de discriminación no exige necesariamente la existencia de una situación comparable, en la línea de la doctrina del TC.
- En cuarto lugar, es preciso remarcar el carácter absoluto de la prohibición de discriminación, clarificando, por tanto, los requisitos necesarios para justificar las diferencias de trato que aparentemente se refieren a los motivos reconocidos.
- En quinto lugar, es necesario clarificar el alcance que tiene la función promocional de la normativa antidiscriminatoria en el contexto universalista, dado que esta finalidad parece resultar más efectiva en el modelo particularista.

Como veremos en los siguientes epígrafes, el contenido de esta ley no ha respondido adecuadamente a muchos de estos retos, debido fundamentalmente a que ha omitido toda referencia a un concepto “integral” de discriminación que lo distinga del principio de igualdad.



### 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN Y LA INCORPORACIÓN DE “NUEVAS” CAUSAS

La Ley 15/2022 opta decididamente por asumir un enfoque universalista en lo que respecta a su ámbito de aplicación subjetivo, dado que manifiesta expresamente que la titularidad del derecho corresponde a todas las personas, con independencia de su edad, nacionalidad y situación administrativa (art. 2.1). En este sentido, la STC 237/2000 había declarado ya en su día que, no obstante la mención literal a los “españoles” en el primer inciso del art. 14, la prohibición de discriminación alcanza también a los ciudadanos extranjeros (STC 237/2000, F.1), lo que resulta ineludible, por cuanto no puede excluirse a ninguna persona de los derechos inherentes a la dignidad humana, reconocidos, por otra parte en los convenios multilaterales. Cuestión distinta es que la nacionalidad o la situación administrativa de los extranjeros puedan ser criterios válidos de diferenciación jurídica, siempre que no constituyan discriminaciones directas o indirectas, por ejemplo, por razón del origen nacional.

En cambio, en relación con su ámbito de aplicación objetivo, la ley establece una enumeración aparentemente cerrada de los ámbitos sociales a los que se aplica la prohibición (art. 3.1). Ello supone una notable expansión respecto al ámbito de protección previsto en las directivas antidiscriminatorias, pero que, sin embargo, no llega a formularse en clave universalista. De hecho, este listado es tan amplio que resulta farragoso y opera en detrimento de la seguridad jurídica y de la eficacia simbólica de la norma, porque el lector difícilmente puede retener todos los ámbitos sociales a los que se aplica este importante derecho constitucional o deducir en qué espacios no estaría vigente<sup>28</sup>. No obstante, lo cierto es que la eficacia directa del segundo inciso del art. 14 CE no deriva de la voluntad del legislador, sino que se desprende directamente del texto constitucional, por lo que, también en los ámbitos aparentemente excluidos sería ineludible aplicar la prohibición de discriminación, de manera que, o bien la ley es inconstitucional en este punto, o bien el listado debe ser interpretado como una enumeración abierta. En definitiva, la técnica normativa de enumeración pormenorizada de los espacios afectados resulta apropiada en el modelo particularista de la Unión Europea, que, además, está limitado por las competencias de la Unión, pero carece de sentido en un modelo como el nuestro.

Ciertamente, la discriminación es siempre un tratamiento jurídicamente significativo, por lo que no afecta, por ejemplo, a las relaciones amistosas, afectivas o sexuales ni abarca la mera expresión de los prejuicios en sí misma considerada, salvo que provoque un daño constatable (como en el acoso o los delitos de odio),

<sup>28</sup> A primera vista, parece que no estarían incluidas, por ejemplo, las sucesiones testamentarias (aunque la herencia es un derecho reconocido en el art. 33 CE) o la pertenencia a asociaciones o clubs privados que sean de interés social y económico ni afecten a las esferas ya señaladas (aunque el art. 22 CE establece el derecho de asociación).

porque estos comportamientos no atañen en principio a la posición socio-jurídica de las víctimas. Por lo tanto, el problema podría haberse abordado siguiendo la pauta de los convenios multilaterales de derechos humanos y el Protocolo 12 del CEDH, es decir, estableciendo un concepto de discriminación que estuviera vinculado al disfrute de los derechos reconocidos por el ordenamiento.

Otro aspecto que se podría relacionar *a priori* con el ámbito de aplicación de la ley es el de las causas de discriminación reconocidas de manera expresa. A este respecto, tal y como se explica en la Exposición de Motivos, el art. 2.1 de la ley ha tomado como referencia inicial el contenido del art. 14 CE, incluyendo la cláusula abierta final, pero añadiendo las causas protegidas específicamente por las directivas antidiscriminatorias que no estuvieran en dicho artículo, así como otras clasificaciones que se han considerado socialmente relevantes (enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica).

Lo cierto es que, desde la perspectiva del contenido esencial de la prohibición de discriminación, no pueden realmente “añadirse” nuevas causas en sentido estricto, dado que el art. 14 CE es una norma vinculante que tiene una cláusula abierta y, por lo tanto, debe considerarse que todas las causas de verdadera discriminación grupal están previamente incluidas en ella, diga lo que diga el legislador. De hecho, en el modelo universalista carecen de sentido las discusiones “esencialistas” que se producen en los modelos particularistas (como el norteamericano o el de la UE) respecto a la delimitación de las clasificaciones protegidas de otras categorías equiparables: distinción entre religión e ideología, diferenciación entre convicciones filosóficas y convicciones políticas, enfermedad discapacitante y no discapacitante, etc.<sup>29</sup>. En todo caso, la aparición de nuevas causas puede atender a una finalidad simbólica o preventiva, poniendo de manifiesto de manera explícita los procesos de subordinación o exclusión de determinados grupos sociales, con objeto de combatir su normalización. Por supuesto, también pueden añadirse nuevas causas desde una perspectiva promocional, con objeto de establecer medidas específicas de igualdad de trato y oportunidades que atiendan a las particularidades necesidades de estos colectivos, o incluso obligaciones adicionales del empresario u otros sujetos que se terminen integrando en el concepto de discriminación, como el caso de los ajustes razonables o la obligación de adoptar medidas contra el acoso sexual o sexista.

No obstante, la incorporación de nuevas causas de discriminación también puede generar una mayor confusión a efectos preventivos y de tutela cuando no

<sup>29</sup> Lo que en último término resulta muy beneficioso para la eficacia de la tutela, porque en realidad, por más que nos lo propongamos, los grupos humanos no son esencias metafísicas inmutables y de fronteras totalmente delimitadas por criterios objetivos, sino que operan en la práctica como clasificaciones variables y contingentes en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

se cuenta con un concepto de discriminación claro y preciso, como es el caso. En primer lugar, cabe la posibilidad de que se incorporen criterios de diferenciación que realmente no pueden calificarse como “discriminaciones” desde la perspectiva constitucional, porque no afectan a las relaciones de poder entre los grupos humanos. Sin duda, el legislador tiene un amplio margen para prohibir un gran número de diferencias de trato, pero, si estas desigualdades injustificadas se mezclan arbitrariamente con las causas de discriminación grupal, se termina diluyendo la prohibición de discriminación en el principio de igualdad formal, desactivando la virtualidad de la tutela antidiscriminatoria. Por otra parte, también puede suceder que, aunque las clasificaciones que se incorporen sean adecuadas, se produzca una cierta incertidumbre respecto a su aplicación, dado que es muy habitual que en la formulación de las “causas de discriminación” se confundan los grupos sociales a los que se quiere proteger con los rasgos distintivos que se utilizan para adscribir a las personas a estos grupos. Esto sucede, por supuesto, respecto a las causas de discriminación comunmente aceptadas, como el “color de la piel”, la “edad” o la “discapacidad”, pero se plantea seguramente con mayor intensidad en causas menos conocidas como la “lengua” o la “enfermedad”, mencionadas expresamente en la nueva ley<sup>30</sup>.

Sin duda, la “lengua” opera como marcador o rasgo distintivo que se utiliza para situar a las personas en determinados grupos sociales, generalmente basados en el origen étnico, de modo que esta causa de discriminación se reconoce expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos y un gran número de instrumentos internacionales<sup>31</sup>. Sin embargo, desde otra perspectiva, el hecho de que una persona domine o no una determinada lengua puede ser muy relevante como criterio de diferenciación jurídica, por ejemplo, a efectos de determinación de las cualificaciones laborales o de los criterios de selección para determinados puestos en los que se utiliza este idioma; en este último caso, no nos encontraríamos ante una discriminación directa, porque la causa de la diferencia de trato no es la adscripción al grupo social, aunque ciertamente debería aplicarse el esquema de justificación de la discriminación indirecta en la medida en que el establecimiento del requisito tenga un impacto desfavorable sobre determinados grupos sociales configurados en torno a la lengua.

<sup>30</sup> En el caso de la “identidad sexual” o la “expresión de género” hay menos dificultades para relacionar las circunstancias mencionadas con la generación de grupos sociales que se sitúan o pueden situarse en una posición sistemática de inferioridad (en este sentido, la STC 67/2022 reconoce sin problemas que son causas de discriminación). También la “posición socioeconómica” define grupos sociales clásicos, como son las clases sociales. Por supuesto, en estos casos también resulta disfuncional que la ley no haya construido un concepto analítico de discriminación, pero esto no se pone de manifiesto por la inclusión de la causa.

<sup>31</sup> Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; Convenio Europeo de Derechos Humanos (y Protocolo 12); Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También aparece en el Estatuto de los Trabajadores.

Mucho más polémica ha sido entre nosotros la inclusión expresa de la “enfermedad”, junto con otros rasgos distintivos relacionados con las posibles clasificaciones sociales asociadas a la enfermedad (condición de salud, estado serológico y predisposición genética a sufrir patologías y trastornos). En realidad, no puede negarse que el campo semántico de la “enfermedad” es apto para configurar grupos socialmente subordinados, como por ejemplo, el de los enfermos de SIDA o portadores del VIH<sup>32</sup>. Precisamente por ese motivo, la enfermedad ha sido expresamente reconocida como causa de discriminación autónoma en algunos instrumentos internacionales<sup>33</sup>, por lo que no habría razones para cuestionar su inclusión en la ley.

La polémica se debe, en realidad, al contexto del ordenamiento jurídico español, en el que el concepto de “discriminación por enfermedad” se ha utilizado fundamentalmente para abordar el problema de la calificación del despido del trabajador motivado por la suspensión de su contrato por incapacidad temporal. Por supuesto, esta conducta es ilícita y además resulta particularmente “odiosa” o injusta, al tratarse de una represalia por el ejercicio de un derecho, que, además, está relacionado con la salud y viene impuesto por circunstancias ajenas al trabajador. Sin embargo, la protección brindada por la calificación de “despido improcedente” resulta insatisfactoria, en realidad por una configuración deficiente de la indemnización, que se hace depender exclusivamente de la antigüedad y el salario<sup>34</sup>. De este modo, en la práctica, en España el empresario puede despedir impunemente (o extinguir el contrato durante el período de prueba) a un trabajador de reciente contratación solamente por el hecho de que este haya suspendido su contrato por enfermedad, lo que indudablemente repugna a la conciencia de la mayoría de los juristas. Por eso, un amplio sector de la doctrina iuslaboralista y de los jueces se ha rebelado contra esta patente injusticia sosteniendo insistentemente que estos despidos deben calificarse como nulos, en la mayoría de los casos sobre la base de una supuesta discriminación por enfermedad o discapacidad. A grandes rasgos, estos planteamientos han sido rechazados en repetidas ocasiones -aunque con muchos matices- por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (este último, en relación con la discapacidad). En realidad, estas sentencias, en las que no podemos detenernos aquí, no se oponen a que la enfermedad -o, en su caso, la enfermedad discapacitante- se consideren

<sup>32</sup> Vid. STEDH *Kituyin v. Rusia*, de 10-3-2011, Apdo. 4 .

<sup>33</sup> Art. E (parte V) de la Carta Social Europea y art. 4.3 del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Por otra parte, el art. 21.1 de la CDFUE se refiere a las características genéticas (conectando con la referencia de la ley a la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos). En el plano comparado, hay que recordar que el art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la discriminación por las condiciones de salud.

<sup>34</sup> Lo que, por otra parte, seguramente es incompatible con la Carta Social Europea, aunque no podemos ocuparnos aquí de este problema.

como causas válidas de discriminación, sino solamente a que cualquier despido fundado en una suspensión por incapacidad temporal se califique automáticamente como discriminatorio.

A este respecto, hay que destacar particularmente la doctrina del TC, en la medida en que este órgano es el intérprete supremo del art. 14 CE, que, como hemos visto, comprende una cláusula abierta de efecto directo sobre los particulares. A este respecto, la STC 62/2008 ha declarado expresamente que la enfermedad puede constituir una causa prohibida de discriminación, siempre que se constituya en elemento de segregación<sup>35</sup>. Ciertamente es que algunos detalles de su razonamiento contienen elementos incoherentes que deben ser revisados, como sucede con la aparente exclusión de las consideraciones basadas en la aptitud laboral o el interés empresarial, pero a grandes rasgos este planteamiento conecta con su doctrina reiterada sobre las diferencias entre igualdad y discriminación, que vincula esta última a la posición desventajosa y contraria a la dignidad humana que sufren las personas por su adscripción a determinados grupos sociales.

Así pues, por muy graves que sean las deficiencias de la regulación del despido derivado de la incapacidad temporal, no puede eximirse al demandante de la carga de configurar un grupo social afectado para formular sus alegaciones de discriminación directa o indirecta, pues, de lo contrario, se estaría confundiendo la discriminación con la injusticia, lo que implicaría una banalización de la tutela antidiscriminatoria, al diluir su dimensión necesariamente grupal en la perspectiva puramente individualista del principio de igualdad formal. Dependiendo de las circunstancias concurrentes, el grupo social afectado podría ser el sexo, la edad o la discapacidad, pero también, por supuesto, la propia situación de enfermedad, el estado serológico o la predisposición (real o supuesta) a padecer determinadas enfermedades. En realidad, como ya hemos indicado, en un sistema universalista deja de ser relevante la distinción entre enfermedad y discapacidad, siempre que se verifique la pauta discriminatoria y, de hecho, el empresario podría discriminar al trabajador atribuyéndole dolencias inexistentes o discapacidades imaginarias que no son tales. Por supuesto, una enfermedad “de larga duración” -asimilada a la discapacidad por la doctrina del TJUE en base al marco internacional- es mucho más apropiada para configurar grupos sociales que una contingencia puramente coyuntural (como la apendicitis o la gripe), pero no se debe descartar que en determinadas circunstancias, las enfermedades relativamente breves -o incluso puramente imaginarias- permitan configurar grupos sociales efímeros por su

<sup>35</sup> “[...] no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo [...] cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”.

efecto estigmatizante o segregador, por miedo al contagio o por su vinculación con estereotipos o prejuicios relacionados con una valoración moral de la supuesta conducta del enfermo; así, por ejemplo, podría suceder con la COVID (al menos en un primer momento) o con la “viruela del mono”.

Desde esta perspectiva, la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación no cambia la situación preexistente, dado que el legislador ordinario no puede modificar el concepto constitucional de discriminación<sup>36</sup>. A mayor abundamiento, esta causa había sido ya reconocida expresamente en el art. 6.1 de la Ley 33/2011, General de Sanidad. Por supuesto, al margen de estas consideraciones, el legislador podría establecer en cualquier momento la nulidad de las extinciones del contrato motivadas por una situación de IT, pero para esto no es necesario devaluar el concepto constitucional de discriminación, que es de base grupal. En realidad, también podría prohibir una determinada conducta y llamarla impropia “discriminación”, por ejemplo, en el texto del Estatuto de los Trabajadores, si bien esto sería absolutamente criticable desde el punto de vista teórico. No obstante, no puede interpretarse de manera automática que el legislador ha generado una causa de discriminación impropia a efectos laborales solamente por el hecho de que una ley que claramente se dirige a combatir la discriminación grupal prohibida por la Constitución haya incorporado expresamente una causa de discriminación que ya estaba previamente reconocida en textos internacionales y la jurisprudencia del TC. Si se menciona expresamente la enfermedad en esta ley o en la Ley de Sanidad, debe entenderse que se hace en el marco de la doctrina del TC sobre el art. 14 CE.

Esto no quiere decir que la tutela deba ser necesariamente restrictiva, al menos en los casos en los que se consiga reconstruir la adscripción directa o indirecta a un grupo social determinado. Así, por ejemplo, si las represalias frente a una determinada suspensión por enfermedad provocan o pueden provocar un impacto desfavorable sobre determinados colectivos definidos por su edad, discapacidad o estado de salud, entonces se aplicará el esquema de la discriminación indirecta y es evidente que un despido sin causa legal nunca puede pasar ese filtro<sup>37</sup>. Con una adecuada configuración del grupo social afectado, la discriminación indirecta puede cubrir seguramente un gran número de supuestos problemáticos.

<sup>36</sup> En una primera lectura de la ley, defendimos en su momento que esta venía a zanjar la polémica sobre el despido derivado de IT, aunque a costa de confundir el concepto de discriminación con el de injusticia. Sin embargo, un análisis más reposado nos lleva a concluir que el mero hecho de que se incluya la enfermedad como causa de discriminación, en sí mismo considerado, no puede implicar una distorsión de la interpretación del TC de una causa que, en realidad, ya estaba incluida previamente en el art. 14 CE. En contra de la interpretación que defendemos, han aparecido algunas sentencias de Juzgado de lo Social que afirman la nulidad automática del despido fundado en la incapacidad temporal por enfermedad.

<sup>37</sup> En realidad, ni siquiera es necesario que la víctima de discriminación indirecta pertenezca a los colectivos perjudicados, aunque no podemos detenernos aquí en los motivos que nos permiten llegar a esta conclusión.

Ahora bien, lo que sí puede hacer el legislador es introducir garantías adicionales respecto a las causas de discriminación reconocidas, con una finalidad preventiva o promocional, que podrían aplicarse sin necesidad de acreditar la concurrencia de discriminación, pero con la finalidad de abordar las desigualdades sistemáticas que afectan a determinados grupos sociales. En este sentido entendemos que las demás referencias a la enfermedad en el texto de la ley deben interpretarse como garantías específicas destinadas a combatir las desigualdades sistemáticas que sufren las personas por razón de enfermedad o discapacidad, aunque no se verifique la discriminación. Así, el art. 2.3 limita considerablemente las diferencias de trato basadas en la enfermedad, reproduciendo lo que ya señalaba el art. 6.3 de la Ley General de Sanidad; por su parte, el art. 9.5 prohíbe preguntar por el estado de salud en la selección de personal y, por último, el art. 15.2 recuerda que la enfermedad no puede implicar perjuicios en la atención sanitaria. Estas garantías o medidas promocionales justifican también la inclusión expresa de la enfermedad como causa de discriminación, pero no implican en sí mismas la calificación automática de nulidad del despido basado en la incapacidad temporal, dado que esta conducta es en todo caso ilícita.

## **4. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN**

### **4.1. La disolución de la discriminación directa en el principio de igualdad**

La adaptación de la normativa antidiscriminatoria europea al modelo constitucional español se ha encontrado con un obstáculo de técnica normativa. El legislador español ciertamente ha hecho un esfuerzo de refundición y sistematización de todas las directivas antidiscriminatorias en una norma única, pero más allá de esto, ha reproducido a grandes rasgos su redacción. Como consecuencia de ello, los defectos dogmáticos o teóricos de la normativa de la UE, que no resultaban especialmente problemáticos desde la óptica particularista se han traspasado al ordenamiento español, sin adaptarlos a la lógica universalista.

En efecto, siguiendo la lógica del derecho de la Unión Europea el legislador no lleva a cabo ninguna distinción entre los conceptos de igualdad y discriminación, sino que, por el contrario, postula un único “derecho a la igualdad de trato y no discriminación”. Esto no resulta particularmente problemático cuando la “igualdad de trato” se define en relación con determinadas causas ligadas a la pertenencia a grupos sociales, porque en ellas el concepto real de discriminación está implícito y puede ser recuperado por el intérprete, pero, cuando se aplica a una cláusula abierta, existe un riesgo muy importante de diluir la prohibición de discriminación en el principio de igualdad formal. El problema se agrava porque, como hemos adelantado, este “derecho a la igualdad y no discriminación” que constituye el eje de toda la regulación no se define realmente en ninguno de sus preceptos, sino que

se formula de manera aparentemente circular (art. 4.1): la igualdad no es otra cosa que la ausencia de discriminación y, por tanto, las conductas discriminatorias, son precisamente las que se oponen a la igualdad de trato.

Ciertamente, para salir de este razonamiento circular, el legislador enumera una pluralidad de conductas contrarias al “derecho a la igualdad”, si bien, siguiendo una vez más el patrón de las directivas, no hace explícita la conexión real que existe entre todas ellas. Como consecuencia de ello, se incorpora de nuevo un listado largo y farragoso de conceptos, de difícil asimilación, que opera en detrimento de la eficacia simbólica o preventiva de la norma. Afortunadamente, estos comportamientos se definen uno por uno en el art. 6 de la Ley. Sin embargo, se plantea un problema importante respecto al concepto de discriminación directa, que es probablemente el más básico y esencial, porque podría decirse que de él derivan todos los demás.

Al igual que en las directivas, la discriminación directa se define como “la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas [...]”. A este respecto, hemos de valorar muy positivamente que se haya hecho mención a los “grupos”, en contraposición con la redacción puramente individualista de las directivas antidiscriminatorias, lo que podría facilitar la consideración de los perjuicios colectivos. Sin embargo, el legislador no advierte que es precisamente esta dimensión grupal el elemento que caracteriza a la discriminación y permite distinguir esta conducta de la mera injusticia o de las desigualdades injustificadas. Al omitir este criterio, se termina recurriendo una vez más a la lógica de la comparación entre situaciones equiparables, en abierta contradicción con la doctrina del TC y en detrimento de la eficacia real de la prohibición<sup>38</sup>.

De nuevo, en las directivas antidiscriminatorias, este problema se solventa en parte gracias a la referencia expresa a un listado cerrado de categorías que en realidad se corresponden con grupos sociales victimizados. Sin embargo, como se ha dicho, la Ley 15/2022 establece una cláusula abierta, prohibiendo las diferencias de trato, no solo por las causas expresamente mencionadas, sino también “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (arts. 2.1 y 5.1). Salta a la vista que este enunciado es muy amplio y podría abarcar prácticamente cualquier característica imaginable concurrente en una persona, pero esto podría llevarnos a conclusiones absurdas, dado que la diferenciación jurídica es una condición necesaria para la propia existencia del Derecho. Para resolver adecuadamente este dilema, es necesario contar con un concepto de discriminación

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, puede suceder que cuanto más precaria sea la situación de un determinado colectivo, más acusadas sean las “diferencias” con el resto de la población y, por tanto, más difícil la comparación, como explica MacKinnon, C., “Reflections on Sex Equality Under Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n° 5, 1991, p. 1296.



que nos proporcione elementos de juicio para determinar en qué condiciones la circunstancia alegada es análoga a las expresamente prohibidas. En su defecto, la tendencia será, inevitablemente, acudir a la confortable, pero engañosa lógica circular del principio de igualdad formal, según la cual están justificadas las diferencias de trato que resultan razonables y no están justificadas aquellas que son irrazonables. Por consiguiente, al no haberse establecido los elementos definitorios de la discriminación, lo más probable es que el criterio para identificar nuevas causas de discriminación no sea otro que el de su razonabilidad, disolviéndose así la tutela antidiscriminatoria en el principio de igualdad formal.

Puede que este problema no sea muy significativo, en la medida en que el listado de causas expresamente reconocidas es muy amplio y omnicompreensivo, pero resulta mucho más peligroso que este razonamiento se termine extendiendo a las causas de discriminación ampliamente aceptadas. Estas se convierten entonces en meras categorías “sospechosas” de resultar arbitrarias, como si el problema que la prohibición de discriminación intenta afrontar fuera la falta de lógica o la irracionalidad en la toma de decisiones, en lugar de la generalización de pautas sistemáticas de subordinación o exclusión de determinados grupos sociales. De hecho, estas pautas a menudo siguen una racionalidad instrumental, pero perversa, porque la explotación, subordinación y exclusión de determinados grupos humanos puede resultar funcional a determinados fines. Este planteamiento de las “categorías sospechosas” conecta, además, con el hecho de que parece indispensable considerar la posibilidad de justificar determinadas diferencias de trato que a primera vista están vinculadas con las causas de discriminación expresamente reconocidas. Así, por ejemplo, es indudable que, al menos en el estado actual de la tecnología, no se puede contratar a un ciego como conductor de autobuses y, por tanto, esto no puede ser una discriminación por razón de discapacidad. Una vez más, sin un concepto apropiado de discriminación, existe un riesgo significativo de terminar acudiendo a los esquemas de justificación reconocidos, convirtiendo el enjuiciamiento de la discriminación en un test de racionalidad.

Desgraciadamente, la Ley 15/2022 sucumbe a esta tentación, porque eleva a principio general el esquema de justificación de la discriminación indirecta, desgajándolo de este concepto [no se menciona en el art. 6.1 b)] y convirtiéndolo en una excepción general al principio de igualdad de trato [arts. 2.2 y 4.2], que aparentemente se utilizaría también respecto a la discriminación directa o, llevando la idea a sus últimas consecuencias, incluso al acoso discriminatorio. Así pues, según este precepto, no se consideran discriminatorias las conductas que pudieran justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. Es evidente que este planteamiento se opone abiertamente al Derecho de la Unión Europea, que solo admite este esquema para la discriminación indirecta y la discriminación directa por razón de edad, al margen de lo que ya se ha mencionado respecto al “requisito profesional esencial y

determinante”, que en realidad alude solo a una distinción aparentemente directa<sup>39</sup>. Por otra parte, a nuestro juicio, esta traslación del esquema de justificación también se opone a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que establece el carácter totalmente excepcional de las diferencias de trato en este caso, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que para determinadas causas prohíbe totalmente las distinciones directas motivadas exclusivamente en la pertenencia al grupo vulnerable.

La ley parece ir incluso más allá de este test de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, por cuanto la lectura literal de su artículo 2.2. permitiría al legislador autorizar las diferencias de trato basadas en las causas de discriminación por un mero acto de voluntad, incluso sin que concurra un propósito legítimo, dado que se utiliza una conjunción disyuntiva<sup>40</sup>. Por supuesto, esta interpretación es claramente inviable, porque su inconstitucionalidad estaría fuera de toda duda, pero es una muestra de que el texto de la ley se ha visto influido por la idea subyacente de que la discriminación es una desigualdad expresamente prohibida por la ley en lugar de una conducta que se opone a un derecho humano básico de aplicación directa e inmediata sobre las relaciones jurídicas públicas y privadas. Asimismo, el art. 18 llega incluso a traicionar la propia terminología de la ley, puesto que prohíbe la elaboración de perfiles policiales o de seguridad privada “discriminatorios”, salvo que se cuente con una justificación objetiva. La apreciación parece absurda, porque si los perfiles se califican como discriminatorios, entonces no deben prevalecer en ningún caso, por mandato del art. 14 CE. En todo caso, la cuestión polémica es determinar cuáles son los elementos que hacen que un perfil policial o de seguridad sea discriminatorio y para ello hace falta un concepto adecuado de discriminación .

Por otra parte, el traslado de este esquema de justificación a la discriminación directa resulta muy problemático, porque no se pone el énfasis en los elementos definitorios de la discriminación, sino en la legitimidad de los objetivos perseguidos. Como consecuencia de ello, se podría llegar a instrumentalizar la dignidad de las personas, poniéndola al servicio de otros fines “legítimos”, en caso de que concurrieran motivos muy poderosos o que así lo permitieran los prejuicios y estereotipos de la cultura dominante, como ha sucedido numerosas veces en el pasado. Un ejemplo muy ilustrativo es el de la reclusión forzosa de los ciudadanos japoneses o de origen étnico japonés en campos de concentración en Estados Unidos durante la II Guerra Mundial, admitida por el Tribunal Supremo norteamericano

<sup>39</sup> Curiosamente, durante la tramitación parlamentaria se ha suprimido la referencia al requisito profesional esencial y determinante, con objeto de evitar una excesiva apertura de los esquemas de justificación legales (Enmienda número 156 del Grupo Parlamentario Republicano, BOCG-14-B-146-4, pp. 93-94). En todo caso, recordemos que la Ley 62/2003, sorprendentemente, no ha sido derogada, por lo que en realidad se mantendría también la referencia al requisito profesional esencial y determinante (art. 34).

<sup>40</sup> “Podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es (sic) lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley”.

en base a la finalidad de evitar una invasión japonesa de la Costa Oeste<sup>41</sup>. Por supuesto, dado que esta idea repugna a nuestra conciencia actual, podríamos razonar inmediatamente que, aunque se considerara que existe una finalidad legítima, el resultado sobre la población afectada resultaría “desproporcionado”, por lo que la medida no pasaría el test de racionalidad. En la práctica, sin embargo, es fácil colegir que el resultado es desproporcionado precisamente porque la medida provoca un efecto discriminatorio y no al contrario, del mismo modo que el “acoso discriminatorio” no puede considerarse nunca como “proporcionado” en aras a la consecución del fin legítimo. La dignidad humana no puede ponerse al servicio de otros fines, de modo que lo relevante no es tanto la finalidad de la conducta impugnada, como los efectos que produce sobre sus destinatarios.

Este error de técnica normativa puede tener consecuencias muy graves en lo que refiere a las discriminaciones que resulten económicamente “rationales” porque respondan realmente a intereses empresariales, como sucede con la “discriminación estadística”. Por muy legítimos que sean estos intereses, no debe ser posible justificar diferencias de trato que se basen directamente en la adscripción a grupos sociales subordinados o en los estereotipos y prejuicios que se asocian a la pertenencia a estos grupos.

A nuestro juicio, este es el problema más grave de la Ley 15/2022 y debería ser abordado de inmediato por el legislador, para evitar que la nueva norma termine produciendo más daño que beneficio sobre los grupos vulnerables a los que pretende proteger. Entretanto, naturalmente, deben interpretarse estos preceptos de manera que no se opongan al Derecho de la Unión Europea ni a la Constitución Española, excluyendo totalmente el esquema de justificación de las discriminaciones indirectas en las diferencias de trato directas. De hecho, la propia ley establece, en su art. 7 que la interpretación de sus preceptos debe ser la más favorable a la efectividad de la tutela antidiscriminatoria.

## 4.2. Otras conductas discriminatorias

Por otra parte, la ley prevé de manera expresa algunas conductas de carácter omisivo: “el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes” (art. 4.1). A nuestro juicio hubiera sido más claro definir de manera global la discriminación como una acción u omisión y detallar posteriormente las distintas posibilidades de omisión en el resto del articulado, en lugar de engrosar el listado extenso de las conductas “contrarias al principio de igualdad de trato”, pero esto no parece particularmente importante. Por lo demás, resulta muy apropiado que las medidas promocionales extiendan o amplíen

<sup>41</sup> *Hirayabasi v. United States* 32 US, 81 (1943), *Yasui v. United States* 320 US, 115 (1943), *Korematsu v. United States* 323 US, 214 (1944).

el contenido del derecho a no ser discriminado respecto de determinados grupos subordinados, para que este pueda ser efectivo, conectando así con la dimensión social del concepto de discriminación. De hecho, lo mismo sucede con la “denegación de ajustes razonables” para las personas con discapacidad [arts. 4.1 y 6.1 a)]. Estas son precisamente las ventajas del modelo particularista que deben integrarse en nuestro contexto constitucional.

Tampoco resulta particularmente problemática la regulación de las “represalias” (4.1 y 6.6) o la “inducción, orden o instrucción de discriminar” (arts. 4, 6.5 y 8), al margen de lo que se dirá después de la “intolerancia”.

En cuanto al acoso discriminatorio, constituye una mejora técnica la eliminación del requisito de “indeseabilidad” (art. 6.4), que aparece en las directivas antidiscriminatorias. Esta exigencia proviene, en realidad, de las definiciones clásicas de “acoso sexual”, institución donde este elemento tiene *a priori* una cierta lógica. Sin embargo, en la Directiva 2006/54/CE (anteriormente en la 2002/73/CE), su carácter aparentemente acumulativo respecto a la configuración de un ambiente de trabajo humillante o degradante resulta francamente inconveniente, por cuanto puede favorecer la interpretación de que es necesario acreditar específicamente el carácter indeseado de la conducta incluso en situaciones en las que se puede deducir por el contexto que se ha generado un entorno de trabajo contrario a la dignidad humana, pero resulta difícil manifestar o acreditar la oposición expresa de la víctima. Por este motivo, el requisito se eliminó expresamente de la definición de acoso de la LOIEMH. Sin embargo, en la Ley 62/2003 se había mantenido respecto al resto de las causas de discriminación protegidas por la normativa europea, por lo que, paradójicamente, la “indeseabilidad” subsistía en estas causas mientras que había desaparecido en el acoso sexual. La eliminación final del requisito resulta, por tanto, conveniente, aunque hubiera sido deseable que hubiera venido acompañada de una derogación de la regulación de la Ley 62/2003.

Por otra parte, resulta muy oportuna la inclusión de determinadas conductas discriminatorias definidas por la doctrina y la jurisprudencia, que, en realidad, contribuyen a perfilar un concepto de discriminación apropiado, aunque no de manera explícita. Así, las nociones de “discriminación por error” y de “discriminación múltiple e interseccional” contribuyen a eliminar la relevancia del “esencialismo de las causas” propio de los sistemas particularistas al que ya hemos hecho referencia. Carece de importancia que la causa concurra “realmente” -de hecho, podría ser una clasificación totalmente imaginaria- o que responda a unas fronteras totalmente delimitadas, por cuanto la situación de vulnerabilidad se configura en realidad en relación con las circunstancias realmente concurrentes en cada caso, que varían en función del contexto<sup>42</sup>. Por otra parte, la incorporación expresa a esta ley del

<sup>42</sup> Así, la STEDH, *B.S. v. España*, de 24-7-2012, Apdo. 62 se refiere a la particular vulnerabilidad de una mujer de origen africano que ejerce la prostitución y la STEDH *V.M. y otros v. Bélgica*, Apdo. 191 a la población de origen romaní con discapacidad.

concepto de “discriminación por asociación”<sup>43</sup> y, una vez más, el reconocimiento de la “discriminación por error” contribuyen a poner de manifiesto el hecho de que perjuicio individual (de la víctima concreta del trato peyorativo) y el perjuicio social (del grupo subordinado) no tienen por qué coincidir en la misma persona, lo que permite resolver otras cuestiones, como la posibilidad de que el trabajador varón que realiza tareas feminizadas plantee acciones por discriminación indirecta.

Mayores complicaciones supone el concepto de “segregación escolar” (arts. 6.8, 12.3 y 12.4) que se define como una separación del alumnado por la concurrencia de alguna de las causas de discriminación sin que concurra una justificación objetiva y razonable. Una vez más, se pone erróneamente el énfasis en la “justificación de la diferencia de trato” en lugar de en el elemento clave, que es el de la eventual producción de un perjuicio sistemático sobre las personas adscritas a los grupos sociales que se separan. En efecto, el dato esencial para analizar todos los supuestos de separación escolar es la valoración de si estos contribuyen o no a reproducir las relaciones sistemáticas de desigualdad entre los grupos, no solo en la teoría, sino también en la práctica. Ahora bien, desde la lógica de la ley, si la segregación se define como separación injustificada, entonces habría de incluirse expresamente entre las conductas contrarias a la igualdad de trato, pero curiosamente no se reconoce como tal. Del mismo modo, parece incoherente que en el art. 13.2 se declare que no se puede subvencionar a los centros que practiquen segregación escolar (en la línea de lo previsto en la LO 3/2020) y, al mismo tiempo, se sostenga literalmente que esta segregación es discriminatoria. Si realmente se considera que la educación diferenciada es discriminatoria cuando no esté justificada, entonces la conclusión debería ser su prohibición y no la pérdida de apoyo económico, que procedería únicamente cuando la separación no se considerara discriminatoria, pero sí inconveniente desde la óptica de la igualdad sustancial. Seguramente todas estas ambigüedades se deban a las dificultades para articular una política de lucha contra la segregación escolar (al menos en lo que refiere a la educación diferenciada por sexos) con la criticable doctrina de la STC 31/2018, en cuyos pormenores no podemos detenernos aquí.

Por último, resulta muy llamativo que a lo largo de toda la ley se haga referencia a la categoría de “intolerancia”, dando a entender que se trata de una conducta distinta a la discriminación, aunque también reprobable, pero que no se define en ningún momento. En realidad, este término deriva de una serie de enmiendas del Grupo Parlamentario Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, dándose la circunstancia de que algunas de ellas han sido admitidas y otras no, lo

<sup>43</sup> Este concepto aparece por primera vez en la STJUE de 17-7-2008, *Coleman*, Apdo. 56 y posteriormente se ha concretado en otras resoluciones judiciales. Con anterioridad a esta ley, se había reconocido ya expresamente en la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social [arts 2 e) y 63]. Asimismo, la agravante de la motivación discriminatoria del art. 22.4 CP incide en la disociación entre el perjuicio de la víctima y el perjuicio social del grupo afectado, apuntando tanto a la discriminación por error como a la discriminación por asociación.

que ha roto la coherencia de la propuesta inicial. En la Enmienda 13, este grupo proponía una definición concreta de las “acciones de intolerancia”<sup>44</sup>, vinculada a las “expresiones estigmatizantes”<sup>45</sup>, es decir, a las manifestaciones verbales o no verbales de los prejuicios y estereotipos degradantes que afectan a determinados colectivos que no puedan calificarse como delito ni constituyen discriminación o acoso y que, por tanto, contribuyen a las desigualdades sistemáticas, pero de manera aislada no provocan un perjuicio jurídicamente relevante. A nuestro juicio, resulta poco operativo -porque no pueden abarcarse todas estas conductas- e incluso contraproducente -por sus efectos secundarios sobre la libertad de expresión- combatir estas “expresiones estigmatizantes” con la técnica básica de la prohibición de discriminación, que es la imputación de responsabilidad a una persona física o jurídica, resultando a estos efectos más apropiadas las medidas educativas que la represión directa de las conductas aisladas e individualizadas. Creemos que el legislador comparte esta postura y por ello no ha admitido la propuesta de que se prohíban expresamente las acciones de intolerancia, pero sí ha hecho referencia expresa a estas conductas en las medidas relacionadas con la sensibilización, formación y educación (arts. 12.2, 13.7, 22.2, 33.4, 35.1, 39, 48.3, 53.3); desde esta perspectiva, podría resultar discutible que se haga referencia a las “víctimas de la intolerancia” (arts. 53.1 y 53.2), pero lo cierto es que las expresiones estigmatizantes pueden provocar un impacto significativo sobre sus receptores, debido a su generalización social: el daño causado por la conducta imputable al individuo puede ser demasiado pequeño como para ser jurídicamente relevante, pero la acumulación de estos comportamientos puede terminar afectando seriamente a la dignidad, de manera similar a lo que sucede en el acoso, si bien en este caso la responsabilidad se diluye en la sociedad en su conjunto<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> “[...] aquellos actos o conjunto de actos, manifestaciones o conductas que, no teniendo consideración de ilícito penal, expresen irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad de las personas, por la diversidad de las culturas, de las convicciones religiosas y de culto, y hacia las distintas maneras de manifestar la condición humana, por ser diferentes o entenderlas contrarias, atacando el principio de igualdad y de universalidad de los derechos humanos. Las acciones de intolerancia en cualquier ámbito incluyen la exclusión, marginación, segregación y los incidentes de odio como aquellos hechos que sean percibidos por la víctima u otra persona o cualquier otro testigo que, aunque la víctima no lo perciba, pueda estar en relación con un comportamiento de intolerancia, incluida la ostentación pública de aquella simbología que divulguen estos actos de intolerancia y difunda el discurso de odio.”

<sup>45</sup> *Vid.* Quinn, P., “The problem of stigmatizing expressions: The limits of anti-discrimination approaches”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 17 (1), 2017.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, si una persona homosexual escucha casualmente por la calle un chiste ofensivo sobre su orientación sexual, el efecto de este comportamiento aislado es demasiado pequeño como para provocar un daño jurídicamente significativo. Sin embargo, el hecho de haberse criado en un entorno social en el que estas burlas se llevan a cabo de manera generalizada y sistemática, puede terminar afectando a su autoestima.

## 5. LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN PROMOCIONAL EN UN MODELO UNIVERSALISTA

Como hemos visto, la función promocional de la normativa antidiscriminatoria conecta bien con el modelo de regulación particularista, dado que este permite enfocar la atención en un número limitado de causas, adoptando medidas diferentes en función de las particularidades de cada una de ellas. En cambio, en una ley general de carácter universalista relativa a cualquier causa de discriminación imaginable, el margen de la acción promocional es mucho más limitado.

El papel de la Ley 15/2022 en este sentido ha consistido básicamente en establecer un marco general que favorezca la aplicación de medidas promocionales en los distintos ámbitos de la sociedad a través de otros instrumentos, ya sea leyes en sentido formal, normas reglamentarias, políticas públicas, o medidas de acción positiva o de responsabilidad social corporativa. Así deben interpretarse, por ejemplo, los preceptos relativos a la formación y sensibilización en materia de igualdad de trato en distintos ámbitos (arts. 12.3, 13.3, 13.6, 14, 24.2, 33.4, 33.4, 38 y 54), la elaboración de estudios y estadísticas (art. 36), las medidas de acción positiva o responsabilidad social (arts. 6.7, 10.2, 33.1 y 33.2), la estrategia estatal contra la discriminación (art. 34), el condicionamiento de subvenciones públicas (art. 37) y la posibilidad de establecer mecanismos de transparencia salarial (9.6), entre otros. Indudablemente, las medidas finalmente adoptadas tienen que centrarse en un número limitado de factores de discriminación para resultar realmente operativas<sup>47</sup>, pero su determinación no corresponde a esta ley general sino al instrumento que recoja estas previsiones. Por consiguiente, el efecto de estos preceptos es fundamentalmente simbólico, en la medida en que se limita a poner de manifiesto posibilidades de regulación que seguramente ya existían antes de la promulgación de la ley. No hay ningún obstáculo real para que todas estas previsiones legales sean completamente ignoradas por sus destinatarios; quizás en determinadas circunstancias la acción positiva resulte exigible a los poderes públicos, pero ello no deriva directamente de estas previsiones legales. Ahora bien, esta preeminencia de lo simbólico no resulta criticable, porque no puede exigirse a una ley general e “integral” que aborde los problemas concretos que se

<sup>47</sup> La previsión de transparencia salarial (art. 9.6) parece referirse a todas las causas imaginables, dada la cláusula abierta del art. 2.1 al que se remite, pero naturalmente, esto es imposible. Tampoco puede interpretarse que se refiere a todas y cada una de las causas expresamente mencionadas (excluyendo la cláusula abierta), porque, de todos modos, esto resulta impracticable por diversos motivos, entre ellos, la imposibilidad de acceder a la información necesaria. En realidad, no parece deseable que el empresario recopile datos privados sobre circunstancias personales de los trabajadores para ubicarlos en estos grupos sociales, ni siquiera contando con su consentimiento, por lo que es probable que esta posibilidad abierta por la ley nunca llegue a desarrollarse, pero, si lo hace, resulta esperable que solo lo haga en relación con determinados indicadores relativamente “objetivos” y accesibles, como la discapacidad oficialmente reconocida o la nacionalidad como aproximación imperfecta al origen nacional.

plantean respecto a cada uno de los grupos sociales subordinados. Por otra parte, este efecto simbólico no es desdeñable, puesto que puede cumplir una función positiva de estimular las medidas promocionales, dentro de las limitaciones del contexto. Por otra parte, seguramente estas previsiones pueden aportar mayor seguridad jurídica respecto a la existencia de una base normativa para la adopción de este tipo de medidas, si su validez se cuestionara invocando la supuesta neutralidad de los poderes públicos o el principio de igualdad formal. A nuestro entender, su conveniencia u oportunidad derivan directamente del art. 9.2 CE, pero, dado que en la sociedad existen visiones contrapuestas respecto al alcance de la igualdad sustancial, su concreción en la ley parece muy oportuna. Asimismo, resulta también significativo que la ley haya incluido un concepto general, de “medidas de acción positiva” bastante apropiado, que va más allá del lenguaje individualista de las directivas antidiscriminatorias y de su desarrollo inicial en la Ley 62/2003, reconociendo abiertamente su vinculación con la dimensión social de la discriminación. Por otra parte, también merece una valoración favorable que se hagan explícitos los límites de las distinciones positivas que implican diferencias de trato, en el mismo sentido que el art. 11.1 LOIEMH.

Ahora bien, el carácter potencialmente ilimitado de las causas resulta más problemático cuando se exige a determinados sujetos públicos o privados que garanticen ciertos resultados, removiendo todas las dificultades que pudiera suponer la adscripción a cualesquiera grupos sociales. Así, los empresarios y otros prestadores de servicios pueden hacerse responsables por omisión cuando no hayan adoptado medidas, no solo reactivas, sino también preventivas frente a la discriminación (arts. 25.1, 25.2 y 27.2). Lógicamente, será necesario que concorra un mínimo requisito de culpabilidad, aunque muy aminorado en los supuestos del art. 1903 CC. Por lo tanto, solo podrá exigirse a estos sujetos que adopten medidas frente a las manifestaciones y causas de discriminación que resulten razonablemente previsibles en su contexto concreto. En este sentido, esta obligación no es tan precisa como la prevista en el art. 48.1 LOIEMH respecto a la prevención del acoso sexual y sexista y la comisión de delitos contra la libertad sexual, que resulta en todo caso obligatoria.

Por otra parte, también se producen problemas en lo que refiere a la operatividad del concepto de discriminación indirecta [art. 6.1 b)], a pesar de que en este caso no es necesario que concorra un elemento subjetivo de culpabilidad. A nuestro entender, la aplicación cabal de esta institución requiere un análisis transversal de la realidad socio-jurídica por parte de los intérpretes y operadores jurídicos y ello solamente parece viable cuando se aplica a un número restringido de grupos sociales y no a cualquier colectividad imaginable, presente o futura. De hecho a nuestro juicio, a pesar de la redacción individualista de la definición, la prohibición de discriminación indirecta solo se puede aplicar a los colectivos que efectivamente se encuentren en una posición estructural de subordinación en el



contexto de referencia, porque atiende precisamente a esta desventaja colectiva<sup>48</sup>. En la práctica, los operadores jurídicos deberán identificar en cada ámbito cuáles son los grupos sociales relevantes, lo que resulta relativamente fácil, pero puede complicarse con la aparición de nuevas causas. Ciertamente, la legislación más específica, referida a causas de discriminación concretas o a esferas de la sociedad determinadas, podría contribuir a esta tarea especificando los colectivos afectados.

Un problema similar se plantea con el principio de transversalidad de la no discriminación en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas del art. 4.3 de la Ley 15/2022, norma que corre un alto riesgo de pasar desapercibida, pero que podría desplegar una importancia notable si se lleva hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, ciertamente es difícil de concretar si se aplica a una cláusula abierta. Desde luego, no puede ser equivalente al principio de transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres previsto en el art. 15 LOIEMH, que es mucho más intenso y exigente, en la medida en que las mujeres no son una minoría social, sino que componen aproximadamente la mitad de la población y que la clasificación binaria de género, arraigada en todas las sociedades humanas conocidas a lo largo de la historia, termina desplegando efectos sobre la casi totalidad de los ámbitos sociales, aunque a menudo de manera implícita. En cambio, no parece razonable exigir al intérprete que tome en consideración de manera hipotética el impacto de cualquier norma, en cualquier ámbito social, sobre cualquier grupo social imaginable; una vez más, habrá que identificar cuáles son los grupos que es necesario tomar en consideración en cada ámbito social, lo que sería conveniente que hiciera la normativa más específica de cada causa o situación.

En definitiva, consideramos que la ley en este caso sí que ha abordado de manera adecuada las contradicciones derivadas de la tensión entre el modelo universalista y el modelo particularista, por más que hubiera sido deseable una definición de discriminación indirecta más apegada a la dimensión social de la discriminación. No obstante, debe tenerse en cuenta que los mandatos genéricos de transversalidad tienen un impacto más limitado que las medidas referidas a colectivos individualizados. Esto implica, de un lado, que la existencia de una ley “integral” no elimina la necesidad de establecer disposiciones específicas para causas particulares y, de otro lado, que la aplicación restrictiva de los mandatos genéricos de transversalidad no puede extenderse a las reglas más concretas ya existentes respecto a estas causas específicas, lo que, en cualquier caso, se hace explícito en el art. 7.

<sup>48</sup> Aunque no podemos detenernos aquí en el argumento, la prohibición de discriminación directa y de acoso discriminatorio puede afectar a grupos que no se encuentran en una situación de especial desventaja sistemática en un contexto social determinado o incluso -aunque raramente- a la mayoría social.

## 6. CONCLUSIÓN

La Ley 15/2022 ha cubierto una importante carencia del ordenamiento jurídico español, en el que no existía hasta la fecha una ley estatal que se ocupara de manera integral de todas las causas de discriminación a las que se refiere el segundo inciso del Art. 14 CE, tomando en consideración asimismo que la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE se había planteado de manera defectuosa a través de la Ley 62/2003, que, por otra parte, inexplicablemente, sigue en vigor.

En este contexto, la ley tiene el reto de articular debidamente las exigencias del modelo constitucional de prohibición de la discriminación, de carácter universalista, con el modelo particularista de las directivas antidiscriminatorias. Una conexión adecuada entre estos dos modelos de regulación de la discriminación permitiría, a nuestro juicio, aprovechar las ventajas y sortear los inconvenientes de cada uno de ellos, maximizando la eficacia de la normativa antidiscriminatoria desde las perspectivas preventiva, tutelar y promocional y conectando adecuadamente la dimensión individual de la discriminación con su necesaria dimensión grupal o colectiva.

Sin embargo, la nueva ley, a pesar de sus innegables virtudes, ha fracasado parcialmente en este intento, no por falta de voluntad del legislador, sino más bien por un defecto puramente técnico, que es la ausencia de un concepto realmente “integral” de discriminación. La necesidad de una definición adecuada no resulta tan palpable en un modelo particularista, pero se hace imprescindible en el contexto universalista, porque en él existe un mayor riesgo de que la noción de discriminación se disuelva en el principio de igualdad formal, difuminando notablemente su dimensión grupal. Como consecuencia de ello, en los casos más dudosos resulta muy difícil identificar los supuestos de discriminación, en detrimento de las funciones preventiva y tutelar. Por otra parte, este problema ha llevado a una inaceptable traslación del esquema de justificación indirecta a las distinciones directas, que en realidad se opone al Derecho de la UE y a la doctrina constitucional y podría acarrear graves consecuencias.

En cambio, la función promocional no se ha visto especialmente afectada por esta carencia, dado que no necesita tanto de un concepto analítico y abstracto como del reconocimiento de la existencia de desigualdades estructurales entre los grupos humanos, que es patente en el texto de la ley. En este caso, la ley consigue su propósito de constituir un marco de ordenación básico para las medidas futuras de apoyo a colectivos subordinados, que necesariamente debe llevarse a cabo de manera particular. Aunque su impacto real es ciertamente limitado, esto se debe a su propia naturaleza de ley general e integral. De cualquier modo, es preciso evitar el riesgo de que esta ley, en contra de sus propósitos declarados, termine sirviendo como pretexto para devaluar las políticas más concretas de igualdad que se refieren a colectivos específicos, por cuanto, en realidad, las perspectivas universalista y particularista deben operar de manera complementaria para garantizar la igualdad real y efectiva de las personas y grupos en nuestra sociedad.