

# LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA<sup>1</sup>

ABRAHAM BARRERO ORTEGA  
*Universidad de Sevilla*

1. Por discriminación se entiende el trato diferenciado y perjudicial que se da a una persona o a un grupo en atención a una característica personal “protegida”. Trato diferenciado y desigual en diversos ámbitos de la vida social en función de una o varias categorías, sean estas reales, atribuidas o imaginarias, tales como el sexo, el género, la edad, la raza, la etnia, la religión o la clase social. La discriminación comporta una conducta de desprecio contra un individuo sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida y que tiene por efecto dañar su dignidad. Una conculcación cualificada de la igualdad.

El artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), en íntima relación con la cláusula general de igualdad ante la ley (art. 20), consagra la interdicción de la discriminación. La Carta contiene, de un lado, un principio general (todas las personas son iguales ante la ley) y, tras él, una prohibición del trato discriminatorio en razón de circunstancias concretas. Esta estructura, aunque pueda ser reprobable desde un punto de vista lógico, es frecuente en otras Constituciones nacionales y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y muestra, en último análisis, que el mandato de no discriminación ha adquirido un sentido autónomo,

---

<sup>1</sup> Este trabajo es resultado del proyecto de investigación Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social (US-1264479).

específico y concreto, de suerte tal que se puede colegir que no toda vulneración del derecho a la igualdad constituye un acto discriminatorio, pero toda vulneración del derecho a la no discriminación comporta desigualdad<sup>2</sup>.

Como certifica la Carta, igualdad y no discriminación son conceptos diferentes, aunque guardan una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación). La prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es una circunstancia personal especialmente odiosa y, por ende, sospechosa. En teoría, hay que distinguir entre el principio general y la doctrina de la diferencia jurídica de trato razonable y la prohibición de discriminación *stricto sensu*.

La discriminación no es simple desigualdad, sino un tipo especial de diferencia de trato caracterizado por la naturaleza despreciable del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por consiguiente, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo. Hay una enorme cantidad de rasgos y caracteres personales y sociales que el autor de la norma puede utilizar para establecer distinciones jurídicas y sociales sin afectar a la dignidad de los perjudicados por ellas. En cambio, las diferenciaciones por rasgos como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o las opiniones históricamente han tendido a afectar no tanto a las acciones de las personas, en cuanto modificables, como a las personas mismas o a su modo de ser, exigiendo de ellas un cambio, a veces física o psicológicamente imposible o muy difícil, pero en todo caso moralmente inaceptable.

2. Entre los criterios sospechosos de discriminación, la Carta menciona expresamente el sexo, la orientación sexual, la raza, el color, el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, la discapacidad y la edad. La lista se inspira en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), completada con la referencia a la orientación sexual, a las características genéticas (recogiéndose así lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997) y a la discapacidad.

Aceptada esta gradualidad en la gravedad de los supuestos de diferenciación, el paso de las discriminaciones a las simples desigualdades ante la ley no puede considerarse como un salto cualitativo e inabarcable. En tal sentido, cabe elogiar la previsión jurídica de cláusulas discriminatorias abiertas, que

---

<sup>2</sup> MANGAS MARTÍN, A.: "No discriminación", en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid 2008, 396-408.

faciliten la especial protección de nuevas formas de discriminación, auspiciando el desarrollo de una mayor conciencia social hacia formas de desigualdad que, en realidad, siempre han sido intolerables, como hacia los enfermos, discapacitados o las personas con orientaciones sexuales minoritarias. La Carta, al prohibir “en particular”, no exclusivamente, la discriminación por los motivos expresamente mencionados, no se cierra a otros rasgos similares en gravedad a los explícitamente mencionados<sup>3</sup>.

La lista del artículo 21.1 CDFUE no es, pues, un *numerus clausus*, sino una lista abierta -que no se agota en sus propios términos- sino que admite la acumulación o inclusión de nuevos estereotipos y prejuicios-, puesto que está precedida por la locución “en particular”. Entre las discriminaciones prohibidas están también las originadas por “cualquier otra situación” (art. 14 CEDH), aunque, como es obvio, esta cláusula no puede ser interpretada en sentido puramente literal, pues las normas jurídicas toman muchas veces en consideración, y de modo inobjetable, circunstancias personales o sociales de sus destinatarios.

Así, en efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha estirado la interdicción de discriminación a circunstancias como la enfermedad (STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Daouidi*), la obesidad (STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*), la apariencia física o el apellido (STJUE de 14 de marzo de 2017, *Bouagnaoui*) o la estatura (STJUE de 18 de octubre de 2017, *Kalliri*), unas veces por la vía de una interpretación extensiva de los motivos explícitamente contemplados en el artículo 21 y otras veces por la vía de la ampliación de esos motivos. En alguna ocasión, la ampliación se ha visto favorecida por la regulación de las dos directivas del 2000, de igualdad de trato en el empleo y de igualdad racial, o por el complemento normativo de los Estados para su efectiva implementación o transposición al Derecho interno o nacional. La ampliación jurisprudencial es, pues, más factible cuando el TJUE cuenta con norma comunitaria o transposición nacional en la que apoyarse.

3. La tutela antidiscriminatoria deducible del artículo 21 CDFUE comprende toda una serie de acciones encaminadas a erradicar la discriminación. En atención a los distintos escenarios discriminatorios, cabría distinguir diferentes aproximaciones y, en último término, actuaciones frente al trato (norma, disposición o práctica) diferenciado y perjudicial en razón de alguno de los criterios sospechosos del artículo 21. La jurisprudencia más reciente del TJUE abunda, en efecto, en esta pluralidad de enfoques y acciones para una más eficaz protección antidiscriminatoria. Acciones frente a la discriminación directa,

---

<sup>3</sup> MANGAS MARTÍN, A., *op.cit.*

indirecta, por asociación o múltiple y de legitimación de la acción positiva y discriminación inversa.

4. Desde luego, el Derecho antidiscriminatorio incorpora la prohibición de la discriminación directa, esto es, la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada en atención a esos criterios sospechosos de manera menos favorable que otra en situación comparable. El trato diferenciado y desfavorable obedece a uno de los motivos de discriminación proscritos, siendo ese motivo el que directamente se tiene en cuenta. Existe una relación de causalidad directa entre el trato diferenciado y el motivo sospechoso. La discriminación directa implica una causa, por así decir, visible o grosera de diferenciación.

Así, en cuanto a la discriminación por razón de sexo, el TJUE tiene establecido que el despido o la no renovación de un contrato de duración determinada es discriminatoria si está motivado por el embarazo de la trabajadora (SSTJUE de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar y Tele Danmark A/S*); también ha considerado que el despido de una mujer durante su embarazo por ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo es una discriminación directa prohibida por razón de sexo (STJUE de 30 de junio de 1998, *Brown*). Por otra parte, ha interpretado que el despido de una trabajadora que se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación *in vitro* y que, por este motivo, está temporalmente ausente constituye una discriminación directa por razón de sexo, dado que tal tratamiento solo afecta a las mujeres (STJUE de 26 de febrero de 2008, *Mayr*).

En lo que respecta a la discriminación por razón de orientación sexual, el TJUE ha precisado que un trabajador que ha celebrado un pacto civil de convivencia (PACS) con su pareja del mismo sexo tiene derecho a obtener las mismas ventajas que las que se conceden a los trabajadores heterosexuales en caso de matrimonio, como varios días de permiso especial retribuido y una prima salarial, cuando las parejas homosexuales no puedan legalmente contraer matrimonio; el "PACS" tiene el mismo valor jurídico que el matrimonio a efectos de tal permiso especial (STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Hay*).

Con respecto a la discriminación por razón del origen étnico, el TJUE ha sentado que existe una discriminación directa cuando un empleador hace saber públicamente que no contratará a trabajadores de un determinado origen étnico. El asunto tenía su origen en las declaraciones públicas de un director de empresa en las que expresaba su negativa a contratar extranjeros debido a las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado para la instalación de puertas de garaje (STJUE de 10 de julio de 2008, *Feryn*). Asimismo, ha admitido que podía apreciarse una discriminación por razón del origen étnico cuando, en un barrio poblado principalmente por personas de etnia gitana, los contadores

eléctricos están instalados a una altura inaccesible (entre seis y siete metros), mientras que los mismos contadores están instalados en otros barrios a una altura accesible. Tal práctica no solo hace sumamente difícil, o incluso imposible, que los interesados examinen su contador eléctrico para controlar su consumo, sino que también es ofensiva y estigmatizadora.

En lo que concierne a la discriminación por razón de discapacidad y enfermedad, el TJUE define la discapacidad como una limitación, derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas de larga duración, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El TJUE ha subrayado que una enfermedad no puede asimilarse pura y simplemente a una discapacidad. En cambio, en el caso de que la enfermedad u otro problema de salud respondan a esta definición (lo que puede ocurrir, por ejemplo, con la obesidad), deben considerarse una discapacidad con independencia de su naturaleza y de su origen. Una persona despedida por causa de una enfermedad de ese tipo es víctima de una discriminación directa por razón de discapacidad (STJUE de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, de 11 de abril de 2013, *Ring y Skouboe Werge*, y de 18 de diciembre de 2014, *FOA*).

En relación a la discriminación por razón de edad, el TJUE ha reconocido la existencia de discriminación directa cuando un trabajador se ve privado de una indemnización por despido porque puede percibir una pensión de jubilación (STJUE de 12 de octubre de 2010, *Andersen*).

Con relación a la discriminación por razón de religión, y por lo que respecta a la contratación, el TJUE ha considerado que el requisito de pertenencia religiosa para un puesto dentro de una iglesia o de una organización religiosa debe poder someterse a un control efectivo por parte de los órganos jurisdiccionales estatales a fin de desterrar cualquier práctica de discriminación directa. Dicho requisito debe ser necesario en atención a la tendencia de la iglesia o de la organización, esto es, por la naturaleza o el contexto en el que se desarrolle la actividad profesional de que se trate y atenerse al principio de proporcionalidad (STJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger*).

Y, en fin, en materia de discriminación por razón de lengua, el TJUE ha estimado que la publicación en tres lenguas (alemán, inglés y francés) de los anuncios de concurso para la selección de los funcionarios de la Unión Europea y la obligación de realizar las pruebas de selección en una de esas tres lenguas constituyen una discriminación por razón de la lengua (STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Italia/Comisión*). Anteriormente, ya había precisado, en repetidas ocasiones, que el principio de no discriminación se opone a que los conocimientos lingüísticos necesarios para un empleo deban haberse adquirido imperativamente en el Estado miembro de que se trate o deban acreditarse mediante un certificado

expedido por dicho Estado miembro (SSTJUE de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, y de 6 de junio de 2000, *Angonese*).

5. Con carácter general, el TJUE afronta estos supuestos desde la perspectiva de la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado. Maneja el estándar de control convencional en materia de diferenciaciones normativas; no es frecuente que aplique un filtro más riguroso a las diferenciaciones basadas en los criterios expresamente prohibidos por el artículo 21. La interdicción de discriminación no impide al legislador (o aplicador) introducir tratamientos diferenciados siempre que la diferencia sea razonable (por todas, SSTJUE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, de 1 de marzo de 2011, *Test-Achats*, y de 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui*).

En tal sentido, el TJUE tendrá en cuenta el fin pretendido por la norma y la adecuación/idoneidad de la medida (diferenciadora) adoptada para lograrlo. Toda desigualdad no representa necesariamente una discriminación injustificada. La discriminación se da si la desigualdad está desprovista de una justificación; la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. La apreciación de en qué medida la norma ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada a su autor. Pero tal valoración tiene límites: la desigualdad irrazonable y, en consecuencia, discriminatoria y la desproporción del tratamiento diferenciado.

Las diversificaciones normativas son, pues, conformes a la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con el Derecho de la UE y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin (STJUE de 18 de julio de 2013, *Sky Italia Srl*).

El trato diferenciado es conforme a la igualdad cuando cabe discernir en él una finalidad localizable (explícita o implícitamente) en el ordenamiento comunitario (STJUE de 20 de septiembre de 1988, *España/Consejo*) o, cuando menos, no contradictoria con el sistema jurídico de la UE (STJUE de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y Natale y Pontillo*).

Al legislador no se le exige la adopción de la medida óptima, ni siquiera la más adecuada; el límite está en el patente desajuste entre las consecuencias de la medida adoptada y el fin aparentemente pretendido, esto es, en la desproporción.

La amplia deferencia hacia el legislador se mantiene no sólo respecto a la apreciación de la causa objetiva y razonable, sino también respecto a la adecuación entre el trato diferenciado y el fin y la proporcionalidad *stricto sensu*. Tampoco cabe apreciar un criterio general en la determinación de cuál sea el medio oportuno para el restablecimiento de la igualdad en la ley, si la eliminación (STJUE de 11 de abril de 2013, *Soukupova*) o la extensión del trato diferenciado (STJUE de 9 de marzo de 2017, *Milkova*)<sup>4</sup>.

La razonabilidad y proporcionalidad del tratamiento diferenciado es, en suma, la clave. Ahí es donde diariamente se mueve la interpretación del juez europeo y ahí es donde hay que acertar en, sobre todo, la identificación de la causa objetiva y razonable que avala la diferencia de trato, descartando así el trato discriminatorio directo (entre otras muchas, la ya citada STJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger*).

6. Por otra parte, la tutela antidiscriminatoria se extiende a la discriminación indirecta, esto es, la que causan disposiciones o prácticas aparentemente neutras pero cuya aplicación pone en desventaja a un colectivo frente a otro. Un criterio aparentemente neutro provoca la colocación en una situación de desventaja a un grupo de personas. Se trata de reaccionar frente al trato jurídico formalmente neutro del que derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro colectivo (de ahí que a este tipo de discriminación se la denomine también discriminación de impacto).

En tal sentido, hay que valorar las consecuencias de la disposición o práctica y no sólo su (neutra) intención, de modo que si excluye o discrimina y no puede demostrarse su utilidad debe prohibirse (SSTJUE de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, de 17 de julio de 2014, *Leone y Leone*, y de 18 de octubre de 2017, *Kalliri*). El juicio de razonabilidad y proporcionalidad *stricto sensu* del trato diferenciado se ve modulado ante la necesidad de apreciar las diversas condiciones fácticas que se dan y el impacto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo.

La comparación no opera entre individuos sino entre colectivos en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales. También constituye discriminación indirecta la concesión de diferentes derechos a uno u otro sexo en base a estereotipos de carácter físico o fisiológico.

---

<sup>4</sup> Sí que pueden extraerse pautas algo más fiables de la jurisprudencia del TJUE relativa a la igualdad y no discriminación entre los trabajadores. Ha de tenerse en cuenta que se trata de un ámbito en el que la UE cuenta con una abundante y detallada normativa tuitiva, lo que facilita la ponderación y, en último análisis, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad (SSTJUE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*, y de 9 de noviembre de 2017, *Espadas*).

Así, el TJUE ha declarado que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de un plan de pensiones de empresa puede constituir una discriminación indirecta de las mujeres si dicha exclusión afecta a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres y toda vez que no esté objetivamente justificada por factores independientes de cualquier discriminación por razón de sexo (STJUE de 13 de mayo de 1986, *Bilka*).

Del mismo modo, en unos asuntos en los que unas trabajadoras habían sido despedidas porque llevaban el pañuelo islámico en el lugar de trabajo, el TJUE reconoció que, en principio, una empresa puede prohibir a sus empleados, mediante una norma interna, el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso. Tal prohibición general no constituye una discriminación directa. Sin embargo, puede constituir una discriminación indirecta si ocasiona una desventaja particular a quienes profesan una determinada religión. No obstante, incluso en tal caso, la prohibición puede estar justificada cuando el empresario aplica, en las relaciones con sus clientes, una política de neutralidad y la prohibición atañe únicamente a los trabajadores que estén en contacto visual con los clientes. En su caso, el empresario debe comprobar si puede ofrecer a la persona de que se trate un puesto de trabajo que no conlleve tal contacto. Sin embargo, el Tribunal de Justicia precisó que la mera voluntad de un empresario de satisfacer el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional que excluya la existencia de una discriminación (SSTJUE de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions* y *Bougnaoui*).

Una medida orientada a impedir la discriminación indirecta es el deber de “ajuste o acomodo razonable” que, según el artículo 5 de la directiva 2000/78/CE de igualdad laboral, consiste en adoptar aquellas medidas apropiadas para posibilitar a una persona con discapacidad tener acceso o participar en el progreso en el empleo o la formación, a menos que tales medidas impongan una carga desproporcionada al empleador. Tratar de modo idéntico a discapacitados y no discapacitados sería una conducta que impactaría negativamente sobre estos últimos.

El TJUE ha interpretado el art. 2.2 b) de la directiva en el sentido de que el despido por “causas objetivas” de un trabajador con discapacidad, debido a que este cumple los criterios de selección generales tomados en consideración para determinar a las personas que van a ser despedidas -como presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo-, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, “a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma directiva, a fin de garantizar la

observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades” (STJUE de 11 de septiembre de 2019, *DW*).

El derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad comprende, pues, el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurrir en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes.

Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite -conforme a la normativa aplicable- el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada; en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho. En todo caso, hay que precisar que la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad.

Tan pronto como un trabajador o trabajadora acredite la existencia de una discapacidad, el empleador debe tener en cuenta los obstáculos específicos con los que este se enfrenta y cumplir con su obligación de adoptar ajustes razonables en el puesto de trabajo para garantizar a quien la padece el ejercicio de sus derechos en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones que las demás personas.

Como resulta evidente, el problema de la cláusula de ajuste o acomodo es su carácter abierto e indeterminado, puesto que se establece bajo la reserva de no constituir una carga desproporcionada para el empleador. La exposición de motivos de la directiva de igualdad laboral proporciona algunos criterios para acotar la ambigüedad inicial de la cláusula, como el coste económico del deber, los recursos financieros de la empresa u organización de que se trate y la posibilidad de obtener fondos públicos o de otro tipo con esta finalidad.

En cualquier caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, el empleador debe exteriorizar la motivación de la decisión adoptada, en particular si se aprecia la improcedencia o imposibilidad de los ajustes solicitados. En caso contrario, la adopción de medidas como el despido o la imposición de una sanción de carácter disciplinario, que estén relacionadas con dificultades en el desempeño de sus funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables, incurrirán en discriminación prohibida.

El deber de acomodación razonable juega en relación con la discapacidad, pero también podría hacerlo respecto de la religión o convicción (así, las precitadas SSTJUE de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions y Bougnaoui*)<sup>5</sup>.

7. La discriminación por asociación es aquella que puede sufrir alguna persona por su relación con otras en especiales circunstancias. La circunstancia personal o social que motiva el trato peyorativo no concurre en la persona, sino en alguno de sus allegados o persona asociada. Se transfiere o refleja el factor personal de un individuo hacia otro, que es quien sufre el trato discriminatorio. Así, para apreciar la discriminación ya no se atiende solo a un sujeto sino a dos, el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado, de modo que se trata de la discriminación refleja o interpuesta (*rectius*, mediando interposición).

En tal sentido, el TJUE ha considerado que la discriminación por discapacidad ampara también a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación directa o acoso en el empleo por estar vinculadas a una persona discapacitada. El Derecho de la Unión protege, por ejemplo, a los trabajadores que sufren una discriminación por razón de discapacidad de un hijo. La prohibición de discriminación directa no se circunscribe exclusivamente a las personas discapacitadas, sino que engloba también a los trabajadores que deben dispensar cuidados a un hijo discapacitado (STJUE 17 de julio de 2008, *Coleman*). Queda la duda sobre el radio de personas relacionadas con el trabajador (además del hijo) que deben tomarse en cuenta a estos efectos. Más que el parentesco, quizá deban interesar los vínculos reales. En todo caso, quien alegue trato discriminatorio ha de aportar al menos datos indiciarios de ello.

Más recientemente, la STJUE de 20 de junio de 2019, *Jamina Hakelbracht y otros*, avanza en la misma dirección. Aquí se trata de una empleada del Departamento de Recursos Humanos a quien la empresa le encomienda la selección de una persona para su contratación, siendo desechada su propuesta porque la hace a favor de una mujer embarazada. Tras las protestas de la

---

<sup>5</sup> Véase *in extenso* ELÓSEGUI ITXASO, M.: *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.

empleada por la conducta de su empresa, es despedida meses después, al amparo de motivos genéricos. El Tribunal de Luxemburgo concluye que el Derecho de la UE se opone a que solo esté protegido frente a represalias quien apoya a la persona eventualmente discriminada por razón de sexo en el marco de una prueba testifical. Otras actuaciones de apoyo, formales o informales, incluso acaecidas en el interior de la empresa, deben beneficiarse de la no discriminación por asociación o irradiación.

8. Otra forma de discriminación que puede ser directa o indirecta pero que, en todo caso, supone un trato desfavorable es la discriminación múltiple o interseccional. La discriminación múltiple hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables (por ejemplo, la edad, la discapacidad, el origen étnico o social, el género, la opinión política, etc.), produciendo una forma única y nueva de discriminación que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada (STEDH de 8 de diciembre de 2009, *Muñoz Díaz*).

La interseccionalidad no se produce por la simple concurrencia simultánea en el tiempo de dos o más factores de discriminación. Hay que identificar las formas puntuales de discriminación para encontrar nexos en las estructuras de los sistemas de opresión que puedan explicar sus distintas manifestaciones. Porque no cualquier combinación de factores permitirá identificar un grupo discriminado; para apreciar la discriminación interseccional cabrá exigir su basamento en estereotipos sociales negativos que afectan a esa intersección, describiendo un resultado final, particular y propio, consecuencia de la sincrónica actuación de dos o más factores discriminatorios concurrentes<sup>6</sup>. (Abril Stoffels, 2013).

De lo que se trata es de multiplicar esfuerzos para articular respuestas eficaces, que no sean parciales, sino integrales, transversales y colectivas. En esta línea, las mismas directivas comunitarias aluden a la discriminación múltiple, aunque sin definirla con precisión. El uso entusiasta que este término está alcanzando en el lenguaje político no se compadece, sin embargo, con la escasa claridad que, al menos por el momento, acompaña a su sentido y alcance desde el punto de vista estrictamente jurídico<sup>7</sup>. No está claro que esta categoría tenga consecuencias jurídicas distintas a las de una discriminación por un solo motivo (STJUE de 24 de noviembre de 2016, *David L. Parris*).

Sea como fuere, en la medida en que la discriminación múltiple presenta unas características singulares, debieran establecerse mecanismos (nulidad,

---

<sup>6</sup> ABRIL STOFFELS, R.: "El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 2013, 309-326.

<sup>7</sup> REY MARTÍNEZ, F.: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008, 251-283.

indemnizaciones, sanciones, acciones positivas, acomodo razonable, etc.) que permitan luchar específicamente contra esta forma de discriminación. Es un ámbito en el que, partiéndose del modelo anglosajón de Derecho antidiscriminatorio, es perceptible la existencia de diferentes modelos existentes en los Estados miembros<sup>8</sup>. Reto de futuro, sin duda, para la jurisprudencia del TJUE.

9. La acción positiva o afirmativa supone el trato desigual favorable orientado a compensar las desventajas de colectivos tradicionalmente relegados. La acción positiva *stricto sensu* incluye ventajas o tratamientos preferenciales a favor de los colectivos víctimas de discriminación grupal, con el objetivo de reequilibrar una situación de partida desigual y corrigiendo el “efecto natural” de las pautas discriminatorias socialmente generalizadas.

Los rasgos que justifican las acciones positivas son los criterios de diferenciación que paradójicamente son sospechosos y respecto de los cuales se impone la no discriminación. Lo que se pretende compensar con la acción positiva no es una situación individual de inferioridad sino la minusvaloración por la pertenencia a un grupo que comparte un rasgo históricamente marginado por la sociedad.

Tradicionalmente se ha considerado que los rasgos legitimadores de las acciones positivas son transparentes e inmodificables, es decir, no voluntarios, y como tales la raza o etnia (directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, de igualdad racial) y el sexo (arts. 19 y 157.4 TFUE y directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación), aunque a día de hoy otros rasgos van abriéndose camino: religión o convicción, discapacidad, edad y orientación sexual (art. 19 TFUE y directiva 2000/78/CE del Consejo, de igualdad de trato en el empleo).

El TJUE ha avalado la conformidad al Derecho de la UE de la preferencia de las mujeres en el acceso a la función pública, siempre a igualdad de otros méritos, sin automatismos (STJUE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*) y en tanto dure la situación de infrarrepresentación.

El Tribunal de Luxemburgo constata que, ante una promoción “en caso de igual capacitación existe la tendencia a preferir a los hombres en detrimento de las mujeres como consecuencia de los prejuicios tenaces y de las ideas estereotipadas sobre la función y las capacidades de la mujer”. Cabe, pues, revertir la situación y conceder preferencia en la promoción a las candidatas (mujeres), en aquellos

---

<sup>8</sup> DE LAMA AYMÁ, A.: “Discriminación múltiple”, *Anuario de Derecho Civil*, 2013, 271-320.

sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, si presentan igual capacitación, siempre que la ventaja no sea automática y se garantice a los candidatos (hombres) un examen sin exclusión *a priori* de su candidatura.

No es admisible la acción positiva en favor de la mujer cuando se aplique de forma absoluta e incondicional. Pero sí cuando los demandantes de un empleo o de una promoción tengan la misma capacidad, haya más hombres que mujeres en el sector económico afectado, se descarte la prioridad en favor de las mujeres “cuando uno o varios de los criterios inclinen la balanza en favor del candidato masculino” y cuando esos criterios no sean discriminatorios para las mujeres candidatas.

En consecuencia, el TJUE estima razonable una ley que “tiene por objetivo preciso y limitado autorizar medidas aparentemente discriminatorias que intentan eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad de la vida social” (STJUE de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*).

10. Para concluir, una técnica o estrategia distinta de la acción positiva es la discriminación positiva o inversa, de aplicación en contextos de “especial escasez” (puestos de trabajo, listas electorales, etc.), lo que determina que el beneficio de ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y simétrico perjuicio a otras. La discriminación positiva no deja de ser una discriminación directa (esto es, un trato diferente y perjudicial para quien no está en algún aspecto socialmente en desventaja). Por ello, ha de ser admitida restrictiva y excepcionalmente, respetándose siempre la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado. Ha de quedar acreditada objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate. La regla de preferencia y el beneficio tienen, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración debe limitarse estrictamente al período de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida en el sector social donde la minoría estuviera subrepresentada. La discriminación positiva no puede actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población desplazado.

En suma, la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otra u otro similar y, simultáneamente, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. La acción positiva, en cambio, sólo acarrea la primera. Con todo, la delimitación conceptual de ambas categorías no siempre es clara en la jurisprudencia del TJUE (*vid.* las ya mencionadas SSTJUE *Kalanke* y *Marschall*)<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> RUIZ MIGUEL, A.: “La discriminación inversa y el caso *Kalanke*”, *Doxa*, 19, 1996, 123-140.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL STOFFELS, Ruth: "El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 2013, 309-326.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra: "Discriminación múltiple", *Anuario de Derecho Civil*, 2013, 271-320.
- ELÓSEGUI ITXASO, María: *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.
- MANGAS MARTÍN, Araceli: "No discriminación", en MANGAS MARTÍN, Araceli y GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto (coords.): *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid 2008, 396-408.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008, 251-283.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, 19, 1996, 123-140.

## JURISPRUDENCIA

- STJUE de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84.
- STJUE de 20 de septiembre de 1988, *España/Consejo*, 203/86.
- STJUE de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, C-379/87.
- STJUE de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88.
- STJUE de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y Natale y Pontillo*, C-133/93, C-300/93 y C-362/93.
- STJUE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, C-450/93.
- STJUE de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, C-409/95.
- STJUE de 30 de junio de 1998, *Brown*, C-394/96.
- STJUE de 6 de junio de 2000, *Angonese*, C-281/98.
- STJUE de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99.
- STJUE de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark A/S*, C-109/00.
- STJUE de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, C-13/05.
- STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05.
- STJUE de 26 de febrero de 2008, *Mayr*, C-506/06.
- STJUE de 10 de julio de 2008, *Feryn*, C-54/07.

- STJUE de 17 de julio de 2008, *Coleman*, C-303/06.
- STEDH de 8 de diciembre de 2009, *Muñoz Díaz*.
- STJUE de 12 de octubre de 2010, *Andersen*, C-499/08.
- STJUE de 1 de marzo de 2011, *Test-Achats*, C-236/09.
- STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Italia/Comisión*, C-566/10 P.
- STJUE de 11 de abril de 2013, *Soukupova*, C-401/11.
- STJUE de 11 de abril de 2013, *Ring y Skouboe Werge*, C-335/11 y C-337/11.
- STJUE de 18 de julio de 2013, *Sky Italia Srl*, C-234/12.
- STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Hay*, C-267/12.
- STJUE de 17 de julio de 2014, *Leone y Leone*, C-173/13.
- STJUE de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13.
- STJUE de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*, C-619/17.
- STJUE de 24 de noviembre de 2016, *David L. Parris*, C-443/15.
- STJUE de 1 de diciembre de 2016, *Daouidi*, C-395/15.
- STJUE de 9 de marzo de 2017, *Milkova*, C-406/15.
- STJUE de 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui*, C-188/15.
- STJUE de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15.
- STJUE de 18 de octubre de 2017, *Kalliri*, C-409/16.
- STJUE de 9 de noviembre de 2017, *Espadas*, C-98/15.
- STJUE de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, C-414/16.
- STJUE de 20 de junio de 2019, *Jamina Hakelbracht y otros*, C-404/18.
- STJUE de 11 de septiembre de 2019, *DW*, C-397/18.