

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**Boletim
da
Faculdade de Direito**

VOL. XCIX

Tomo II



COIMBRA
2023

Boletim da Faculdade de Direito

Início da publicação: Março de 1914

Publicação semestral

Propriedade e edição:

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Comissão redactora:

Almeida Costa — Castanheira Neves

Lopes Porto — Moura Ramos

Faria Costa — Aroso Linhares

João Loureiro

Redactor-Delegado:

João Carlos Loureiro

bfduc@fd.uc.pt

Correspondência editorial:

Comissão Redactora do Boletim da Faculdade

de Direito da Universidade de Coimbra

P-3004-528 Coimbra

PORTUGAL

Telefone: 239 859801/2

www.fd.uc.pt/bfd

Preço deste número: €24/IVA incluído

Execução gráfica:

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro, 2024

Impressão: Sersilito – Empresa Gráfica, Lda.

ISSN 0303-9773

Depósito legal: 2896/83

O *Boletim da Faculdade de Direito* está incluído no *Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP)* e no *Latindex*. Disponível na plataforma *HeinOnline*.

Edição apoiada pela



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Boletim da Faculdade de Direito



Índice

Doctrina

Rui Manuel de Figueiredo Marcos — <i>Do Paternalismo Régio de D. João VI ao Paternalismo Constitucional de D. Pedro I</i>	1
From the Royal Paternalism of John VI to the Constitutional Paternalism of Pedro I.....	10
João Paulo Remédio Marques — <i>O (Aparente) Paradoxo da Colisão entre Direitos de Patente: O Âmbito de Proteção de uma Patente Atingido pelo Âmbito de Proteção de Outra Invenção Patenteada</i>	11
The (Apparent) Paradox of the Collision Between Patent Rights: The Scope of Protection of a Patented Invention Affected by the Scope of Protection of Another Patented Invention.....	60
Luís Meneses do Vale — <i>Fóra da Lei: As Dobras Jurídico-Políticas do Exílio</i>	61
Outside the Law: The Legal-Political Folds of Exile.....	136
 Jornadas Coimbra — Santiago de Compostela	
João Carlos Loureiro — <i>(Des)Caminhos do(s) Constitucionalismo(s), (Des) Informação e Democracia: Entre Coimbra e Santiago. Notas Soltas de um Roteiro, ou sobre a Insuficiência dos Mapas</i>	137
Paths of (or Deviations from) Constitutionalism(s), (Dis)Information and Democracy: Between Coimbra and Santiago. Loose Notes from a Roadmap, or the Insufficiency of Maps.....	187
Jorge Alves Correia — <i>A Revisão de Ato(s) Administrativos Sancionatórios na Sequência de Decisão Proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Condenatória do Estado Português</i>	189
The Review of Administrative Sanctions Following a Judgment Handed Down by the European Court of Human Rights Condemning the Portuguese State.....	209

Carlos Teijo García — <i>La Regulación de los Subsidios a la Pesca en la OMC: Un Ejemplo de la Problemática Intersección del Derecho Internacional Económico, Marítimo y Medioambiental</i>	211
The Approval of the WTO Agreement on Fisheries Subsidies: An Example of the Problematic Intersection of the Economic, Maritime and Environmental International Law	225
Consuelo Ferreira — <i>Igualdad, Desigualdad y Discriminación en las Relaciones Laborales tras la Ley 15/2022, de 12 de Julio</i>	227
Equality, Inequality and Discrimination in Labour Relations under Law 15/2022 of July 12, 2022	262
Studia	
Mafalda Miranda Barbosa — <i>A Parte Geral do Código Civil: Um Diálogo Reformador entre o CC Português e o CC Brasileiro</i>	263
The General Part of the Civil Code: A Reforming Dialogue between the Portuguese and the Brazilian Civil Codes	282
David Magalhães — <i>Adoptio Naturam Imitatur. From Cicero to Its Modern Ditching</i>	283
Adoptio Naturam Imitatur. De Cicero ao seu Moderno Abandono	298
Varia	
I — <i>In Memoriam</i>	
1. Doutor Fernando Aguiar-Branco	
1.1. Rui Manuel de Figueiredo Marcos — <i>A Figura Insigne do Donor Aguiar-Branco</i>	299
II — <i>Homenagem</i>	
1. Professor Doutor Rui Manuel Gens Moura Ramos (5 de Maio de 2023)	
1.1. Jónatas E.M. Machado — <i>Palavras do Director da Faculdade de Direito</i> ..	315
1.2. Afonso Patrão — <i>“Última Lição” do Senhor Doutor Rui Moura Ramos ..</i>	317

1.3. Rui Manuel Moura Ramos — <i>Palavras Proferidas por Ocasião do Descerramento do Retrato na Sala do Conselho Científico</i>	331
2. Professor Doutor António Joaquim de Matos Pinto Monteiro (18 de Maio de 2023)	
2.1. Jónatas E.M. Machado — <i>Palavras do Director da Faculdade de Direito</i>	337
2.2. Paulo Mota Pinto — <i>“Última Lição” do Senhor Doutor António Pinto Monteiro</i>	341
2.3. António Pinto Monteiro — <i>Palavras Proferidas por Ocasião do Descerramento do Retrato na Sala do Conselho Científico</i>	359
3. Professor Doutor José Francisco de Faria Costa (14 de Julho de 2023)	
3.1. Jónatas E.M. Machado — <i>Palavras do Director da Faculdade de Direito</i>	371
3.2. José de Faria Costa — <i>Palavras Proferidas, na Sala 8 dos Gerais, por Ocasião do Descerramento do Retrato</i>	375
III — <i>Páginas Escolhidas</i>	
Léon Duguit — <i>“Le pragmatisme juridique”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 7 (1921-23) 386-406.</i>	383
IV — <i>Vida da Escola</i>	
1. <i>Seminário “Crianças e Jovens: Direitos, Acolhimento, Abuso Sexual”</i>	
1.1. <i>Palavras Proferidas pela Sub-Directora da Faculdade de Direito, Doutora Sandra Passinbas</i>	401
2. <i>Doutoramentos e Mestrados</i>	403
3. <i>Actividades Promovidas pela Direcção da Faculdade</i>	409
4. <i>Instituto Jurídico</i>	409
5. <i>Centros e Associações</i>	413
6. <i>Homenagens</i>	417
7. <i>Jornadas Coimbra — Santiago de Compostela</i>	417
V — <i>Permutas</i>	419

IGUALDAD, DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES TRAS LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO

CONSUELO FERRUDO *

I. General

Se ha puesto de manifiesto que en los albores de la Constitución poco debate hubo sobre la redacción de su art. 14. En el anteproyecto se declaraba: «todos los españoles son iguales ante ley, sin discriminaciones por razón de (...)», y tras una enmienda propuesta por el senador Camilo José Cela Trulock explicitó: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...)»¹. La sutil modificación parecía obedecer a una mejor construcción sintáctica de la frase, pero ha facilitado una posible conformación del derecho a la no discriminación como independiente, aunque intrínsecamente vinculado al derecho a la igualdad.

En efecto, se ha sostenido que la igualdad era un principio, evidentemente positivizado en el precepto constitucional, en cuya primera frase se formulaba éste desde una vertiente afirmativa: «los españoles son iguales ante la ley (...)»; mientras que en la segunda se efectuaba desde una negativa, la interdicción de la discriminación: «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...)». Subyacía en ambos casos el carácter «relacional» del principio toda vez que la igualdad no existe en sí y por sí misma de forma absoluta, no se preconiza en una persona. Necesita para

* Cfr. «Comentarios a la Constitución» en formato online: <<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>>.

preciación la comparación con otra. Y ello se predicaba tanto del reconocimiento de la igualdad entre personas, cuanto de la prohibición de la discriminación de unas frente a otras.

Tal vez esta doctrina sea la causa de que en el preámbulo de la Ley 2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se afirme mediante la combinación de los arts. 9, 10 y 14 del Texto Constitucional que «la no discriminación se constituye como un complemento del derecho a la igualdad y como garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas». Ese complemento aboca a la no discriminación, en efecto, tenga un vínculo indisoluble con la igualdad, por eso se entiende que el objeto de la Ley sea «garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación» (art. 1), lo que se repite en el título de su art. 4; al tiempo que extraña que ese único objeto (el de la igualdad y la no discriminación) sea definido en ese mismo art. 4 como «la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2». Acaso significa que el derecho que regula la norma es el derecho a la no discriminación confor- mado independientemente del derecho a la igualdad. Acaso, y como consecuencia de lo anterior, se regula principalmente el derecho a la no discriminación y se matiza el derecho a la igualdad que cuenta con un desarrollo constitucional parcial en otras normas, como la Ley Orgánica 2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Desde luego, no cabe obviar el dicho derecho a la igualdad para dar sentido al nombre de la Ley «integral para la igualdad de trato y la no discriminación» y se precisa siquiera un intento de poner orden en una cuestión terminológica con trascendencia jurídico-constitucional.

• Sobre el Art. 14 CE y la Ley 15/2022, de 12 de Julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación

Aunque la Ley Orgánica 3/2007 marcó un hito en el impulso de la igualdad real y efectiva, no supuso un desarrollo completo del art. 14 CE. Las razones de carácter técnico-jurídico lo han impedido. Una es el propio y predicado carácter «relacional» de la igualdad, insertado en su naturaleza, que impide una plasmación legal única, más admite su uso transversal en todas las parcelas de la vida pública y privada, en cuantas normas disci-

plinen los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico. De ahí, por ejemplo, la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI; o, incluso y en algunos aspectos (verbigracia, la discriminación múltiple e interseccional y el acoso con connotación sexual), de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Otra razón es la duda sobre la conformación constitucional de la igualdad. La genera la posición del art. 14 CE dentro del Título primero, «De los derechos y deberes fundamentales», y encabezando su Capítulo segundo, «Derechos y libertades, pero sin incluirse en la Sección primera de éste bajo el epígrafe «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que comprende los arts. 15 a 29, ambos incluidos. Con una extrema puridad, la doctrina académica ha excluido la igualdad del conjunto estricto y cerrado de derechos fundamentales dotados de reconocimiento constitucional. Anclaje de este sector lo constituye el art. 53.2 CE porque permite al ciudadano «(...) recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios (...) y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Luego: la igualdad no es un derecho fundamental, pues, si lo fuere, el constituyente se habría expresado como en el apartado 1 del citado art. 53, a saber: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». Oportunamente ese mismo precepto sirve también de anclaje al sector de la doctrina que atribuye a la igualdad el rango de derecho fundamental, incluso del más fundamental de todos ellos y de ahí la insistencia del constituyente en subrayarlo y diferenciarlo del resto: en primer lugar, estarían los derechos y libertades del art. 14 y, en segundo término, todos los otros derechos fundamentales y libertades públicas.

A los efectos prácticos, esta peculiar posición del art. 14 CE ha permitido otorgar a su contenido ese predicado carácter transversal, que como si de reglas físicas se manifestase «cruza en dirección perpendicular con aquello de que se trata». El carácter transversal supera de una forma práctica el escollo comentado de la naturaleza constitucional de la igualdad. Y porque en términos constitucionales la dignidad es el valor o la cualidad

riminación de la persona, no un derecho fundamental -rango del que disfruta en otros ordenamientos jurídicos foráneos- cuyo respeto sirve de fundamento del orden público y la paz social (art. 10.1 CE), la aplicación del derecho en general ha de preservar esa dignidad del mismo modo que corresponde a la igualdad irrigar el acervo de derechos y libertades, fundamentales o no, que las personas ostentan.

Sobre esta base, la Ley 15/2022 se atribuye en su preámbulo el carácter de norma «general, frente a las leyes sectoriales», al tiempo que no se reconoce innovadora u original en lo que atañe a la aplicación de la igualdad toda vez que el desarrollo del art. 14 CE, que también preconiza, se efectúa «incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto». Siempre sin olvidar de que es un desarrollo básico, mínimo o común, para la defensa y preservación de la igualdad, sin perjuicio de otras normas sectoriales que versen en todo o en parte sobre la misma cuestión.

II. Del Principio de Igualdad al Derecho a la Igualdad

En ocasiones, el TC ha soslayado la clasificación jurídica de la igualdad por lo que se ha referido al art. 14 CE como «la cláusula general de igualdad»², confirmación de la dificultad del pronunciamiento. En otras más numerosas y tempranas la ha catalogado como «principio a la igualdad y no discriminación»³ y, a partir de su sentencia 200/2001, de 4 octubre, ha accedido a reconocerla en cuanto «derecho subjetivo»⁴. A vueltas con ello ha continuado introduciendo matices. Matiz ha sido el ljetivarla como «derecho fundamental a la igualdad»⁵ -parece excesivamente asertivo en función de las discusiones sobre la naturaleza del contenido del art. 14 CE-; también lo es el conformar un todo que aglutina el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación⁶; o el operar de forma contraria con la fórmula «derecho a la igualdad [y] princio

de no discriminación»⁷ hasta avanzar a la de «derecho a la igualdad y derecho «a no ser discriminado»⁸.

En el ámbito de las relaciones laborales, su principal norma incurrió en las mismas inseguridades en función del legislador que la ha ido modificando. En su art. 85.1 se omite cualquier calificación por lo que literalmente consta «el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres»; en el art. 17.1 se cita el «principio de igualdad de trato y no discriminación»; en el 90.6 se formula como «principio de igualdad»; en el 28.1 se otorga el derecho a la igualdad retributiva a los trabajadores sin utilizar ese sustantivo, «derechos», pero definiendo su contenido; y en el art. 64.3 se hace referencia al «derecho a la igualdad de trato». La protección frente a la discriminación es elevada al rango de un «derecho de los trabajadores» en el art. 4.2.c); se deduce que se refiere a ese derecho el art. 12.4.d); se conforma la no discriminación en la promoción económica o profesional de los representantes de los trabajadores como una garantía en el desempeño de su cargo en el art. 68.c); se declara la nulidad de los negocios jurídicos o de sus cláusulas, de las normas colectivas, de las decisiones y órdenes del empresario que contengan una discriminación en el mencionado art. 17.1, extendiéndose a la extinción por causas objetivas o al despido disciplinario en donde subyazca como causa cierta la discriminación de acuerdo con los arts. 53.4 y 55; se promueve garantizar la ausencia de discriminación, sin más calificativos en los arts. 22.3, 23.2, 24 y 34.8; y se prohíbe la discriminación retributiva por razón de sexo en el art. 28.

Tampoco es extraño que diferentes fuentes internacionales fluctúen en la calificación de la igualdad. Verosímilmente por el valor que desean darle en función de su eficacia en los ordenamientos jurídicos de los Estados suscriptores o por su propio espíritu al abordarla con carácter general o cuñándola a una parcela concreta de las relaciones jurídicas. Entre los primeros sobresale el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), para el que «Todas las personas son iguales ante la ley» (art. 26). Y, entre los segundos, interesa mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) sobre el «derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas de su país» (art. 21); o el Pacto de Dere-

² SSTC 22/1994, de 27 de enero, 240/1999, de 20 de diciembre, y 200/2001, de 4 de octubre.

³ STC 34/1984, de 9 de marzo.

⁴ También se emplea en las STC 75/2011, de 19 mayo, y 42/2020, de 9 marzo.

⁵ STC 14/2016, de 19 enero.

⁶ SSTC 111/2018, de 17 octubre, 117/2018, de 29 octubre, 2/2019, de 14 enero, 3/2021, de 13 septiembre, y 172/2021, de 7 octubre.

⁷ STC 172/2021, de 7 octubre.

⁸ STC 108/2019, de 30 septiembre, 1/2021, de 25 enero y 119/2021, de 31 mayo.

hos Sociales, Económicos y Culturales (1966) que la conforma como in «derecho a la igualdad salarial y de promoción profesional» [art. 7.a) y], aunque en el Preámbulo la formula como un principio: «el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables». Con cierta similitud se manifiesta el derecho europeo. De un lado, el Tratado de la Unión Europea sanciona la igualdad como uno de los valores comunes de la Unión art. 2), al tiempo que recoge el principio de igualdad entre sus ciudadanos (arts. 9 y 21). De otro, la Carta Social Europea revisada (1996) circunscribe el «derecho a la igualdad de oportunidades» a los ámbitos del empleo y las condiciones de trabajo, y prohíbe la discriminación por razón de sexo en el desarrollo profesional (art. 20).

Principio y derecho, derecho y principio, ello es el primer dilema que acecha el régimen jurídico de la igualdad. Y sí, nuestra intrahistoria nos revela que existió una idea aceptada mayoritariamente y en el transcurso del tiempo sobre la igualdad como valor de justicia, un axioma; que nuestra Constitución lo acogió en su art. 14; y que su invocación en sede jurisdiccional desplegó efectos concretos en los ciudadanos. O sea, que del propio precepto se desprendió una facultad por la que estos hiciesen o exigiesen un determinado efecto considerado conforme con el ordenamiento jurídico, un verdadero derecho subjetivo desarrollado y concretado por diversas normas, extendido a también diversas parcelas, por no decir, todas, de las relaciones jurídicas, y vinculante y directamente aplicable por los jueces con su contenido propio⁹.

Por consiguiente, positivizado el principio de igualdad se concretó en el derecho, pero en el derecho a la igualdad y en el derecho a la no discriminación o en un único derecho a la igualdad y la no discriminación.

⁹ Explicita el TC que «en un Estado social y democrático de Derecho, como el que establece nuestra Constitución, el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos, y que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (STC 91/2019, de 3 julio, relacionada con la STC 155/2021, de 13 septiembre).

La Ley 15/2022 entiende lo segundo y, por eso, acierta desde el momento en que lo declara, principalmente, en su art. 1, a cuyo tenor: «1. La presente ley [sic] tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (...); en su art. 2, para el que: «1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación (...); y en sus arts. 9, 11 y 28 titulados, respectivamente, «Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena», «Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta propia» y «Tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación».

Desde estas circunstancias, el título de la Ley 15/2022, «Integral para la igualdad de trato y la no discriminación», no se ajusta exactamente a su contenido, puesto que el desarrollo del derecho a la igualdad de trato, para el caso de se acepte su configuración como un derecho autónomo, ni será completa ni íntegra, por las razones ya expuestas, sino básica, de mínimos o común.

A la par su articulado rezuma una falta de precisión jurídica. Instaurado como objeto legal el garantizar y promover el derecho (único) a la igualdad de trato y no discriminación, en su art. 4.3, no hay empacho en afirmar que «el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico» y, continua, «se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». No siendo principio y derecho lo mismo y subyaciendo el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas por mandato directo del propio art. 14 CE, es palmaria la incorrecta técnica jurídica.

Inspirado por este panorama -principio/derecho-, el TC ha elaborado desde muy temprano los presupuestos del principio de igualdad¹⁰, partiendo de sus intrínsecos caracteres relacional y transversal, lo que ha supuesto la construcción al tiempo y con el tiempo de las prerrogativas o facultades que integran el derecho subjetivo a la igualdad.

El primero de esos presupuestos es la igualdad de lo comparado, de suerte que, a iguales supuestos de hecho, se apliquen iguales consecuencias jurídicas. El segundo significa la admisión en derecho de ciertas de-

¹⁰ Por todas, vid. SSTC 91/2019, de 3 julio, y 155/2021, de 13 septiembre.

gualdades¹¹, las que sobrevienen entre situaciones iguales o similares con tratamiento jurídico diferente, si se motiva, es decir, si concurre un elemento diferenciador con relevancia jurídica¹², sosteniéndose este elemento en criterios objetivos y suficientemente razonables, apoyados en juicios de valor generalmente aceptados: no es necesario «ni como fin ni como medio la paridad»¹³. De no ser así, se atendería contra el principio de igualdad con un comportamiento, decisión o práctica que deviniese por completo irracional, arbitraria; se trataría de una desigualdad ilícita. Si ese comportamiento, decisión o práctica resultase directamente inoportunista o vejatoria por utilizar un criterio de diferenciación odioso, como un rasgo, condición, estado o atributo de una persona o una opción elemental que expresa sus libertades más básicas¹⁴, se identificaría una discriminación y, probablemente, se estaría ante otro principio. El tercero consiste en la condena de las desigualdades artificiosas o injustificadas, es decir, que tienen una simple apariencia de corrección jurídica o las que no se fundamentan en los aludidos criterios objetivos suficientemente razonables -por lo tanto, y de nuevo, desigualdades ilícitas-. Y el cuarto se refiere al fin perseguido con la desigualdad, toda vez que desde el control de la constitucionalidad no basta con su licitud, se exige a más «que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

Conocidos los presupuestos del principio de igualdad y los criterios para su apreciación, se ha afirmado el surgimiento de un derecho subjetivo a la igualdad. La razón principal que lo sustenta no es la simple exigencia formal de un trato equitativo, eso lo suministra el principio, sino la exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos, y que remueva los obstáculos

¹¹ STC 42/2020, de 9 marzo.

¹² Auto TC (pleno) 8/2019, de 12 febrero: «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica».

¹³ STC 42/2020, de 9 marzo.

¹⁴ STC 42/2020, de 9 marzo.

los que impidan o dificulten su plenitud. A ello intenta dar respuesta la Ley 15/2022, cuyas palabras se reproducen: «la ley [sic], regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas (...)», *ex. art.* 1.2.

Claro que la efectividad material de ese derecho a través de su tutela administrativa y, sobre todo, judicial, cuenta con una dificultad esencial: la licitud de algunas desigualdades. El mismísimo art. 2.1 Ley 15/2022 autoriza la diferencia de trato (desigualdad) cuando «los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo». Luego la desigualdad lícita no se ha de confundir con la ilícita, que supone una lesión en el derecho a la igualdad, ni con la discriminación, motivo por el que el art. 4.2 Ley 15/2022 excluye para esta categoría: «(...) la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla». La discriminación pasa a ser un ataque al propio y singular derecho a la no discriminación. Pero esta cuestión se tratará más adelante.

Retomando el hilo, ciertamente, la necesaria comparación para la detección de una desigualdad lícita otorga *velis nolis* a los órganos jurisdiccionales ordinarios una amplia discrecionalidad sobre el ámbito en el que se puede realizar. Éstos han de constatar la concurrencia de una «diferencia o desigualdad» en la norma, práctica o acto cuestionado introducida directa o indirectamente; y, asimismo, han de constatar la «uniformidad o univocidad», en el sentido de que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso»¹⁵. A modo de ejemplo y en materia de desigualdades retributivas, en la jurisdicción ordinaria se ha admitido la comparación entre: 1) empleados de una misma empresa con un contrato de trabajo común, aunque alguno desempeñase funciones coincidentes con el titular de una relación laboral especial de alta dirección¹⁶. 2) Trabajadores de diferentes empresas y pertenecientes a un mismo subsector funcional,

¹⁵ STC 27/2004, de 4 marzo.

¹⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) de 1 junio 2021 (núm. reud. 1676/2021).

cual es el caso de los que trabajan en los centros especiales de empleo que no tengan la consideración de iniciativa social cuando prestan servicios a terceros y los centros especiales de empleo de iniciativa social¹⁷. O 3) titulares de una relación laboral especial de deportista profesional y de un contrato de trabajo común¹⁸ reconociendo la aplicación a los primeros de la indemnización aparejada a la extinción de un contrato temporal común según el art. 49.1.c) ET, que persigue la promoción de la contratación indefinida y la garantía de la estabilidad en el empleo, ya que la duración de sus contratos -de los deportistas- obligatoriamente será temporal de conformidad con el art. 6 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

En el ámbito de sus competencias de interpretación e integración del Texto Constitucional, el TC ha insistido en la corrección o adecuación de los elementos de comparación. De nuevo, a modo de ejemplo, con la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, al art. 174.3 LGSS -en la actualidad, art. 221-, que venía a exigir una dependencia económica del sobreviviente de una pareja de hecho, lo que no se pedía al cónyuge o excónyuge superviviente, se podría haber apreciado una diferencia de trato ilícita. Sin embargo, la respuesta del TC fue justamente la contraria¹⁹: «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*»²⁰. El porqué se hablaba en que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garanti-

¹⁷ STS de 18 mayo 2022 (núm. rcud. 47/2020).

¹⁸ SSTC de 14 mayo 2019 (núm. rcud. 3957/2016) y de 23 enero 2020 (núm. rcud. 2205/2017), que cambiaron la doctrina existente en sentido contrario y contenida en la STS de 21 marzo 2014 (núm. rcud. 61/2013).

¹⁹ STC 41/2013, de 14 de febrero.

²⁰ STC 41/2013, de 14 de febrero.

zada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*. Por consiguiente, el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, puede deducir consecuencias diferentes para diferentes situaciones o para situaciones equivalentes si concurren criterios objetivos y razonables. Y a veces tan diferentes debían ser esas situaciones que con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, se equiparan los requisitos de acceso a la pensión de viudedad en las parejas de hecho y los matrimonios... Apréciase, como cota, que la misma jurisprudencia²¹ ha declarado que el art. 14 CE no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, «por que no exige que se deba dispensar un idéntico tratamiento a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos»; el contexto es, por consiguiente, determinante en la discrecionalidad de la comparación inserta en el canon de igualdad.

Entonces, la imposible fijación de criterios lícitos a la vez que generales y objetivos para justificar la desigualdad provoca, conjuntamente, una intensa fundamentación por parte del accionante en la jurisdicción para eludir la inseguridad jurídica, pues no pocas decisiones judiciales, al amparo del juicio de proporcionalidad, han suscitado el asombro o la perplejidad, como si se estuviese ante un derecho, el de la igualdad, extremadamente acomodaticio y dúctil.

Por sí o por no, el recurso de alegar la ilicitud de una desigualdad apoyada en criterios artificiosos o injustificados se configura como la estrategia procesal adecuada, desde luego más adecuada que intentar la prueba *per se* de la corrección de los «sumandos» que la componen (se alude a la igualdad misma). En este sentido, la defensa de que una desigualdad no resulta artificiosa o injustificada si los criterios objetivos y razonables empleados para motivarla han surgido de juicios de valor generalmente aceptados²² sólo se alcanza en el conocimiento del caso concreto, pero lo que se entiende por objetivo y razonable muda en función

²¹ Por todas, STC 38/1995, de 13 de febrero.

²² Entre muchas otras, SSTC 255/2004, de 23 diciembre, 83/2014, de 29 mayo, y 149/2017, de 18 diciembre.

de los usos, costumbres o convencionalismos sociales imperantes. Por ejemplo, la doble escalara salarial, proscriba por una prolongada y constante jurisprudencia, admite no obstante excepciones. Imagínese una empresa con dos tipos de trabajadores de guardia, pero con idéntica clasificación profesional: los de guardias de disponibilidad y los trabajadores de retén²⁵. Obligados los primeros a estar localizados fuera de su jornada de trabajo con el fin de atender a las incidencias padecidas por los clientes, se les abonaba un «complemento de disponibilidad», cuya cuantía variaba en función del tipo de guardia (diaria, de fines de semana o semanal), que no se les aplica a los trabajadores de retén. Ante el mayor número de horas de trabajo efectivo que ocasionaba un elevado grado de interferencia en su vida personal y familiar, el TS entendió lícita la desigual y favorable retribución de los trabajadores de guardias de disponibilidad, entendió que tal interferencia era el criterio objetivo y razonable que justificaba la licitud de la doble escala retributiva y, por tanto, la desigualdad.

Es evidente que la esencia de la existencia de un derecho a la igualdad y su tutela prosigue como antaño con la necesaria comparación entre elementos y la acreditación de la razonabilidad o de la objetividad de la diferencia. En esto, la Ley 15/2022 no ha podido aportar nada nuevo.

IV. La Discriminación

Considerar la desigualdad como antónimo de la igualdad es obviar la extrema precisión alcanzada por nuestro ordenamiento jurídico en lo que atañe al art. 14 CE.

«La discriminación consiste en tratar de diferente manera a las personas que están en una situación comparable, salvo que exista una justificación objetiva y razonable», así se expresó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Manzanas Martín contra España*²⁴ confundiendo a los efectos de derecho interno la discriminación con la desigualdad. Puesto que el trato diferente, si basado en criterios objetivos y razonables, es lícito, y en eso consiste la desigualdad lícita (art. 4.2), el antónimo de la igualdad será la discriminación a la que se reviste de un

plus de exigencia. Lejos de consistir en un mero trato diferente, se exige que esa diferencia incida en «la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes»²⁵.

El art. 14 CE contiene una relación de condiciones, estados o atributos de las personas cuyo uso para deparar un diferente trato prohíbe por discriminatorio. Son los casos de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión» a los que se añade los basados en «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Muy tempranamente el TC²⁶ atribuyó a esta relación un carácter abierto, al tiempo que justificó el motivo por el que se citaban expresamente esos rasgos y condiciones de las personas, y no otros. Se deseaba erradicar sin ambages las diferencias de trato arraigadas históricamente que «han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE»²⁷.

Asume la necesaria tarea de adaptar la interdicción de la discriminación al concreto ámbito de las relaciones laborales el art. 17.1 ET. Incorporando las condiciones, estados o atributos de las personas de inaceptable alegación para deparar un trato diferente contenidas en el art. 14 CE (a la sazón: «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), añade las siguientes: edad, discapacidad, estado civil, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Las referidas a identidad sexual y expresión de género figuran gracias a la reforma efectuada en el citado art. 17 ET por la Ley 4/2023. No obstante, ni rastro queda de la discriminación ocasionada por otras condiciones, estados o atributos expresamente

²⁵ Sentencia de 3 abril 2012.

²⁶ STC 75/1983, de 3 de agosto.

²⁷ Entre otras muchas, SSTC 128/1987, de 16 julio, 166/1988, de 26 septiembre, 145/1991, de 1 de julio, y 63/2011, de 16 mayo.

²⁵ Supuesto enjuiciado por la STS de 18 junio 2020 (núm. recud. 242/2018).

²⁴ Sentencia de 3 abril 2012.

mente referidos en el art. 2.1 Ley 15/2022, cuales son la enfermedad o condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos y la situación socioeconómica.

A unas y otras -las del art. 14 CE y las propias del art. 17.1 ET-, la jurisprudencia ordinaria²⁸ venía comparando un mismo valor: todas lesionan la dignidad y en esa medida están tuteladas por el precepto constitucional. Lógico será concluir que idéntico destino tendrán las novedosas del art. 2.1 Ley 15/2022.

Sea como fuere, el elenco constitucional, el del ET y ahora el de la Ley 15/2022 desbordan el concepto de diferencia irracional y arbitraria, que acreditaría la mera vulneración del derecho a la igualdad a través de la desigualdad ilícita. Acontece entonces que, alegada de forma indiciaria su existencia -la de cualquiera de aquellas condiciones, estados o atributos que suponen una diferencia maliciosa o vejatoria-, se entraría en la calificación de categorías sospechosas de discriminación.

A su vez, el art. 4.1, párrafo segundo Ley 15/2022, bajo la consideración de vulneraciones de este «derecho a la igualdad de trato y no discriminación», clasifica los tipos de discriminaciones y amplía los supuestos que han de ser entendidos como tales. En virtud de ello, distingue, como lo hizo en su momento la Ley Orgánica 3/2007, la discriminación directa de la indirecta; consigna con carácter general la discriminación por asociación que estaba ceñida en tu tipificación legal al ámbito de las personas con discapacidad²⁹; y añade la discriminación por error, «la

²⁸ SSTC de 18 diciembre 1997 (núm. recud. 175/1997), 17 mayo 2000 (núm. recud. 4500/1999), 7 y 8 octubre 2020 (núm. recuds. 3726/2018 y 3461/2018), 2 febrero 2021 (núm. recud. 43/2019) y 8 febrero 2022 (núm. recud. 4274/2019).

²⁹ Art. 2.e) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Pese a que la discriminación por asociación estaba conformada legalmente para el colectivo de personas con discapacidad, según lo apuntado supra, el TC se adelantó a la Ley 15/2022 y en su sentencia 71/2020, de 29 junio, calificó como «discriminación refleja» en lugar de «discriminación por asociación», la denegación a una trabajadora de un permiso por hospitalización de su hermana a raíz del alumbramiento de un hijo dado que el acuerdo colectivo que lo regulaba no preveía su disfrute por esta causa, sino por enfermedad o accidente. Así, «la característica o condición que conlleva la discriminación directa por razón de sexo (el alumbramiento) no se sitúa en la persona que solicita acogerse a la licencia como medida, sino que la discriminación tiene lugar por razón del sexo de su familiar hospitalizado».

múltiple³⁰ e interseccional». Extiende el concepto de discriminación a la denegación de ajustes razonables, al acoso -lo que ya traía causa de la citada Ley Orgánica 3/2007-, a la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, a las represalias -cuya condena a través de la garantía de indemnidad también procedían de esa norma- o al incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales³¹, a la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes. A definir estos tipos de discriminación y la ampliación misma del concepto de discriminación, se destina el art. 6.

En este punto, se repite cómo la Ley 15/2022 bebe de la jurisprudencia constitucional. En su Preámbulo destaca la propia voluntad de reforzar la erradicación de ciertas discriminaciones específicas notablemente enraizadas en la sociedad: la enfermedad o condición de salud (y su relación con la discapacidad), el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, la orientación e identidad sexual y la raza o pertenencia a una etnia en su versión del antigitanismo.

Excediendo del objeto de este capítulo el estudio de la tipología de las discriminaciones y de su objeto, permitase, no obstante ello, parar en algunas las señaladas por la Ley 15/2022 y observarlas bajo la influencia de esa mencionada jurisprudencia preferentemente constitucional que las conoció antes.

³⁰ Definida en la Ley 15/2022 como la situación de una persona que «es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley [sic.]», siempre que concurren efectiva y realmente esas dos causas de forma autónoma [art. 6.3.a) y c)], el TC se había pronunciado sobre ello en su sentencia 3/2018, de 22 enero, relativa a la discriminación por discapacidad y por edad. Sin embargo, advierte de las discriminaciones múltiples más comunes, como las de sexo y origen étnico o las de sexo femenino y edad. Tanto en Ley 15/2022 como la jurisprudencia constitucional se aprecia la influencia del Informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) de 3 febrero 2011: «*Enquête de l'union européenne sur les minorités et la discrimination*».

³¹ Esta calificación de la vulneración de las medidas de acción positiva es novedosa e interesante. Fue formulada por el TEDH en el asunto Thlimmenos contra Grecia de 6 abril 2000, para el que la no adopción de medidas diferenciadas de las de la generalidad para corregir una situación de discriminación puede suponer una lesión del derecho a la no discriminación.

1) *Discriminación por Enfermedad o Condición de Salud, el Estado Serológico y/o Predisposición Genética a Sufrir Patologías Y Trastornos*

Desde el asunto Mohamed Daouidi (2016)³² conocido por el TJUE, los órganos jurisdiccionales españoles se enfrentaron a la posible calificación de nulidad de un despido basada en la enfermedad de larga duración padecida por el trabajador en cuanto que se identificaba con la discapacidad. Discapacidad entendida de conformidad con el art. 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, es decir, la que resulta de «la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». El hecho discapacitante no se imputa a la persona misma, sino a la forma de organizar la sociedad y a sus interacciones, no adaptadas a los requerimientos de aquélla. Tal implicaba, según el asunto Navas Chacón³³ interpretando la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la obligación de la empresa de realizar ajustes razonables antes de achacar a la persona en cuestión su falta de competencia o su incapacidad o indisponibilidad para el desempeño de las tareas fundamentales de su prestación de servicios. Por ello, el despido efectuado exclusivamente por la enfermedad del trabajador no podía considerarse una discriminación por causa de discapacidad, al entender que los motivos de discriminación recogidos en el art. 1 de la citada Directiva 2000/78 constituyen una lista cerrada y exhaustiva que no admitía fuese ampliada a otros motivos, lo que no significaba que la enfermedad misma, que no cause discapacidad, pudiera ser utilizada para despedir discriminatoriamente si resultara apreciable un elemento de segregación. Un poco más tarde, el mismo Tribunal en los asuntos Ring y Weger³⁴ y Comisión contra Italia³⁵ equiparaba a la discapacidad el tratamiento jurídico de una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, pero duradera, exigiendo que esa enfermedad impli-

³² Sentencia de 1 diciembre 2016 (C-395/15).

³³ STJUE de 11 julio 2006 (C-13/05).

³⁴ STJUE de 11 abril 2013 (C-335 y 337/20119).

³⁵ STJUE de 20 junio 2013 (C-312/2011).

case una «condición especial», la de que acarree «una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores», y el empleador lo hubiese despedido sin haber adoptado previamente «las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva». Y esta es la doctrina que enlazaba con el citado asunto Daouidi. La discriminación por discapacidad al sufrir una enfermedad se decretaría si hubiese indicios de que la limitación que causa fuese duradera, «en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona».

Frente a ello, la reacción de nuestros tribunales fue dispar, lógico en función del margen de interpretación dado por la jurisprudencia de la UE, y la falta de tipificación expresa en el art. 14 CE y/o en el art. 17 ET de la discriminación por enfermedad. Desde fallos que aseguraban que no toda decisión ilícita de la empresa, como el despido injustificado, «constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente»³⁶, a los que confirmaban la nulidad de despido por existencia de indicios suficientes de ser causado merced a una enfermedad que limitaba al trabajador «para interactuar y desarrollar su actividad laboral, al menos sin las adaptaciones o ajustes que pudieran ser procedentes», siendo tal limitación calificada como de larga duración³⁷.

La promulgación de la Ley 15/2022 priva de sentido a la jurisprudencia comentada, principalmente porque separa la discriminación por discapacidad de la discriminación por enfermedad y porque su voluntad parece ser la de que ésta, con independencia de su gravedad y duración, conforma una condición odiosa de segregación cuya alegación convierte en nulo el negocio, práctica o decisión que lo emplee (art. 26). La elo-

³⁶ SSTs de 15 septiembre 2020 (núm. rcud. 3387/2017) o de 22 mayo 2020 (núm. rcud. 2684/2017).

³⁷ STSJ Galicia de 20 junio 2022 (núm. rcud. 2228/2022).

cuencia de sus palabras lo acredita. En el Preámbulo se afirma «(...) la ley [sic] se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación (...) y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (...), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías (...)». Insiste su art. 2.3 en que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública».

De la inmediata adaptación de la jurisdicción al mandato legal han brotado las primeras sentencias en donde la enfermedad opera como motivo independiente y autónomo de la discapacidad. Exigen, eso sí, la constatación mediante prueba indiciaria de que el móvil del despido o de la decisión empresarial de marras haya sido justamente la enfermedad³⁸, así como la determinación de si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que enerve la discriminación³⁹. Por consiguiente, no se acepta la existencia de una presunción automática que envuelva la enfermedad para convertirla siempre y en todo caso en una discriminación⁴⁰. Eso ocurre, a modo de ejemplo, cuando ha quedado probado que el despido despachado el mismo día de la baja médica estaba programado y se conocía con antelación. Se trataba de una relación laboral declarada indefinida no fija y se reconoció que la extinción anunciada por llegada del término era un despido encubierto calificado de improcedente⁴¹. Pero al no quedar acreditado la concurrencia de otras causas objetivas y razonables por parte del empresario, la decisión o práctica será nula, incluso a pesar de que el art. 55.5 ET no ha sido modificado por la imperatividad del mencionado art. 26 Ley 15/2022⁴².

³⁸ No es necesario que el despido sobrevenga durante la incapacidad temporal de la que disfruta el trabajador, tal y como apunta la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 15 febrero 2023 (núm. 753/2022).

³⁹ STSJ Madrid de 10 mayo 2023 (núm. reud. 118/2023).

⁴⁰ Sentencia Juzgado Social nº 1 Ourense de 18 mayo 2023 (núm.134/2023).

⁴¹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo de 19 abril 2023 (núm. 61/2023).

⁴² Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela de 13 septiembre 2023 (núm. 283/2023).

Las consideraciones realizadas sirven también para el caso de que el origen de la discriminación sea el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, cuya expresión en el art. 2 Ley 15/2022 considero afortunado. Conecta ello con el uso de controles biométricos para identificar a los trabajadores en el acceso de las instalaciones de la empresa o de algunas de ellas o para completar el ramo de pruebas de un proceso de selección. La posibilidad de detección por esos controles biométricos de condiciones de salud de lo más variopinto y oculto ha sido determinante para despedir o para no contratar, sin que nuestro ordenamiento jurídico tuviese un mecanismo útil para evitarlo. La tipificación de esta causa de discriminación servirá a ese fin.

2) *Discriminación por Orientación e Identidad Sexuales y Expresión de Género*

El art. 2.1 Ley 15/2022 prevé con carácter general la prohibición de discriminación por los tres conceptos del epígrafe, no obstante ha correspondido a la disposición final decimocuarta de la Ley 4/2023 la modificación del art. 17 ET añadiéndole para el limitado ámbito de las relaciones laborales la que se fundamenta en la identidad sexual y la expresión de género, que se sumaron así a la motivada por la orientación sexual, procedente ésta de la reforma del precepto a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁴³. Desde luego, es un paso importante por cuanto la distinción entre sexo y género no se materializó en la jurisprudencia constitucional hasta la STC 99/2019, de 18 de julio, en la que se conoció el derecho

⁴³ Un paso intermedio entre la sanción de la discriminación en función de la orientación sexual y en función de ésta y de la identidad sexual se añadió en el art. 17 ET por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que acuñó la referida a la orientación y condición sexual. Entendida esta última como «calidad intrínseca del individuo vinculada a su propia condición genética o biológica, o bien como resultado de la relación del sujeto con el ambiente en el que se encuentra envuelto (que obviamente viene condicionada por los factores de índole cultural o social que rodean a cada persona)» (cfr. Peñaranda, M. y Selma, A.: «Orientación y condición sexual en la reforma laboral de 2010: su trascendencia práctica», en RTSS, CEF), el cambio propiciado por la Ley 4/2023 y relativo a la tipificación de la discriminación por razón de la orientación e identidad sexual y la expresión de género introduce precisión terminológica y viene a superar el concepto genérico de «condición sexual».

de los menores transexuales a cambiar el sexo con el que fueran inscritos en el registro en el momento de su nacimiento y con el que no se identificaban, por el que tenían como propio. Pero no se aclaraba el contenido de las expresiones sexo, género y, mucho menos, identidad de género; quedaban todavía resquicios del intercambio de ambos términos, sexo y género, como simples sinónimos, lo que el legislador realizaba incluso en normas tan avanzadas en su momento como la Ley Orgánica 3/2007.

También hay que indicar que la consideración de la diferencia de trato basada en la orientación e identidad sexual como una discriminación, pese a no estar contenida expresamente en el art. 14 CE, existía. Existía ubicada en su cláusula final o de cierre, esto es, en cuanto discriminación originada por «cualquier condición o circunstancia personal social». Había que acreditar el arraigo histórico de la diferencia de trato por tales condiciones, cualidades o atributos y aflorar un prejuicio, resultando que diferencia y prejuicio se daban en las relaciones sociales y se aceptaban por los poderes públicos, al menos, por su inacción. Había que anclar esa diferencia de trato y ese prejuicio en un ataque a la dignidad humana y en un incumplimiento del mandato del art. 10.2 CE, conforme al cual las normas relativas a los derechos fundamentales «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Con las Leyes 15/2022 y 4/2023 se superan estos vericuetos, resultando un complemento de la otra. Mientras que la primera prohíbe y condena, según se ha visto, la discriminación por orientación e identidad sexuales, la Ley 4/2023 define esos conceptos en su art. 3. Completa el marco jurídico la STC 67/2022, de 2 junio, anticipo de la propia Ley 15/2022, que penetra en el intrincado asunto de la separación de sexo y género, aportando un sustento jurídico básico para las normas específicas vigentes, al tiempo que explicita los derechos fundamentales lesionados a raíz de la existencia de una discriminación fundada en aquellos conceptos.

En sustancia, lo anterior significa partir de que: 1º) sexo y género, orientación e identidad sexual y expresión de género son condiciones, estados o atributos de las personas que inciden en el ejercicio de los derechos fundamentales. 2º) El derecho lesionado en tales casos es para el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴ el referido al desarrollo de una determinada vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y, por su parte, la vida privada se incardina en el derecho a la integridad física y psicológica. Y 3º) esa lesión tiene mejor tutela para nuestro TC en el seno del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como ya ha sucedido con las lesiones a la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas⁴⁵, ya que todas ellas, y las sexuales y de género también, son condiciones, estados o atributos «definitori[os] del ser propio y atribuid[os] como posesión inherente e irreductible a toda persona»⁴⁶.

En su conformidad, se amplía el derecho a la propia imagen: de comprender la facultad de su titular para «disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación»⁴⁷, vigilando, controlando, supervisando o impidiendo su captación y reproducción, hasta y este es el destacado avance- la de poder definirlo como forma de expresión frente y hacia los demás, como desarrollo de la personalidad y, en fin, como invitación al respecto de la dignidad inherente al ser humano con independencia de que responda o no a los llamados «parámetros hetero-normativos» clásicos.

En fin, la Ley 15/2022 acuña por vez primera la discriminación surgida de la expresión de género (art. 2.1); y la Ley 4/2023 la define como la «manifestación que cada persona hace de su identidad sexual». Pero la STC 67/2022, de 2 junio, le reserva unas palabras más elocuentes y precisas: «el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética». Obvio es destacar su vínculo con la orientación e identidad sexual, por lo que al ser atacada se infringirá también el derecho fundamental a la propia imagen.

⁴⁴ Asunto Dudgeon contra Reino Unido de 22 octubre 1981, asunto X e Y contra Países Bajos de 26 marzo 1985, asunto Modinos contra Chipre de 22 abril 1993, y asunto Norris contra Irlanda de 26 octubre de 1988.

⁴⁵ STC 117/1994, de 25 de abril.

⁴⁶ SSTC 167/2013, de 7 de octubre, y 178/2020, de 14 de diciembre.

⁴⁷ STC 158/2009, de 25 de junio.

3) Discriminación por Origen Racial o Étnico: el Caso del Antigitanismo

Como se ha subrayado, el Preámbulo de la Ley 15/2022 enuncia su deseo de erradicar discriminaciones específicas muy naturalizadas desde tiempos remotos en la sociedad, señalando el caso del antigitanismo. No materializa ese deseo en el articulado, ni en las disposiciones extravagantes, por lo que las diferencias de trato motivadas por la pertenencia al Pueblo Gitano se reconducen a una expresión de la discriminación por motivo de «origen racial o étnico» (art. 2.1).

Salvando algún instrumento europeo, como la Recomendación de Política General nº 13 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia sobre la lucha contra el antigitanismo y las discriminaciones contra los romaníes/gitanos (2011) o la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2017, sobre los aspectos de la integración de los gitanos en la Unión relacionados con los derechos fundamentales; combatir el antigitanismo, coincidiendo ambas en la definición del antigitanismo: «una forma específica de racismo, una ideología basada en la superioridad racial, una forma de deshumanización y de racismo institucional alimentado por una discriminación histórica (...)», salvando ello, no se han aplicado políticas específicas para eliminar esta lacra. Es más, rige la ley del silencio porque el antigitanismo ni se ha incorporado al debate político ni a la discusión social.

Así y todo, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta causa muy específica de discriminación en su sentencia 1/2021, de 25 enero, que no apreció tal en la denegación de la pensión de viudedad a una mujer gitana porque con el padre de sus hijos ni había contraído matrimonio ni había constituido una pareja de hecho en los términos reconocidos por el ordenamiento jurídico, amén de que dichos hijos figuraban en el Registro Civil como nacidos de padres solteros. En particular, no se estimó existiese, por una parte, una discriminación directa por origen racial o étnico contra la etnia gitana en la regulación de las parejas de hecho con el argumento siguiente: 1º) el exigirse un periodo de convivencia acreditada de cinco años, es «en exclusivo beneficio de las parejas registradas además al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que hubieran formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales)». 2º) Las fórmulas civiles y confesionales reconocidas legalmente para la generación del vínculo matrimonial o

para la constitución de la pareja de hecho no «están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras»⁴⁵. Y 3) el no acceder a alguna de las fórmulas es, por consiguiente, una decisión personal, libre y voluntaria, que tiene sus consecuencias, las cuales se aceptan al tomarla. Paralelamente, el TC no apreció tampoco la concurrencia de una discriminación

⁴⁵ Facilita la comprensión del fallo del TEDH el que la recurrente en amparo trajo a colación el asunto Muñoz Díaz contra España de 8 diciembre 2009, asunto Muñoz Díaz c. España, en la cual la demandante, de etnia gitana y nacionalidad española, se opuso a la denegación de la prestación de viudedad tras el fallecimiento de la persona con la que convivía, también gitano de nacionalidad española, porque no estaban casados a los efectos del derecho interno. No se abordó en aquel entonces la conformación de una posible pareja de hecho sostenida por la convivencia continuada en el tiempo fruto de la celebración del matrimonio por el rito gitano, ya que la legislación vigente al producirse el óbito de la demandante exigía el vínculo matrimonial civil. El TEDH concluyó sosteniendo que se le concediera la pensión de viudedad, no porque se reconociese la eficacia del matrimonio gitano, sino por las legales expectativas creadas de que era eficaz, toda vez que las autoridades deberían «mostrar una especial atención a sus necesidades [las de la propia etnia gitana] y a su propio modo de vida» porque constituía una minoría especialmente vulnerable. Dos argumentos de peso marcaron esta decisión. A saber: 1º) las autoridades indujeron a la demandante la creencia de que tenía derecho a la pensión de viudedad causada por su compañero fallecido, pues los seis hijos de la pareja habían sido inscritos en el correspondiente libro de familia; se les había reconocido la condición de familia numerosa de primera categoría, para lo cual se exigía fueren verdaderos cónyuges; y el fallecido contaba con una cartilla en la que figuraban a su cargo la demandante, como esposa, y sus seis hijos. Y 2º) la buena fe de la demandante y su legítima confianza en los plenos efectos del «matrimonio gitanos», especialmente por la actuación de las autoridades con la expedición de los referidos documentos oficiales. Para la stc 1/2021, de 25 enero (citada supra), no existe, sin embargo, analogía con el asunto Muñoz Díaz contra España, «pues lo aducido [en el presente] no es –ni podría serlo– buena fe en la creencia de eficaz vínculo matrimonial a los efectos del derecho español, porque en la documentación oficial –Libro de Familia e inscripciones de nacimiento– se hace constar expresamente su cualidad de solteros e hijos extramatrimoniales. Es más no se reclama el título de matrimonio, sino el de pareja de hecho, lo que no cabría hubiese sido de otro modo, dado que el fallecimiento había sido anterior a la Ley 40/2007. Todo lo cual le permitió concluir que «la respetabilidad atribuible a la unión por el rito gitano no justifica hacer una equiparación a la inscripción registral o documentación pública de la pareja de hecho, de naturaleza constitutiva», motivo por el que «la regulación contenida en el art. 174.3 LIGSS de 1994 es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica».

indirecta. Antes, al contrario, sostuvo que «no se advierte un perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas [sobre el requisito del matrimonio o de la constitución de las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad] produzcan particulares efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana respecto de otros colectivos que, por las razones que en cada caso concurren (por ejemplo, ideológicas), opten por la no formalización de su vínculo».

Ocurre que es difícil negar que la etnia gitana padece «una desigualdad histórica que pueda calificarse de «estructural», expresión que ha sido acuñada por el TC para describir, verbigracia, la posición de las mujeres frente a los hombres, pero que no ha atinado a aplicar al presente caso. La sentencia 1/2021, de 25 enero, cuenta con un voto particular⁴⁹ en el que se duda de la neutralidad del precepto que establece los requisitos de la acreditación de las parejas de hecho a los efectos de causar una pensión de viudedad. Se pone de manifiesto que «el colectivo de raza gitana puede verse particularmente afectado debido a las características de sus tradiciones, de suerte que pueda identificarse una discriminación indirecta». Por ello, el exigirles «su acreditación como pareja en la forma legalmente admitida, es una medida redundante e innecesaria, porque la especial realidad fáctica de este grupo étnico ofrece mayores garantías que esa situación de pareja existe mientras perdura la convivencia, superando el test de satisfacción de la finalidad buscada por la norma».

Ciertamente, en la igualdad, la desigualdad y la no discriminación los mismos hechos son susceptibles de ser calificados de forma diferente, me refiero a aquello que ya se ha subrayado: la discrecionalidad del órgano juzgador en la valoración de los elementos de comparación. Desde esta óptica, la Ley 15/2022 ha perdido una oportunidad, la de introducir alguna medida de acción positiva hacia la etnia gitana, aunque sea obvio que la discriminación de la que pueden ser objeto sus miembros esté explícitamente mencionada en su art. 2.1 como de «origen racial o étnico».

⁴⁹ Fue emitido por el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos.

V. Elementos que Configuran el Derecho a la No Discriminación

Con ocasión de tratar la igualdad se manifestaba la diversidad de pronunciamientos del TC sobre su naturaleza (derecho o principio), y lo mismo se ha de trasladar a la discriminación. Ha sido preponderante el ubicarla como parte del principio de igualdad «y no discriminación»⁵⁰, el elevar a rango de derecho la igualdad y mantener como principio la no discriminación bajo la expresión «derecho a la igualdad [y] principio de no discriminación»⁵¹ o el evitar clasificarla mediante el recurso a la expresión «cláusula de no discriminación»⁵². Y esta tendencia todavía se observa tenuemente, pero en los albores del tercer decenio de este Siglo ha abundado con arrojo la tipificación como «principio de no discriminación» -independiente del principio de igualdad-⁵³, «derecho a la igualdad y a la no discriminación»⁵⁴, «derecho a la no discriminación»⁵⁵ o «derecho fundamental a no sufrir discriminación» o «a no ser discriminado»⁵⁶. Incluso, para evitar tan enojosa cuestión, se aglutina igualdad y no discriminación en la fórmula «derechos a la igualdad»⁵⁷.

Este variado léxico, que encierra diversos significados jurídicos, es propio, desde luego, de otros instrumentos normativos. Así y en el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) conforman como derecho la protección frente a la discriminación (arts. 7 y 26 respectivamente). En cambio, para el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), se trata de un principio garante del ejercicio de los derechos por él reconocidos (art. 2.2). Con la entrada en vigor del Protocolo número 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos se extiende la prohibición de la discriminación en el ejercicio de todos los derechos y no sólo de los consignados en dicha propia

⁵⁰ STC 34/1984, de 9 de marzo.

⁵¹ STC 172/2021, de 7 octubre.

⁵² STC 71/2020, de 29 junio.

⁵³ STC 52/2022, de 22 abril.

⁵⁴ SSTC 111/2018, de 17 octubre, 117/2018, de 29 octubre, 2/2019, de 14 enero, 153/2021, de 13 septiembre y 172/2021, de 7 octubre.

⁵⁵ SSTC 153/2021, de 13 septiembre.

⁵⁶ SSTC 108/2019, de 30 septiembre, 1/2021, de 25 enero y 119/2021, de 31 mayo

⁵⁷ STC 74/2020, de 29 junio.

Convención. Ya en el ámbito comunitario, la no discriminación se identifica con uno de los valores comunes en el Tratado de la Unión Europea (art. 3), al tiempo que califica de objetivo la lucha contra la ella.

Pues bien, tal y como de la jurisprudencia constitucional se extraen los presupuestos que configuran el principio de igualdad, también acontece lo mismo con el principio de no discriminación. El primero de esos presupuestos estriba en que no se precisa la comparación entre elementos, sino que la discriminación actúa por y en sí misma. La concurrencia de la condición tenida de antemano como odioso factor de segregación facilita su interdicción (la de la discriminación) sin precisar más técnica para su detección. Es como si el derecho a la no discriminación hubiese sublimado o engrandecido las razones sobre las que actúa de suerte que la comparación resulta secundaria y/o excepcional. El segundo consiste en la existencia fáctica de un «juicio de irrazonabilidad»⁵⁸, pero de una irrazonabilidad cualificada, que encierra un criterio subjetivo malicioso y vejatorio en la diferencia de trato, más allá de la diferencia arbitraria que provocaría una desigualdad ilícita. Por ese motivo, las condiciones, estados o atributos de las personas usados como elementos de diferencia son odiosos⁵⁹. El tercero postula como fin y como medio la parificación de trato legal, a diferencia del principio de igualdad que sólo exige la razonabilidad de la medida⁶⁰. El cuarto introduce la ausencia de criterios razonables y objetivos que permitan convertir con carácter general en lícita la diferencia de trato si basada en esas condiciones, atributos o estados inherentes a la naturaleza de las personas o a su más elemental acervo espiritual⁶¹, salvo excepciones. Entonces, se emplearía el juicio de legitimidad constitucional, pero con un canon mucho más estricto y riguroso en cuanto a las exigencias materiales de la proporcionalidad y a la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación que el empleado para el principio de igualdad⁶². Y el quinto se refiere al perjuicio lesivo obje-

⁵⁸ STC 233/2007, de 5 noviembre, y 108/2019, de 30 septiembre.

⁵⁹ STC 229/1992, de 14 diciembre.

⁶⁰ STC 126/1997, de 1 julio.

⁶¹ STC 126/1997, de 1 julio.

⁶² STC 75/1983, de 3 agosto, y 209/1988, de 10 noviembre. Especialmente interesante es el empleo de la pertenencia a la etnia gitana para no admitir la similitud de su matrimonio con la forma matrimonial civil o las religiosas (STC 1/2021, de 25 enero); o lo que en su momento supuso la constitucionalidad de la preferencia del

tivo, o sea, el reconocimiento jurídico de la discriminación tanto si se acredita el propósito o la voluntad de causar el perjuicio (elemento volitivo) cuanto si se prueba simplemente un resultado (el «efecto»)⁶³.

Como se puede apreciar, la concepción actual de la discriminación pone su acento en los efectos perversos para la víctima y reduce la relevancia de la intencionalidad; pone también su acento en su carácter colectivo o sistémico, de ahí la declaración del TC sobre la «interdicción del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas», y reduce su focalización en la persona concreta. Con ello concuerdan los presupuestos constitucionales del principio de no discriminación y también la exigencia material de tutela para la que están facultados todos y cada uno de los ciudadanos en cuanto titulares del derecho subjetivo a la no discriminación. Un derecho dotado de autonomía propia independiente del derecho a la igualdad, en la medida en que ha nacido del principio de no discriminación diferente, en el momento hoguano, del principio de igualdad.

Sustantivamente, esta posición del derecho a la no discriminación se fundamenta en la teoría elaborada por la jurisprudencia constitucional de la «esencialidad del derecho». Significa que la tutela real busca la garantía de su contenido esencial, de suerte que procede examinar si han mermado o desaparecido las facultades que lo integran en abstracto o si ha sufrido limitaciones que «lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»⁶⁴. La esencialidad del derecho convierte en irrelevante la voluntad del que lo lesiona, por lo que basta con el hecho de que la cualidad, atributo o estado de la persona que se pretende proteger sea la razón de la minusvaloración sufrida⁶⁵.

Procesalmente, la Ley 15/2022 ha reglado los aspectos adjetivos específicos para garantizar la preservación del citado derecho a la no discriminación que han sido anteriormente conformadas por la reiterada jurisprudencia constitucional.

Uno de ellos es la inversión de la carga de la prueba (art. 30), la cual no se cumplimentan con trasladarla al demandado, sino que en caso de

varón en la sucesión nobiliaria (STC 126/1997, de 3 julio).

⁶³ STC 71/2020, de 29 junio.

⁶⁴ STC 11/1981, de 8 de abril.

⁶⁵ STC 108/2019, de 30 septiembre, y 119/2021, de 31 mayo.

resultar acreditado que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, pierden «valor legitimador (...) la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio»⁶⁶.

Otro, que va de suyo, es la nulidad de pleno derecho de «las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley [sic.]» (art. 26). Modificado el art. 17.1 ET por la Ley 4/2023 que tipifica expresamente como discriminación las diferencias de trato basadas en la identidad sexual y la expresión de género, se da una coincidencia notable entre dicho precepto y el art. 2.1 Ley 15/2022 en lo que atañe al elenco de causas cuyo empleo genera una discriminación. Pero la coincidencia no es absoluta, pues no se ha aprovechado la ocasión de añadir en la norma laboral las referidas a la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, previstas en el citado art. 2.1, lo que no obsta para que se sancionen con la nulidad de pleno derecho en el ámbito laboral cuanta disposición, acto o cláusula de los negocios jurídicos se fundamenten en ellas. Y viceversa, esto es, procederá la nulidad de pleno derecho de cuanta norma, cláusula de convenio colectivo, de pacto individual o colectivo o de contrato de trabajo que intente justificar una diferencia de trato originada en función de la adhesión o no a sindicato y a sus acuerdos o de los vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa, según reza el art. 17.1 ET, a pesar de que se silencien en el art. 2.1 Ley 15/2022.

Es importante subrayar que la nulidad de pleno derecho se predicará, por supuesto, de las lesiones al derecho a la igualdad, por su naturaleza próxima a la de un derecho fundamental o incluso más intensa que éste, en atención a los comentarios vertidos supra. Si bien, en estos casos cabría amparo legal de la diferencia de trato ante la existencia de criterios objetivos y razonables que la justificasen, posibilidad que se rechaza con las lesiones del derecho a la no discriminación, excepto casos de extrema excepcionalidad según ha sentado la jurisprudencia constitucional.

⁶⁶ STC 66/2014, de 5 de mayo.

Un ulterior aspecto procesal en torno al derecho a la no discriminación es la presunción *ius et de iure* de existencia de daño moral desde el momento en que se tenga por probada la discriminación (art. 27), lo que supone ser el elemento más identitario, de ese derecho que no cabe extender a la vulneración del derecho a la igualdad.

Corresponde al órgano jurisdiccional valorar el daño moral en atención a «las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» (ibid.). El debate anexo versa sobre si la indemnización de reparación del daño moral es inherente a la declaración judicial de existencia de discriminación o si debe ser peticionada por el accionante como se deduce de los arts. 179.3, 182 e, incluso, 183 de la Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social -en adelante, LRJS. Siendo precipitado extraer cualquier balance sobre el «rodamiento» de la norma, sirva indicar que los inmediatos pronunciamientos judiciales se inclinan por la primera opción⁶⁷.

Ello me parece excesivo. En el orden jurisdiccional social, bien por que la reparación de un derecho fundamental se canaliza a través del Proceso Especial de Tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, bien porque se instruye mediante el proceso que corresponde a la acción según el art. 184 LRJS, el procedimiento se ve impregnado de las garantías propias de la salvaguarda de tales derechos y libertades, por lo que en consonancia con ello la demanda tiene un contenido «reforzado» si se compara con la habitual en el proceso ordinario o en otros procesos especiales. En efecto, el art. 179.3 LRJS exige que «(...) deberá expresar con claridad (...) la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios». Es una cuestión de orden público procesal, la parte debe peticionar la indemnización, y no cabe disposición alguna sobre ello. Conjugar las prescripciones de la Ley 15/2022 con la LRJS, máxime cuando ambas tienen el mismo rango, pero regulan ámbitos del ordenamiento jurídico de distinta naturaleza sustantivo y adjetivo-, considero es la solución más plausible.

⁶⁷ Sentencias del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón de 15 noviembre 2022 (núm. 419/2022), del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 15 febrero 2023 (núm. 753/2022) y del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona de 4 abril 2023 (núm. 132/2023).

Al respecto se arguye, en primer lugar, que el art. 27.1 Ley 15/2022 cuando declara que «la persona física o jurídica que cause discriminación (...) reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible», no admite se concluya la imposición automática y de oficio de la indemnización, sino que ella procederá en los términos predeterminados por la demanda, a salvo la discrecionalidad del juzgador en la fijación del *quantum* de conformidad con los arts. 182 y 183 LRJS. Fíjese que el mismo art. 27.1 Ley 15/2022 remata su párrafo con la expresión «cuando sea posible». Cuando sea posible la restitución, evidentemente, pero también la indemnización, entre otras cosas, porque se ha pedido. Y, en segundo término, su art. 28 delimita el alcance de la reparación del derecho a la no discriminación que según sus propias palabras «comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate (...)», a la par que suscribe el carácter opcional de la indemnización porque a reglón seguido de lo anterior afirma: «pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho (...)». Al referirse a la indemnización no distingue si se causa por daños materiales o por los morales, razón por la cual, leyendo el precepto transcrito *a sensu contrario*, es posible que el juzgador no acuerde indemnización alguna porque, verbigracia, no se ha solicitado.

Desde esta posición, se considera que la demanda deberá pedir la indemnización por daños y perjuicios derivados de la lesión del derecho fundamental. Los de carácter material serán especificados y vendrán acompañados de las pruebas que los acreditan; en cambio el daño moral no necesita prueba específica, si no la de la propia discriminación, por lo que basta con explicitar que la indemnización peticionada comprenda también este concepto, cumpliéndose lo dispuesto en el art. 179.3 LRJS.

VI. Conclusión

El nombre de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, anuncia un amplio desarrollo «de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14», según la expresión utilizada por el art. 53.2 CE.

Lo anunciado no coincide con el contenido. No lo hace en el Preámbulo que describe el doble objetivo de la norma: «prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas (...)». Por consiguiente, el adjetivo «integral» se aplica a la no discriminación y significa, transcribiendo otra vez el Preámbulo, ampliar «los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), [e] incorpora[r] expresamente los de 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, por su especial relevancia social (...)». Y significa también que se tutela la no discriminación en todos «los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social (...)» a saber, el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y la publicidad y medios de comunicación (...).

No lo hace nunca en su articulado. Mismamente, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, voz utilizada por la Ley, es definido como «la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2º» (art. 4.2). A su vez, el objeto de la Ley para su articulado —que diverge del expresado en el Preámbulo— consiste en «garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (...)» (art. 1.1). El contenido dado al citado derecho radica de modo exclusivo en la prohibición de la discriminación: «Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 2.1).

A la vista está que la tarea pretendida por la Ley 15/2022 es la de codificar en un único instrumento normativo la tutela del derecho antidiscriminatorio: el reconocimiento de un derecho subjetivo a no ser discriminado, su contenido y alcance, las garantías para su ejercicio, etc. Pero no la de codificar de igual manera y al mismo tiempo el derecho a la igualdad. Simplemente, no puede. Los caracteres relacional y transversal de la igualdad, insertados en su naturaleza, impiden una plasmación legal única, más admiten su uso en todas las parcelas de la vida pública y privada. En este sentido, la Ley se ciñe a expresar unas cuantas reglas básicas, mínimas o comunes, para la defensa y preservación de la igualdad, que habían sido preconfiguradas por la jurisprudencia constitucional al interpretar e integrar el art. 14 CE; y cede el protagonismo a la interdicción de la discriminación con relación a la cual la sanción de la igualdad de trato es una fórmula de estilo, una compañera tradicional del camino: «igualdad de trato y no discriminación».

Ahora bien, el derecho protegido por la Ley es a la igualdad de trato y no discriminación, consignado bajo esta formulación reiteradamente a lo largo del texto. Pero se sostiene que no se trata ya de un único derecho subjetivo, sino de dos, a saber: el derecho a la igualdad de trato e, independiente de éste, el derecho a la no discriminación. La instauración de cualquiera de ellos expresa el reconocimiento jurídico de la o de las facultades que asisten a cada ciudadano para obtener la tutela en aras de garantizar su cumplimiento, y revela que proceden de dos principios generales diferentes en la actualidad. No cabe cerrar los ojos a la existencia inicial de un único principio, el de igualdad de trato y no discriminación, y su positivación en las normas con esa conformación. La evolución jurídica propia de la discriminación: ampliación de los factores odiosos de diferencia y de los ámbitos de actuación, abandono de la relevancia de la intencionalidad en las conductas que la causan, prevalencia del efecto o resultado objetivo dañino o presunción automática de existencia de daño moral una vez acreditada tal discriminación, han desembocado inexorablemente en la constatación de un principio autónomo de no discriminación de cuya exigencia material surge el derecho del mismo nombre.

A esta conclusión parece llegar la propia Ley cuando tiene ocasión de definir «el derecho protegido por la presente ley [como] la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1

del artículo 2º» (art. 4.1), olvidándose de que también es su objeto la tutela de la igualdad, al menos, nos lo transmite su título. Y es que la norma no para de trastabillar. Tan pronto se refiere a un único derecho a la igualdad de trato y no discriminación, cuanto lo define como «un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

El panorama quedaría, en mi opinión, más ajustado a derecho si, de un lado, el título de la Ley no condujese a equívocos, siendo mejor, por ejemplo, el de «integral para la no discriminación» o «sobre el derecho a la no discriminación». Y, de otro, se diferenciase con nitidez un axioma jurídico (principio) de una facultad o potestad por la que se hace o exige un determinado efecto conforme con el ordenamiento jurídico (derecho).

Por lo tanto, no es una mera cuestión léxica esto del derecho a la igualdad y la no discriminación frente al derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación. Es una cuestión de fondo y de trascendencia procesal. Diferentes estrategias jurídicas para peticionar la tutela material de uno y otro, diferentes formas de acreditar la lesión de uno y otro y, sobre todo, diferentes reglas de procedencia de las indemnizaciones por reparación del daño.

VII. Relación de Jurisprudencia y Doctrina Judicial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Asunto Mohamed Daoudi, 1 diciembre 2016, (C-395/15)
- Asunto Navas Chacón, 11 julio 2006 (C-13/05)
- Asunto Ring y Weger, 11 abril 2013, (C-335 y 337/20119)
- Asunto Comisión contra Italia, 20 junio 2013 (C-312/2011)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Asunto Dudgeon contra Reino Unido de 22 octubre 1981
- Asunto Norris contra Irlanda de 26 octubre 1988
- Asunto X e Y contra Países Bajos de 26 marzo 1985
- Asunto Modinos contra Chipre de 22 abril 1993
- Asunto Thlimmenos contra Grecia de 6 abril 2000
- Asunto Muñoz Díaz contra España de 8 diciembre 2009
- Asunto Manzanas Martín contra España de 3 abril 2012

Tribunal Constitucional:

STC 11/1981, de 8 abril
 STC 75/1983, de 3 agosto
 STC 34/1984, de 9 marzo
 STC 128/1987, de 16 julio
 STC 166/1988, de 26 septiembre
 STC 209/1988, de 10 noviembre
 STC 145/1991, de 1 julio
 STC 229/1992, de 14 diciembre
 STC 22/1994, de 27 enero
 STC 117/1994, de 25 abril
 STC 38/1995, de 13 febrero
 STC 126/1997, de 1 julio
 STC 240/1999, de 20 diciembre
 STC 200/2001, de 4 octubre
 STC 27/2004, de 4 marzo
 STC 255/2004, de 23 diciembre
 STC 233/2007, de 5 noviembre
 STC 158/2009, de 25 junio
 STC 63/2011, de 16 mayo
 STC 75/2011, de 19 mayo
 STC 41/2013, de 14 febrero
 STC 167/2013, de 7 octubre
 STC 66/2014, de 5 de mayo
 STC 83/2014, de 29 mayo
 STC 14/2016, de 19 enero
 STC 149/2017, de 18 diciembre
 STC 3/2018, de 22 enero
 STC 111/2018, de 17 octubre
 STC 117/2018, de 29 octubre
 STC 2/2019, de 14 enero
 STC 91/2019, de 3 julio
 STC 99/2019, de 18 julio
 STC 108/2019, de 30 septiembre
 STC 42/2020, de 9 marzo
 STC 71/2020, de 29 junio
 STC 74/2020, de 29 junio
 STC 178/2020, de 14 diciembre
 STC 1/2021, de 25 enero
 STC 119/2021, de 31 mayo

STC 153/2021, de 13 septiembre
 STC 155/2021, de 13 septiembre
 STC 172/2021, de 7 octubre
 STC 67/2022, de 2 junio
 Auto 8/2019, de 12 febrero

Tribunal Supremo:

STS de 18 diciembre 1997 (núm. rcud. 175/1997)
 STS de 17 mayo 2000 (núm. rcud. 4500/1999)
 STS de 21 marzo 2014 (núm. rcud. 61/2013)
 STS de 14 mayo 2019 (núm. rcud. 3957/2016)
 STS de 23 enero 2020 (núm. rcud. 2205/2017)
 STS de 22 mayo 2020 (núm. rcud. 2684/2017)
 STS de 18 junio 2020 (núm. rcud. 242/2018)
 STS de 15 septiembre 2020 (núm. rcud. 3387/2017)
 STS de 7 octubre 2020 (núm. rcud. 3726/2018)
 STS de 8 octubre 2020 (núm. rcud. 3461/2018)
 STS de 2 febrero 2021 (núm. rcud. 43/2019)
 STS de 8 febrero 2022 (núm. rcud. 4274/2019)
 STS de 18 mayo 2022 (núm. rcud. 47/2020)

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ Andalucía (Sevilla) de 1 junio 2021 (núm. rcud. 1676/2021)
 STSJ Galicia de 20 junio 2022 (núm. rcud. 2228/2022)
 STSJ Madrid de 10 de mayo de 2023 (núm. rcud. 118/2023)

Juzgados de lo Social:

Sentencia Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón de 15 noviembre 2022 (núm. 419/2022),
 Sentencia Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 15 febrero 2023 (núm. 753/2022)
 Sentencia Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona 4 abril 2023 (núm. 132/2023)
 Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo de 19 de abril de 2023 (núm. 61/2023)
 Sentencia Juzgado Social nº 1 Ourense de 18 de mayo de 2023 (núm. 134/2023)
 Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela de 13 septiembre 2023 (núm. 283/2023)

RESUMEN: El artículo 14 de la Constitución Española de 1978 elevó la igualdad de los ciudadanos y la no discriminación al rango de derecho fundamental. Posteriormente, este derecho fue desarrollado por normas específicas, como la reconocida Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Acompadadamente, la jurisprudencia constitucional y ordinaria distinguió entre igualdad, desigualdad y discriminación, puntualizando que el antónimo de la primera era la última, dado que se admite la existencia de la desigualdad lícita, es decir, cuando la diferencia de trato se basa en un criterio lógico, justo y racional. Con la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se introduce una importante novedad: la tutela contra la discriminación tiene su propio régimen jurídico, que es diferente de la tutela en pro de la igualdad. Así, la discriminación consiste de forma exclusiva en una diferencia de trato apoyada en los denominados "factores odiosos de diferencia" (sexo, origen, discapacidad, creencia, opinión, etc.). Como consecuencia, se reconoce un derecho fundamental específico a la no discriminación cuyos presupuestos esenciales son: irrelevancia de la intencionalidad en la persona que discrimina, prevalencia del efecto o resultado objetivo dañino sobre cualquier otra circunstancia (por ejemplo, sobre la conveniencia de la decisión empresarial para los intereses de la empresa) y presunción automática de existencia de daño moral una vez acreditada tal discriminación.

PALABRAS-CLAVES: *igualdad; desigualdad y discriminación; derecho a la igualdad; derecho a la no discriminación*

*Equality, Inequality and Discrimination
in Labour Relations under Law 15/2022 of July 12, 2022*

ABSTRACT: The section 14 of the Spanish Constitution (1978) elevated equality of citizens and non-discrimination to the status of a fundamental right. This right was subsequently developed by specific rules, such as the recognized 3/2007 Organic Act, of 22 March for the effective equality of women and men. In the same way, constitutional and ordinary leading case law distinguished between equality, inequality and discrimination. The opposite of the first was the last, since it is admitted that there is a lawful inequality when the difference in treatment is based on a logical, fair and rational criterion. With the enactment of 15/2022 Act, of 12 July, integral to equal treatment and non-discrimination, an important novelty is introduced: protection against discrimination has its own legal regime, which is different from protection for equality. Thus, discrimination consists exclusively in a difference of treatment based on the so-called "hateful factors of difference" (sex, origin, disability, belief, opinion, etc.). A fundamental right to non-discrimination is recognized that is based on presuppositions that are irrelevant to the intent of the person discriminating; prioritizing the effect or harmful objective result over other circumstances, such as the suitability of the business decision for the company's interests; and once discrimination is established, there is an automatic presumption of moral damage.

KEYWORDS: *equality; inequality and discrimination; right to equality; right to non-discrimination*

Studia

A PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL UM DIÁLOGO REFORMADOR ENTRE O CC PORTUGUÊS E O CC BRASILEIRO*

MAFALDA MIRANDA BARBOSA**

I. O Código Civil de 1966 é, quer na sua sistemática, quer no rigor dogmático em que assenta (descontadas algumas soluções que podem ser alvo de crítica), aquilo que muitos autores já apelidaram de um monumento jurídico. Talvez seja esse o segredo da sua longevidade. De facto, para lá de reformas necessárias (ou para garantir a conformidade do direito positivo ao quadro constitucional, como ocorreu com a reforma de 1977, ou para garantir a adequada evolução do direito civil português, como parece ter acontecido com a introdução do novo regime dos maiores acompanhados) e de alterações pontuais, e não obstante vozes que clamam no sentido da revisão e modificação de particulares disciplinas normativas, o Código Civil, atravessando diferentes situações políticas e lidando com contextos sociais e económicos tão diversos ao longo dos tempos, mantém a sua atualidade.

Esta não é, porém, uma posição unânime. Menezes Cordeiro, por exemplo, considera que "o Código de Vaz Serra (...) não logrou obter uma unidade cabal", evidenciando assimetrias científicas. Do mesmo modo, entende que o código terá nascido "cientificamente bastante anti-

* O texto que agora se apresenta corresponde, com pequeníssimos aditamentos, à conferência que proferimos no Congresso sobre a Reforma do Código Civil Brasileiro — Diálogos entre Brasil e Portugal, organizado pela Faculdade de Direito de Coimbra e pelo IAB — Instituto dos Advogados Brasileiros.

** Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito / University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculty of Law. ORCID: 0000-0003-0578-4249.