

TEMA 2. CUESTIONES GENERALES SOBRE DISCRIMINACIÓN

1. Introducción

Como se estudió en el tema anterior, la “igualdad ante la ley” fue uno de los principales principios que articularon las revoluciones burguesas a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX. Esta “igualdad ante la ley” se concebía en un sentido formal, como la abolición de los privilegios de nacimiento propios de la sociedad estamental que se pretendía superar. La igualdad ante la ley suponía el carácter general y abstracto de las normas, que no se podían referir a situaciones particulares o a diferencias por nacimiento o por clase social. De este modo, se permitía el ascenso de la clase social burguesa y se establecía el marco social apropiado para la instauración de la economía de mercado. No obstante lo anterior, las declaraciones formales de igualdad no impidieron la subsistencia en el sistema jurídico de fuertes desigualdades de status asociadas fundamentalmente al género y, en su caso, a la raza.

A medida que iba evolucionando el carácter vinculante de la norma constitucional fueron apareciendo nuevas facetas del principio de igualdad como la “igualdad en la aplicación de la ley” (que supone que la misma ley tiene que aplicarse a los ciudadanos de modo relativamente uniforme, sin arbitrariedades) y la “igualdad en el contenido de la ley” (que implica que las distinciones normativas tienen que ser razonables). Este último principio de igualdad en el contenido de la ley apareció en Estados Unidos con las enmiendas a la Constitución posteriores a la Guerra de Secesión y con ella se pretendía suprimir a nivel federal la fortísima discriminación que existía respecto a los “negros” que anteriormente habían estado sometidos a un régimen de esclavitud. No obstante, en la práctica este principio no se cumplió, puesto que los Estados del Sur establecieron una serie de normas discriminatorias (llamadas genéricamente “Leyes *Jim Crow*” que mantenían una política de segregación entre negros y blancos en el acceso a los servicios públicos como la educación o la salud, la hostelería, el transporte, etcétera. Esta segregación se justificó a través de la doctrina jurídica denominada “*separated but equal*”, que permitía, a través de un mero formalismo, la reproducción de profundas desigualdades de *status* entre blancos y negros.

A partir de la Segunda Guerra Mundial comienza a generalizarse en diversos instrumentos internacionales la noción de “discriminación” como una desigualdad sistemática en el ejercicio de la ciudadanía asociada a la pertenencia a determinados colectivos marginados. La lucha contra la discriminación adquiere una especial relevancia en Estados Unidos con la oposición a las leyes racistas que se han mencionado anteriormente por parte del llamado “Movimiento por los Derechos Civiles”. Fruto de estas tensiones políticas van apareciendo en la segunda mitad del siglo XX normas y construcciones jurisprudenciales dirigidas a eliminar las discriminaciones. Más allá de la prohibición formal de discriminación directa, se van desarrollando herramientas conceptuales más incisivas como las nociones de discriminación indirecta (*disparate impact*) y acción positiva (*affirmative action*), que se explicarán más adelante. Estas instituciones aparecen en EEUU en torno a la discriminación por motivos raciales, pero en torno a ella se va garantizando la protección de otros colectivos.

En el Derecho de la Unión Europea (anteriormente Comunidad Económica Europea) el Derecho antidiscriminatorio no se construye en torno a la raza sino más bien en torno al sexo/género, a partir del antiguo artículo 119 del Tratado de Roma de 1957, que establecía la igualdad retributiva entre hombres y mujeres para evitar que los países compitieran en el mercado común a través de una degradación del salario femenino. Este artículo se desarrolló realmente a partir de los años 70, con algunas Directivas comunitarias y resoluciones judiciales muy importantes del Tribunal de Justicia. Tales normas y resoluciones judiciales fueron incorporando algunos de los conceptos teóricos que habían surgido en Estados Unidos fundamentalmente al hilo de la discriminación racial. Este acervo jurídico comunitario ha provocado cambios muy significativos en el ordenamiento de los Estados miembros. A partir del año 2000, la protección frente a la discriminación se extiende a otras causas: origen nacional o étnico, religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual.

2. Principio de igualdad y prohibición de discriminación

2.1. Diferencias entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación

En el lenguaje coloquial e incluso en el lenguaje común jurídico a menudo se confunde la discriminación con la desigualdad (o con las desigualdades que se consideran jurídica o moralmente injustificadas), provocando una gran indeterminación conceptual y, a menudo, una banalización del concepto. Por eso, es preciso precisar y delimitar las nociones de igualdad y de discriminación. El art. 14 CE establece lo siguiente:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Este precepto tiene dos partes. En primer lugar, se enuncia el principio de igualdad de los ciudadanos “ante la ley”. En segundo lugar, se prohíbe la discriminación atribuible a cualquier condición o circunstancia personal o social. Ciertamente, la prohibición de discriminación es una derivación del principio de igualdad, pero al mismo tiempo, tiene una cierta autonomía respecto al principio de igualdad en sentido formal, conforme al proceso histórico que se ha mencionado en el epígrafe anterior. Tras alguna vacilación en sus primeras resoluciones, esta autonomía es reconocida por la jurisprudencia del TC en numerosas sentencias.

El principio de igualdad implica el tratamiento igualitario de los ciudadanos *en la aplicación de la ley* y en el *contenido de la ley*. La ley es igual para todos, sin que sea posible establecer distinciones arbitrarias en la norma o en su aplicación. Esto no implica que no puedan hacerse distinciones normativas entre unas personas u otras; el Derecho no sería posible si no estableciera distintas consecuencias jurídicas para situaciones diversas. La igualdad permite -o incluso exige- el tratamiento desigual de situaciones *diferentes*, pero esta diferencia de trato debe estar justificada por un motivo *objetivo y razonable* y debe ser *proporcionada* en sus efectos. Este esquema de justificación de las desigualdades deriva de la jurisprudencia del TC, que lo toma de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la práctica, la aplicación de estos criterios es muy laxa, para favorecer una amplia discrecionalidad del legislador.

Esquema de justificación de las diferencias de trato conforme al principio de igualdad

Objetividad: Debe haber una diferencia significativa en las dos situaciones que se comparan.

Razonabilidad: Tiene que haber una conexión lógica entre la diferencia de trato y la diferencia objetiva.

Proporcionalidad: Los efectos producidos no deben exlmitarse respecto a la diferencia objetiva que justificaba la diferencia de trato

Ejemplo:

-Puede haber algunas diferencias legales en los derechos de los trabajadores según trabajen en empresas pequeñas o grandes, dado que el tamaño de la empresa es una diferencia significativa.

-Las diferencias de tratamiento son razonables si se refieren a estas diferencias significativas, por ejemplo, si el tratamiento diferenciado se aplica porque en las pequeñas empresas las relaciones son más personales y directas.

-Estas diferencias no son proporcionadas si provocan efectos desmesurados. Así, por ejemplo, por más que en las pequeñas empresas es más difícil demostrar los incumplimientos del trabajador, sería desproporcionado establecer que el empresario puede despedir a los trabajadores por motivos disciplinarios sin tener que probar la infracción del trabajador.

En cambio la discriminación es *un tipo específico de diferencia de trato injustificada* que se vincula a la atribución de una persona a un grupo o categoría social. Tal calificativo merecería el tratamiento negativo dispensado a una persona por su sexo, raza, religión, ideas políticas o por circunstancias similares.

Por supuesto, todas las discriminaciones son diferencias de trato arbitrarias que resultan contrarias al principio general de igualdad, pero se rigen por un régimen jurídico distinto:

- ✓ El principio constitucional de igualdad **solo afecta a los poderes públicos**, pero no vincula a los sujetos privados (*Vid.* SSTC 108/1989, 28/1992). Los particulares no tenemos la obligación de tratar a todo el mundo por igual, salvo cuando ello venga impuesto por la legislación infraconstitucional.

Así, por ejemplo, un empresario puede contratar “a quien quiera”, no es necesario que haga un proceso de selección de personal para elegir -supuestamente- al más capacitado, como sucede en la Administración pública. También, en principio, puede pagar un salario distinto a trabajadores que desempeñan las mismas tareas (por ejemplo, porque le interese retener a un trabajador en concreto). Por supuesto, algunos tratamientos desiguales están prohibidos, pero no por mandato constitucional, sino por exigencias legales. Así, por ejemplo, un empresario no puede tolerar siempre una determinada infracción laboral y castigarla solamente cuando la comete un trabajador que no le cae bien, pero esta ilegalidad no deriva del principio de igualdad, sino del principio de buena fe contractual.

En cambio, un empresario no puede dejar de contratar a una persona solo porque es mujer, no puede pagar menos a los negros que a los blancos para un trabajo de igual valor, no puede despedir a un trabajador porque es demasiado viejo, etc. Es decir, no puede discriminar a las personas por su pertenencia a un grupo social determinado.

- ✓ El principio de igualdad es un *principio de maximización*, siempre es deseable alcanzar altas cotas de igualdad, pero esta igualdad no puede ser máxima, en aras a la protección de otros bienes reconocidos por la Constitución. Por eso, debe *ponderarse con otros derechos* buscando una relación de proporcionalidad.

En cambio, la prohibición de discriminación es una *regla*. La Constitución la establece en términos concretos “[...] sin que pueda prevalecer discriminación alguna”. **Las discriminaciones en sentido estricto nunca pueden justificarse por el interés de la empresa.**

Así, por ejemplo, en el asunto [Feryn](#) planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una empresa de montaje de puertas había anunciado en su oferta de empleo que no contrataría extranjeros. Para justificar su decisión, el empresario declara públicamente:

"Debo cumplir las exigencias de mis clientes. Si usted me dice: 'quiero tal producto o quiero esto o lo otro', y yo le digo 'yo no lo hago, envío a mis empleados', usted dirá 'no quiero su puerta'. Terminaría por cerrar mi negocio. Debemos responder a las exigencias de los clientes. Ése no es mi problema. Yo no he creado este problema en Bélgica. Quiero que la empresa funcione y que al final del año alcancemos nuestro volumen de negocios, y ¿cómo lo consigo? [...] ¡debo alcanzarlo adaptándome a los deseos del cliente!"

Aunque se demostrara que realmente los prejuicios racistas de los clientes hacen poco apropiada la contratación de personas de aspecto extranjero para el montaje de puertas, este interés no puede justificar una política de contratación discriminatoria.

Cuestión distinta es que, como se verá más adelante, a veces es difícil determinar si existe o no discriminación. En otros casos, para saber si hay o no discriminación hay que tener en cuenta distintos factores, entre los cuales pueden tomarse en consideración determinadas relaciones de proporcionalidad (*Vid infra*, epígrafe 3).

2.2. Noción de discriminación

Para abordar la falta de concreción de la noción de “discriminación” es preciso partir de un concepto técnico-jurídico. El concepto que yo personalmente utilizo se ajusta al texto de la Constitución, a la normativa de desarrollo y a la jurisprudencia del TC y, a mi juicio, permite abordar varios problemas aplicativos, pero debe advertirse que en esta materia la doctrina no es unánime.

La discriminación es ***un tratamiento que se proporciona a una persona o grupo de personas por razón de su adscripción*** (real o imaginaria, deseada o indeseada, directa o indirecta) ***a una o varias categorías sociales y que resulta desfavorable para las personas adscritas a estos grupos porque los sitúa real o potencialmente en una posición socio-jurídica de desigualdad.***

Así pues, para que exista discriminación, tienen que concurrir estos tres elementos al mismo tiempo:

- 1) Debe existir una **conducta jurídicamente significativa**. El mero hecho de que el empresario

muestre prejuicios respecto a determinados grupos sociales no constituye un acto de discriminación si estos prejuicios no afectan de algún modo a la realidad socio-jurídica. En el ámbito laboral, la prohibición de discriminación se aplica a todas las decisiones empresariales que sean relevantes para los trabajadores: los modos de reclutamiento del personal, la selección de la persona contratada, todas las condiciones de trabajo, incluyendo la retribución, la clasificación profesional, la promoción profesional, la formación profesional, el despido, el contenido de los convenios colectivos, etc. [Cfr: Arts. 4.2 c) 16.2, 17, 22.3, 24.2, 28, 53.4, 55.5, 90.6 ET; art 5 LOIMH, art. 34 Ley 62/2003]. El acoso moral o sexual puede consistir también, por supuesto, en un acto discriminatorio, como se estudiará en el tema 4.

La conducta relevante puede ser activa (por ejemplo, una sanción) u omisiva (por ejemplo, no utilizar los poderes empresariales para evitar un acoso sexual). También puede materializarse como un perjuicio (por ejemplo un despido) o como un beneficio (favorecer a las personas que no pertenecen a la categoría que se ha usado para llevar a cabo la discriminación).

2) Esta conducta se puede atribuir a la **adscripción de las personas afectadas a un grupo social determinado**. Como veremos, esta atribución puede ser también indirecta, pero en este momento nos ocuparemos especialmente de la discriminación directa para asimilar el concepto.

Todas las personas analizamos y procesamos la información clasificando la realidad en categorías mentales, que son relativamente compartidas en un contexto social determinado. Construimos estas categorías a través de una serie de *rasgos distintivos*. Por ejemplo, a partir de las diferencias biológicas entre los dos sexos, distinguimos entre “hombres” y “mujeres”, categorías mentales que presentan relevancia social. Si vemos a alguien que presenta rasgos físicos atribuidos a un grupo étnico determinado lo podemos clasificar como “extranjero” o situarlo en ese grupo étnico. En cambio, si alguien que no hemos identificado como “extranjero” comienza a hablar y muestra un acento claramente extranjero, entonces lo situaremos más adelante en esa categoría.

El uso de estos estereotipos implica que, al menos a priori, podemos tratar a la persona conforme a la categoría en la que le hemos clasificado (a partir de una “generalización”) y no conforme a lo que es en realidad, es decir, a las circunstancias objetivas que realmente la definen. Esto no necesariamente es “discriminatorio”, dado que para ello tienen que darse los demás requisitos del concepto. Así, por ejemplo, puede ser que observemos que alguien tiene un acento extranjero y entonces hablemos más despacio para que nos entienda; puede que hayamos actuado “correctamente” o puede que estemos equivocados en nuestra “generalización”, porque a pesar de su acento, esta persona entienda nuestro idioma perfectamente, pero no existiría ninguna discriminación, porque no hay consecuencias jurídicas. Imaginemos que alguien tiene miedo a las personas de determinada raza y cuando los ve se cambia a la acera contraria; podemos cuestionar este acto desde la conveniencia de librarnos de los prejuicios raciales, pero, de hecho, en principio no hay un acto jurídicamente relevante (en cambio, negarse a alquilar el piso a alguien de otra raza sí lo es).

Por otra parte, para que se produzca la adscripción no es necesario que la atribución de la categoría sea correcta o sea compartida por el destinatario de la conducta discriminatoria. Por ejemplo, una persona puede ser maltratada en el trabajo por ser clasificada como “homosexual”,

porque cumple con determinados rasgos distintivos que los estereotipos sociales vinculan a la orientación homosexual (la llamada “pluma” en los varones o una actitud masculina en las mujeres). Aunque esta persona realmente sea heterosexual, habría sufrido una discriminación por razón de orientación sexual, porque lo relevante es lo que cree el que lleva a cabo la conducta impugnada. Este fenómeno se suele denominar “discriminación por error”¹.

La ley, siguiendo los patrones de las Directivas comunitarias, permite la diferencia de trato por alguna característica vinculada a estas categorías sociales cuando esta característica sea un requisito esencial y determinante para la realización del puesto de trabajo siempre que la exigencia sea proporcionada. A mi juicio, esto no significa que la discriminación directa pueda “justificarse”, sino que en realidad no existe adscripción, porque la diferencia de trato no se dispensa por la pertenencia al grupo social, sino por la posesión de un rasgo distintivo que a veces se utiliza para construir categorías sociales.

Así, por ejemplo, si en el rodaje de una película necesitan contratar a un actor para representar a un personaje varón de raza negra, resulta razonable que se contrate únicamente a personas que físicamente tengan la apariencia de varones de raza negra. El tratamiento no deriva de una “generalización” o de la “clasificación” de la persona en una determinada categoría social, sino de una circunstancia objetiva que en este caso no opera como rasgo distintivo para identificar la categoría, sino como un requisito profesional. De la misma manera, resulta razonable que si se contrata a una persona para impartir la asignatura de religión católica en una institución católica, la persona contratada profese esta religión.

Esta misma teoría se puede aplicar también a otros supuestos distintos del “requisito profesional esencial y determinante”. Por ejemplo, si una mujer es despedida por quedar embarazada, el acto es discriminatorio porque se están proyectando sobre ella determinados estereotipos de género. En cambio, si el empresario suspende el contrato de trabajo porque la prestación de servicios entraña un riesgo para el embarazo y no cabe ninguna otra alternativa, entonces no se están aplicando estereotipos sobre las “mujeres embarazadas” sino que se está atendiendo al embarazo como un dato objetivo directamente vinculado a la prestación del servicio.

3) Como se ha señalado anteriormente, el mero uso de estereotipos, categorizaciones o clasificaciones sobre las personas no implica necesariamente que exista discriminación. Para que una conducta sea discriminatoria, debe ser lesiva de la dignidad humana, por suponer un perjuicio sistemático para la persona afectada o el colectivo al que se la ha adscrito. Así pues, la medida será discriminatoria si ***sitúa real o potencialmente a las personas adscritas a estos grupos sociales en una posición socio-jurídica de inferioridad***. Esto quiere decir que perjudica directamente a las personas por la categoría en la que se las ha clasificado, o bien que se crea un entorno social que fomenta la degradación de las condiciones de vida y trabajo de estas personas.

En la mayoría de los casos, este elemento es fácil de comprobar porque se produce un perjuicio para el trabajador que se puede atribuir a la pertenencia o adscripción al grupo. Por ejemplo, si se despide a un trabajador por sus ideas políticas, no cabe duda de que se está produciendo un acto de

¹ Así, por ejemplo, el art. 6.3 del reciente Proyecto de Ley Integral de Igualdad y no Discriminación que nunca fue aprobado, debido a la disolución de las cámaras por convocatoria de elecciones.

discriminación. Este perjuicio también puede ser *indirecto* cuando se manifiesta como un beneficio para las personas que no están adscritas a la categoría; así, por ejemplo, si el empresario paga a todos los trabajadores las cantidades previstas en el convenio colectivo, pero abona voluntariamente a los varones una cantidad superior, se está perjudicando a las mujeres con este beneficio y, por tanto, se está produciendo una discriminación.

En algunos supuestos, sin embargo, el análisis de este elemento exige una reflexión de mayor profundidad. Así sucede con las llamadas “medidas de acción positiva” (*Vid. Infra*, epígrafes 4 y 5). Estas medidas constituyen diferencias de trato basadas precisamente en una causa de discriminación prohibida, pero, si están bien planteadas no resultan discriminatorias porque el resultado global que producen no es una mayor desigualdad de los colectivos sino, al contrario, una mayor igualdad. Así, por ejemplo, una medida adicional de conciliación de la vida familiar y laboral concebida exclusivamente para varones en principio no es discriminatoria contra las mujeres, porque precisamente contribuye a equilibrar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares, lo que termina favoreciendo la igualdad entre hombres y mujeres.

La normativa europea establece normalmente que la discriminación existe cuando una persona sea, haya sido o *pueda ser* tratada de manera desfavorable como consecuencia de su pertenencia a la categoría prescrita [arts. 2.1 a) Directiva 2006/54/CE y 2.2 a) Directiva 2000/78/CE]. Esto implica que el perjuicio no tiene que materializarse realmente para que exista discriminación, sino que basta con que sea potencial o posible². Así, por ejemplo, una oferta de empleo “solo para hombres”, en sí misma considerada no discrimina a ninguna mujer en concreto, pero resulta discriminatoria para las mujeres en general porque establece un marco para la desigualdad y puede hacer que muchas mujeres se abstengan de aspirar a esa posición.

3. Modalidades de discriminación: abierta/oculta, directa/indirecta, intersecciones, discriminación por asociación

La doctrina académica, la normativa antidiscriminatoria y la jurisprudencia de diversos Tribunales han establecido una tipología de “modalidades de discriminación”. Estas distinciones no necesariamente tienen relevancia sociológica, puesto que no están concebidas para clasificar la discriminación en tanto que fenómeno social, sino más bien como constructos jurídicos que permiten identificar y valorar conductas discriminatorias en el marco de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo.

Normalmente, las tipologías de discriminación afectan solamente a uno de los elementos del concepto de discriminación, a saber, la ***adscripción a las categorías sociales***. Esta adscripción puede ser directa o indirecta y, por su parte, la adscripción directa puede ser abierta u oculta.

De acuerdo con las normas europeas y de derecho interno, existirá ***discriminación directa***³

² SSTJCE *Feryn* 2008, *Associatia Accept*, 2013.

³ La figura equivalente en el Derecho norteamericano es el *disparate treatment* (tratamiento diferenciado). Esta modalidad de discriminación se identifica con una distinción “intencional” aunque se admiten formas de

cuando una persona sea tratada de manera desfavorable debido a la concurrencia de la circunstancia prohibida [Cfr: Arts. 6.1 LOIMH, 28.1 b) Ley 62/2003, 2.2 a) Directiva 2000/78/CE, 2.2 a) Directiva 2000/43/CE, 2.1 a) Directiva 2006/54/CE].

La discriminación directa más evidente es la “discriminación abierta”, que se produce cuando el sujeto manifiesta expresa y abiertamente que la razón que motiva la diferencia de trato es la adscripción a la categoría social objeto de discriminación. Estos supuestos existen (debe recordarse la sentencia *Faryn*, mencionada anteriormente), pero cada vez son menos comunes a medida de que se toma conciencia de que la discriminación es un acto jurídicamente reprochable.

Estrategia procesal de la discriminación directa abierta:

DEMANDANTE.- Tiene que acreditar tres elementos:

- Que existe una diferencia de trato jurídicamente relevante
- Que la causa de la diferencia de trato es la adscripción a un grupo social determinado
- Que esta diferencia de trato es perjudicial, real o potencialmente para la víctima y el colectivo al que se le adscribe.

DEMANDADO.- Puede defenderse con alguna de estas posibilidades

- No existe una diferencia de trato jurídicamente relevante
- La causa no es la adscripción al grupo, sino una circunstancia objetiva → Si esta circunstancia objetiva tiene un impacto sobre el grupo, se pasa a la estrategia de la discriminación indirecta
- El tratamiento no perjudica a las personas adscritas al grupo (por ejemplo, es una medida de acción positiva válida)

Ahora bien, puede ser que una persona esconda sus motivaciones discriminatorias fundamentando su decisión en otros motivos de carácter neutro; esto es lo que la doctrina denomina “**discriminación oculta**”. Así, por ejemplo, sucedería si una mujer se queda embarazada y el empresario la despide por este motivo, pero justificándolo formalmente en su “bajo rendimiento”. Por supuesto, la discriminación oculta también está prohibida, pero resulta bastante más difícil de demostrar.

Tanto la ley como la jurisprudencia del TC (a partir de la STC 38/1981) y del TJUE imponen en estos casos el “traslado de la carga de la prueba” (que se verá con más detalle en el tema 7 y en la asignatura de Tutela de los Derechos Laborales). Así pues, la persona que alega la discriminación tiene la carga de aportar “indicios” (es decir, pruebas circunstanciales, “pistas” que señalan a que la discriminación se puede haber producido); una vez aporta estos indicios, es el demandado el que tiene que justificar adecuadamente su decisión, excluyendo cualquier motivación discriminatoria. Así, por ejemplo, si el empresario despide a la trabajadora por su bajo rendimiento el día siguiente al día en el que esta comunica su embarazo, existen indicios que apuntan a una discriminación por razón de sexo y el empresario tiene la carga de acreditar que ha obrado correctamente.

OJO: Es muy habitual que los alumnos identifiquen el traslado de la prueba con que “es el

discriminación oculta, donde la discriminación se prueba a través de indicios. También se reconoce una discriminación intencional sistémica (*systemic disparate treatment*) cuando en la organización empresarial existen pautas generales que se identifican como directamente discriminatorias (por ejemplo, una política no escrita de no contratar a mujeres).

demandado el que tiene que demostrar que no ha habido discriminación”. Esto es incorrecto. Es muy importante explicar primero que el demandante tiene que aportar antes algún indicio de la conducta discriminatoria, no basta con alegar la discriminación.

En realidad, el concepto de discriminación oculta apunta a que la *intención* del empresario o del sujeto que discrimina es irrelevante y no necesita demostración, dado que lo único significativo es que exista un resultado discriminatorio. De hecho, la regla jurisprudencial que se aplica para todos los derechos fundamentales es que no es necesario que haya una intención dolosa para que se vulnere el derecho en cuestión. Por este motivo, también pueden existir discriminaciones *ocultas para el propio sujeto que discrimina*. En estos casos, no es que el sujeto justifique formalmente su conducta alegando otras razones como “excusa”, sino que realmente cree en estas justificaciones y no es consciente de estar discriminando a nadie.

Esto sucede cuando las personas operan inconscientemente guiadas por sus prejuicios, que afectan a su percepción de la realidad. Así, un jefe puede sistemáticamente valorar peor el trabajo que lleven a cabo las mujeres, o puede magnificar en su conciencia cualquier error cometido por un trabajador maduro o minusválido, sin darse cuenta de que no le daría tanta importancia a este fallo si lo hubiera cometido otro empleado.

Estrategia procesal de la discriminación directa oculta

DEMANDANTE.- Tiene que acreditar: [Las tres cosas]

- Que existe un tratamiento jurídicamente relevante
- Que ese tratamiento perjudica a la víctima y, potencialmente a una categoría protegida.
- Que existen INDICIOS que apuntan a que ese tratamiento PODRÍA deberse a la adscripción a la categoría protegida.

DEMANDADO.- Puede defenderse con alguna de estas posibilidades:

- No existe un tratamiento jurídicamente relevante.
- El tratamiento no perjudica a la víctima o a la categoría protegida
- El tratamiento está justificado por una circunstancia objetiva ajena a la categoría protegida. → Si la circunstancia objetiva tiene un impacto sobre el grupo se pasa a la técnica de la discriminación indirecta

Por su parte, la noción de *discriminación indirecta*⁴ insiste aún más en esta irrelevancia de la intencionalidad. Según la normativa europea y el ordenamiento interno, la discriminación indirecta consiste en la aplicación de un criterio, disposición o práctica formalmente neutro, pero que supone una desventaja para las personas que pertenecen a una determinada categoría social, salvo que esté justificado objetivamente por causa de una finalidad legítima y que los medios utilizados para conseguir esta finalidad sean adecuados y necesarios.

4 En el derecho norteamericano se denomina *disparate impact*, término acuñado en la sentencia del TS *Griggs v. Duke Co.*, de 1971. Se trataba de una empresa que durante la vigencia de las leyes *Jim Crow* de segregación había impedido a los negros el acceso a los puestos mejor pagados. Posteriormente, con la legislación de derechos civiles, se les permitió formalmente el acceso, pero se mantuvieron unos requisitos educativos que se habían incorporado en los últimos tiempos. En el juicio se demostró que estos requisitos perjudicaban sistemáticamente a los negros (dado que su formación estaba lastrada por la discriminación y la segregación) y que eran irrelevantes para la mejor realización de las funciones de estos puestos.

Ejemplos:

- ✓ Una empresa paga más a los “Peones” que a los “Limpiadores”. Formalmente, estas categorías de clasificación de los trabajadores son neutras y ajenas al sexo. Sin embargo, provocan un impacto desfavorable sobre las mujeres muy llamativo, dado que en los Limpiadores predominan las mujeres y en los Peones predominan los hombres (si es que la segregación por sexos no es absoluta en la práctica, como es habitual). La empresa tiene que explicar que estas diferencias salariales se deben a una diferencia objetiva de valoración del trabajo. En esta justificación no pueden utilizarse valoraciones exclusivamente centradas en elementos típicamente masculinos. Por ejemplo, no puede tomarse en consideración únicamente el mayor esfuerzo físico, sino también otros factores. Si la empresa no consigue justificar esto, nos encontramos ante un caso de discriminación indirecta (Cfr. STC 145/1991⁵).
- ✓ Una empresa paga un plus de transporte diario. Hay muchos empleados que prestan sus servicios a media jornada y este grupo está compuesto mayoritariamente por mujeres. Una vez acreditado el impacto desfavorable sobre las mujeres, la empresa tiene que justificar la diferencia retributiva. Probablemente no pueda hacerlo, dado que las necesidades económicas de desplazamiento son idénticas si se trabaja a jornada completa o a media jornada si la jornada completa es continua y no partida.

Muchas pautas de regulación de las relaciones laborales o de la Seguridad Social que perjudican a los trabajadores a tiempo parcial son discriminatorias si no se justifican adecuadamente, dado que en esta modalidad predominan las mujeres (Cfr. SSTJUE *Jenkins, Stapleton, Bilka, Rinner-Kuhn, Kowalska, Lewwark, Elbal Moreno*; SSTC 253/2004, 61/2013, 71/2013, 72/2013)

- ✓ El criterio de **antigüedad** provoca un impacto desfavorable sobre las mujeres (y también sobre jóvenes y minorías étnicas). Sin embargo, de acuerdo con la STJUE *Cadman*, este criterio es idóneo “para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas”, de manera que no resulta, con carácter general, discriminatorio⁶.

A menudo se confunden las nociones de discriminación indirecta y discriminación directa y oculta y, ciertamente, tienen algunas cosas en común, pero el concepto de discriminación indirecta va mucho más allá de la discriminación oculta⁷. La noción de discriminación indirecta parte de la

5 Pueden consultarse también SSTC 58/1994, 286/1994 y 147/1995.

6 El Derecho norteamericano permite el establecimiento de sistemas de antigüedad de buena fe (*bona fide seniority system*). Estos sistemas se consideran apropiados incluso si provocan un perjuicio a determinados colectivos, salvo que se acredite que este perjuicio era intencionado.

7 Contribuye a esta confusión la STC 69/2007 que habla de discriminación “encubierta o indirecta”, aunque posteriormente acude a una definición adecuada de discriminación indirecta. En mi opinión resulta especialmente erróneo el razonamiento de la STS de 13 de marzo de 2013, que parece hacer referencia a una eventual “intención” de discriminar: “La discriminación indirecta representa una elaboración con la que se pretende designar el grupo de personas a las que se dirige realmente la norma, aunque se haya evitado designarlo abiertamente”; esta

constatación de que las normas y otras pautas de comportamiento social no son neutras, sino que están condicionadas por las desigualdades realmente existentes entre los grupos sociales; así pues, es preciso depurar estas normas y estas pautas a través de una mirada “transversal” que tenga en cuenta a los grupos “minoritarios” en términos de poder.

Es posible que el empresario distinga entre “Peones de Limpieza” y “Limpiadores” con la intención oculta (o inconsciente) de pagar más a los hombres que a las mujeres. En este sentido, aunque estrictamente se trataría de una discriminación oculta, podría prosperar una alegación de adscripción indirecta. Sin embargo, puede ser que el empresario se limite a aplicar una regla social aparentemente neutra, o una norma jurídica (como la cláusula de un convenio colectivo) que no tiene nada que ver con sus prejuicios personales, sino al hecho de que la desigualdad social ha hecho triunfar formas de valoración del trabajo que terminan favoreciendo a los varones.

Estrategia procesal de la discriminación indirecta

DEMANDANTE.- Tiene que acreditar [las dos cosas]

-Que existe un tratamiento jurídicamente relevante

-Que este tratamiento tiene un impacto desfavorable sobre algún grupo humano definido por alguna categorización social y que tiende a situarlo en una posición global de inferioridad socio-jurídica

DEMANDADO.- Puede optar por algunas de estas defensas:

-No existe un tratamiento jurídicamente relevante

-No existe tal impacto desfavorable o este impacto es muy pequeño en términos estadísticos

-Aunque exista el impacto desfavorable, el criterio cuestionado se justifica conforme a un canon de objetividad, adecuación y necesidad:

*Por una circunstancia **objetiva** ajena a la categorización social

*Está **razonablemente** orientado a la consecución de un fin legítimo (adecuación)

*Los medios son **necesarios** para adoptar tal finalidad

Cuando el demandado se defiende de una alegación de *discriminación directa* (e.g., no quiere contratar a un actor porque es “negro”) alegando que en realidad la causa del tratamiento diferenciado no es la categoría social estereotipada (“raza” negra), sino una circunstancia objetiva que se utiliza en otros casos como rasgo distintivo de esta categoría (como el color de la piel en sentido estricto, dado que el actor tendría que interpretar el papel de Mozart), se utiliza la doctrina del “**requisito profesional esencial y determinante**”⁸ [arts. 5 parr. 3º LOIMH, 34.2 parr. 2º Ley 62/2003, 14 Directiva 2006/54, 4 Directiva 2000/78/CE y 4 Directiva 2000/43/CE]. De acuerdo con estas normas, este rasgo vinculado a alguna categoría social puede tomarse en consideración cuando constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que con ello se persiga un objetivo legítimo y que la medida sea proporcionada.

En estos casos, no es que pueda “justificarse la discriminación” sino que, en realidad, no existe discriminación directa porque en realidad el fundamento de la diferencia de trato no es una

definición contradice claramente la que está firmemente asentada en la jurisprudencia constitucional y comunitaria, en la doctrina jurídica española e internacional y en la propia legislación comunitaria e interna.

8 En el derecho norteamericano existe una doctrina similar acerca de las “cualificaciones profesionales de buena fe” (*bona fide occupational qualification*).

categoría social estereotipada, sino una circunstancia objetiva que casualmente está vinculada a ella. No obstante, el uso de este requisito provoca un impacto desfavorable sobre los miembros de la categoría afectada, de modo que debe acudir al esquema de razonamiento de la discriminación indirecta. Así pues, este requisito debe estar razonablemente orientado a perseguir un fin legítimo y su utilización no debe resultar desproporcionada. A estos efectos, la consolidación de la desigualdad entre los grupos sociales no puede considerarse nunca un fin legítimo. Así, por ejemplo, el empresario no puede negarse a contratar a un camarero negro porque “la gente es muy racista y no quiere que les atienda una persona de color”.

Requisito profesional esencial o determinante

DEMANDANTE.- Plantea una discriminación directa

DEMANDADO.- La diferencia de trato no se debe a la adscripción a un grupo social, sino a una circunstancia objetiva, por más que esta esté relacionada con la construcción de esta categoría social.

Esto provoca un impacto desfavorable y por tanto nos sitúa en el esquema de la discriminación indirecta:

DEMANDADO.- Esta circunstancia debe ser un requisito esencial y determinante para realizar el trabajo.

-**Objetividad:** el objetivo legítimo perseguido por este requisito no debe estar vinculado a la proyección de la categoría para reproducir las desigualdades.

-**Razonabilidad:** el uso de este requisito es adecuado para conseguir este objetivo legítimo.

-**Proporcionalidad / necesidad:** el efecto no debe ser desproporcionado y no deben existir alternativas razonables que provoquen menos desigualdad social.

Además de la importantísima distinción entre discriminación directa e indirecta, existen otras modalidades más específicas de discriminación vinculadas a formas distintas de adscripción. Estas modalidades son la multidiscriminación y la discriminación por asociación. En principio no hay ningún obstáculo para que ambas modalidades puedan manifestarse al mismo tiempo como discriminaciones directas o indirectas.

La ***multidiscriminación*** es aquella discriminación en la que entran en juego varias categorías sociales. A su vez se divide en dos tipos, la discriminación por superposición de categorías y la discriminación por intersección.

-La ***discriminación por superposición*** es aquella en la que se acumulan distintas causas de discriminación sobre la misma persona. Así, por ejemplo, las personas mayores de 45 años están en desventaja en el mercado de trabajo; también las mujeres lo están con carácter general. Por tanto, las mujeres de más de 45 años pueden acumular estos dos motivos de discriminación. Este concepto puede ser útil para evaluar la entidad del prejuicio sufrido por las víctimas de discriminación.

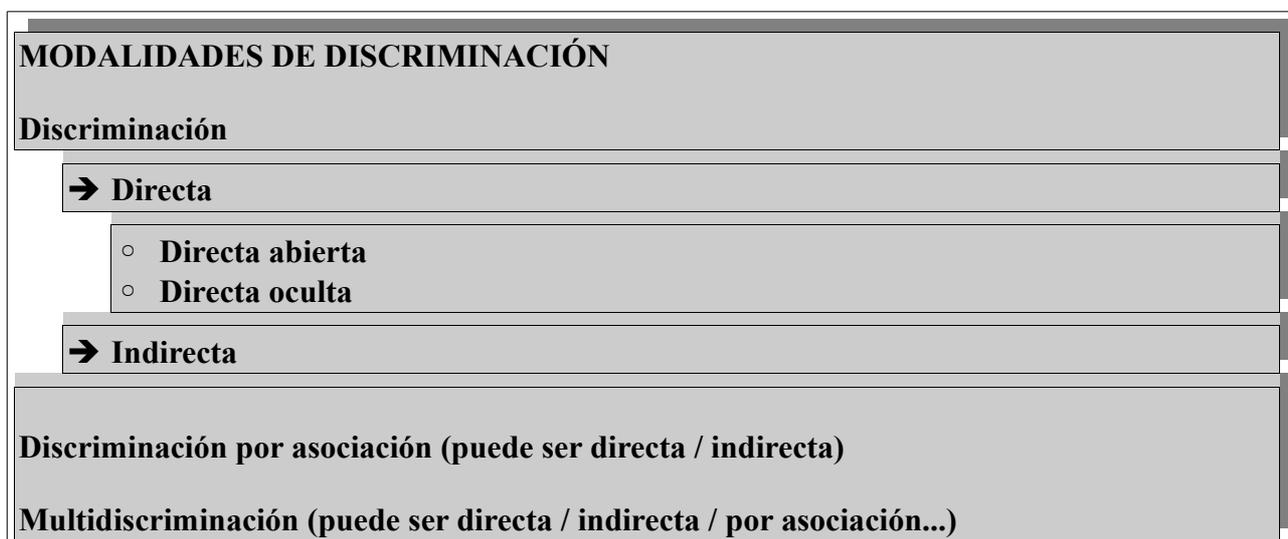
-La ***discriminación por intersección*** es la discriminación que deriva de la adscripción a una categoría social que se sitúa en la confluencia de otras dos categorías sociales.

Por ejemplo, una empresa no contrata “mujeres musulmanas” para puestos de ejecutivo, guiándose por el estereotipo de que las mujeres musulmanas tienen un carácter sumiso y que, por

tanto, considera que no tienen suficiente “agresividad” para el puesto. Si aplicáramos la categoría “sexo” podría parecer que no hay discriminación porque, por ejemplo, la empresa podría haber contratado a mujeres no musulmanas para estos puestos; si aplicáramos la categoría “religión” podría haber sucedido lo mismo, que la empresa hubiera contratado varones musulmanes. Sin embargo, la conducta es discriminatoria porque sitúa a las “mujeres musulmanas” (subcategoría social) en una posición social de inferioridad aplicándoles un estereotipo.

La ***discriminación por asociación*** es aquella que se produce contra una persona, no porque pertenezca a una categoría social discriminada, sino por tener relación o trato con otra que sí pertenece o se considera perteneciente a este grupo social. Así, por ejemplo, una trabajadora española se casa con un “gitano” y es despedida de su trabajo porque al jefe no le gusta que sus trabajadores tengan trato con “gitanos”. En estos casos se dan los tres elementos que se han estudiado respecto a la discriminación pero con alguna especialidad: 1) existe un tratamiento jurídicamente significativo; 2) existe la adscripción a un grupo social determinado; aunque el sujeto que discrimina no considera que la víctima pertenezca estrictamente a la categoría, sí que la relaciona con ella debido a su conexión con otra persona; 3) se perjudica al destinatario de la diferencia de trato y también se sitúa a un grupo social determinado en una posición de inferioridad, por más que esta persona no pertenezca al grupo.

La discriminación por asociación aparece en la [STJUE Coleman de 17-7-2008](#), en relación con la discapacidad⁹. Esta sentencia se refiere al despido de una trabajadora que había asumido los cuidados de su hijo discapacitado, mientras que se demostró que no se habían producido represalias contra los padres que habían ejercido derechos laborales para cuidar a sus hijos no discapacitados.



⁹ En derecho norteamericano, también aparece la discriminación por asociación en relación con la discapacidad, en la *American With Disabilities Act* de 1990.

- Discriminación por superposición de categorías
- Discriminación por intersección de categorías

4. La acción positiva directa

La “acción positiva” -también llamada “acción afirmativa”- es la estrategia igualitaria consistente en utilizar la adscripción a determinados grupos sociales para reducir o eliminar las desigualdades sistemáticas que existen entre unos y otros grupos en la sociedad. En este sentido, es justo lo contrario de la discriminación.

Recordemos que la discriminación es un tratamiento jurídicamente relevante¹⁰ producido por la adscripción de las personas a determinados grupos sociales que tiene el efecto de situar a estas personas y a los grupos a los que se les adscriben en una posición jurídica de inferioridad. La acción positiva también consiste en un tratamiento jurídicamente relevante y también utiliza el criterio de la adscripción, pero el efecto es justamente el contrario. En lugar de reproducir las desigualdades existentes en la sociedad, si se aplica de una manera adecuada, contribuye a reducirlas. No deben confundirse las acciones positivas con otras medidas que supuestamente tienen un carácter “protector” de determinados colectivos pero que, en la práctica, terminan reproduciendo o multiplicando las desigualdades sociales, como sucedería con la prohibición de que las mujeres realicen determinados trabajos.

En ocasiones se denomina a esta técnica “discriminación positiva”. El término es incorrecto y confuso, puesto que, si una determinada diferencia de trato no contribuye a multiplicar las desigualdades, sino que las reduce, entonces no encaja en el concepto de discriminación (con independencia de que podamos considerar que la medida es inapropiada).

Como se ha visto anteriormente, la adscripción a los grupos sociales puede ser directa o indirecta. Normalmente, cuando se habla de “acción positiva” se está haciendo referencia a la *acción positiva directa*, en la cual la adscripción al grupo se utiliza directamente como criterio para llevar a cabo la conducta positiva. Esta conducta normalmente consiste en un “tratamiento preferencial”, aunque ello no es estrictamente necesario:

- ✓ Por ejemplo, en un sistema de selección de personal se establece que, a igualdad de mérito y capacidad, se escogerá a las personas que pertenezcan al sexo que esté menos representado (aquí se beneficia a la persona que pertenece a la categoría discriminada).
- ✓ Por ejemplo, se establecen derechos adicionales de conciliación solo para varones (aquí se beneficia a la persona que pertenece a la categoría no discriminada para producir un mayor

¹⁰ Cabe imaginar tratamientos positivos que no son jurídicamente relevantes, como serían las “medidas de aproximación”. Así, por ejemplo, en una oferta de trabajo para un puesto masculinizado se puede indicar expresamente que no importa el sexo del candidato. Otro ejemplo podría ser anunciar una oferta de empleo de elevada cualificación en una revista destinada a las minorías étnicas con objeto de que personas pertenecientes a estos colectivos estén informadas y puedan concurrir.

Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo
Tema 2. Cuestiones generales sobre discriminación
Antonio Álvarez del Cuervo
Curso 2013-2014

equilibrio en el reparto de tareas familiares que en último término beneficie a las personas pertenecientes a la categoría discriminada).

En el ordenamiento español, siguiendo las líneas marcadas por el Derecho de la Unión Europea, se admite la acción positiva siempre que se lleve a cabo con determinadas garantías [arts. 157.4 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts 11 y 43 LOIMH, arts 30 y 35 Ley 62/2003, art. 17.4 ET, art. 3 Directiva 2006/54/CE, art. 7 Directiva 2000/78/CE, art. 5 Directiva 2000/43/CE].

- ✓ Se admiten los tratamientos preferenciales positivos para corregir una desigualdad de hecho constatada y solo durante el tiempo en que esta desigualdad existe (después hay que retirarla). Si no se cumplen estos requisitos, la medida será discriminatoria, porque tenderá a reproducir desigualdades entre los grupos humanos en el contexto de aplicación de la medida.
- ✓ El tratamiento preferencial debe ser razonable y proporcionado respecto al objetivo perseguido. Una vez más, se aplica un esquema de justificación basado en la razonabilidad (debe tener una cierta lógica para corregir la desigualdad) y la proporcionalidad (los efectos negativos producidos por la medida no deben excederse respecto de los efectos positivos alcanzados). Una medida desproporcionada resultará ilícita, aunque no fuera discriminatoria. Por ejemplo, si se prefiere a una mujer poco cualificada respecto a un hombre más cualificado en una profesión fuertemente masculinizada, la medida es desproporcionada por el perjuicio que causa al hombre afectado, pero no está incrementando las desigualdades entre los grupos sociales.
- ✓ En la consideración de esta proporcionalidad, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido el requisito de que, al aplicar las medidas de acción positiva se puedan tomar en consideración las circunstancias individuales y particulares de cada supuesto [*Cfr. SSTJUE Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamsson y Anderson, Briheche*]. La cuestión es que no se trate a las personas exclusivamente por razón de su pertenencia a una categoría (lo que podría resultar lesivo de su dignidad), sino de que se permita considerar las circunstancias objetivas que concurren en cada persona en cada caso particular. Así, por ejemplo, puede ser apropiado que se establezca una preferencia por el sexo infrarrepresentado a igualdad de méritos, siempre que el sistema permita evaluar los méritos individuales y las circunstancias particulares de cada candidato.

En las críticas de las medidas de acción positiva normalmente se hace referencia únicamente a los posibles efectos perjudiciales sobre las personas que no pertenecen al colectivo favorecido. No obstante, debe tomarse en consideración que la acción positiva directa puede implicar también otros problemas: 1) dificultades para definir las categorías, que pueden llevar a un exceso o a un defecto de protección; 2) utilización delicada de datos personales; 3) cristalización en la sociedad de las categorías y sus estereotipos (por ejemplo, consagración de la imagen social de las mujeres como víctimas de violencia de género); 4) dificultades para la contratación de personas pertenecientes a colectivos a los que se les conceden particulares beneficios; 5) uso de las posibles “cuotas” como “fachada” que oculta discriminaciones reales (por ejemplo, se han contratado mujeres para puestos directivos siguiendo una cuota, pero con la condición implícita de que no tengan hijos); 6)

estigmatización de las personas que han alcanzado una determinada posición “por su pertenencia” a determinada categoría, etc.

Por todos estos motivos, la acción positiva directa puede ser cuestionada, no solo jurídicamente, sino también en términos de oportunidad política. A mi juicio personal, estas medidas deben llevarse a cabo exclusivamente cuando no hay vías menos lesivas para conseguir la igualdad. A estos efectos, resulta especialmente interesante la noción de acción positiva indirecta.

5. La acción positiva indirecta

La *acción positiva indirecta* consiste en utilizar como criterio de distinción una circunstancia formalmente neutra para producir la equiparación entre los distintos grupos sociales. Así pues, funciona de manera idéntica a la discriminación indirecta, pero para producir el efecto inverso. Este concepto no está asentado en la doctrina, pero a mi juicio resulta muy útil para comprender determinadas políticas sociales, así como para concebir alternativas a la acción positiva directa que normalmente resultan menos problemáticas.

Un ejemplo de acción positiva indirecta puede ser que se fomente la contratación de personas que han estado fuera del mercado de trabajo para atender determinadas responsabilidades familiares, sin indicación de sexo. En nuestra sociedad, la mayoría de las personas beneficiadas por una medida de este tipo serán de sexo femenino, pero esto no tiene que ser así necesariamente. Esta medida disminuiría el impacto del reparto desigual de responsabilidades familiares en el seno de la familia sobre las carreras de las mujeres, promoviendo una mayor igualdad de género. En cambio, si se hubiese utilizado una técnica de adscripción directa, la medida resultaría contraproducente; en primer lugar, porque sigue reproduciendo el estereotipo de que son las mujeres las que se dedican a estas tareas; en segundo lugar, porque de manera más material desincentiva que los hombres comiencen a asumir estas responsabilidades, manteniendo el reparto tradicional de roles. En este ejemplo se aprecia claramente como en muchos casos la acción positiva indirecta produce el mismo resultado de corrección de las desigualdades que la directa, pero evitando muchos de los efectos secundarios que esta última técnica presenta.

En este contexto, la acción positiva indirecta implica una lectura “transversal” de la realidad socio-jurídica. A menudo, los valores y las categorías con los que interpretamos la realidad están fuertemente sesgados por los intereses de los grupos mayoritarios o más poderosos en la sociedad. La mirada “transversal” sobre la realidad implica un cuestionamiento de estos valores o principios para construir una perspectiva más equilibrada. Así, por ejemplo, la acción positiva directa puede implicar que se contrate a una persona de un colectivo desfavorecido en lugar de a otra persona cuando ambas tienen los mismos méritos; en cambio, la acción positiva indirecta implica plantearse cómo se han construido estos méritos y si en ellos existen distorsiones que derivan de la desigualdad de las relaciones de poder que terminan perjudicando a los colectivos desfavorecidos.

En este contexto, la “gestión de la diversidad en la empresa” implica la adaptación de las pautas que regulan su actuación a la heterogeneidad real que existe en la sociedad (por razón de origen étnico, religión, ideología, edad, orientación sexual...) Esta perspectiva se vincula a la acción

positiva indirecta (y en algunos casos a la acción positiva directa) y no es obligatoria para las empresas, salvo en lo que refiere a la prohibición de discriminación indirecta. En la actualidad, ya se han publicado en España algunos [acuerdos de empresa](#) destinados a gestionar la diversidad por razón del origen étnico.

El principio de “transversalidad de género” es similar pero tiene un alcance más amplio, dado que las mujeres no constituyen una minoría, sino que componen aproximadamente el 50% de la población y, sin embargo, las pautas culturales sobre las que se ha construido nuestra sociedad se han visto fuertemente influidas por el dominio masculino. En este caso, no se trata de adaptar las pautas de la mayoría social para integrar a las minorías, sino de ir construyendo unas nuevas pautas que resulten equilibradas para los dos géneros. El principio de transversalidad de género cuenta con apoyo normativo expreso y resulta de aplicación obligatoria para todos los poderes públicos (art. 29 Directiva 2006/54/CE y art. 15 LOIMH).

Ejercicios generales sobre el tema:

Analiza estos supuestos, detecta los problemas que plantean y construye argumentos jurídicos para resolver estos problemas. Estos casos tienden a ser complejos, en el sentido de que pueden contemplarse desde distintas ópticas, por lo tanto, puede ser útil distinguir distintos problemas en el mismo caso a efectos de su resolución.

- ✓ Una empresa de construcción situada en Cataluña hace pública una oferta de empleo para 10 puestos de albañil. En las condiciones de la oferta exige que los trabajadores sepan hablar catalán, dado que será la lengua prioritaria de comunicación en la organización.
- ✓ Una empresa de líneas aéreas evalúa que los clientes habituales del vuelo Madrid Barcelona suelen ser por lo general hombres de negocios de género masculino. Por esta razón decide contratar solo a azafatas que sean jóvenes, delgadas y atractivas (según los cánones de belleza más comunmente extendidos). La empresa también contrata azafatos varones, pero no les exige este requisito.
- ✓ Un gimnasio-spa decide no contratar un masajista, explicándole que prefieren una mujer para el puesto, dado que tanto sus clientes de sexo femenino como sus clientes varones heterosexuales tienden a sentirse más incómodos si el masajista es de sexo masculino, mientras que las mujeres no generan ninguna incomodidad a ningún cliente.
- ✓ Una empresa multinacional advierte que la diversidad étnica de sus empleados es escasa y valora este punto negativamente, porque sus directivos consideran que la organización tiene que estar adaptada a las necesidades de clientes de distinta procedencia étnica y tiene que proyectar una imagen de diversidad. Por lo tanto, decide incorporar como mérito a sus procesos de contratación la pertenencia a una minoría étnica. Este mérito se valora en el baremo con 5 puntos para un máximo total de 100.
- ✓ Las [bases](#) de la convocatoria de pruebas de selección para 2012 de Vigilantes de Seguridad establecen:
 - Una edad máxima de 55 años.
 - Diferencias por edad y por sexo en los resultados para las pruebas físicas.
 - En la especialidad de escolta privado se exige una altura de 1'70 para los hombres y de 1'65 para las mujeres

Autoevaluación

(El alumno debe estar seguro de que sería capaz de responder a las siguientes preguntas)

Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo
Tema 2. Cuestiones generales sobre discriminación
Antonio Álvarez del Cuvillo
Curso 2013-2014

- ✓ ¿En qué se diferencian el principio de igualdad y la prohibición de discriminación?
- ✓ ¿Cómo definirías “discriminación”? Por un ejemplo de discriminación y un ejemplo de una conducta que no sea discriminatoria conforme a la definición, aunque inicialmente lo pueda parecer.
- ✓ ¿En qué se diferencian la discriminación indirecta y la discriminación oculta?
- ✓ Define discriminación por asociación y pon un ejemplo
- ✓ ¿En qué se diferencian la intersección y la multidiscriminación?
- ✓ ¿En qué se diferencian la acción positiva directa y la acción positiva indirecta?
- ✓ ¿Qué problemas puede acarrear la acción positiva directa?