

Discriminación múltiple ¹

ALEJANDRA DE LAMA AYMÀ
Profesora Lectora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

La discriminación múltiple es aquella forma de discriminación en la que se dan dos o más motivos de discriminación, ya sea de forma acumulativa o interseccional. El artículo aborda diferentes mecanismos jurídicos para mejorar la lucha contra esta forma de discriminación tanto en los sistemas jurídicos de lista abierta de motivos de discriminación como en los de lista tasada. Así se defiende la existencia de una definición legal de la figura, la determinación de su régimen jurídico y la preferencia de una lista abierta de motivos de discriminación que permita una mejor identificación de las situaciones de discriminación múltiple y una más adecuada indemnización de las mismas. También se estudian otras ideas como la posibilidad de que la ley permita la aplicación de los «punitive damages» o los «reasonable accommodation».

PALABRAS CLAVE

Discriminación múltiple, daño económico y daño moral, reparación e indemnización del daño, daños punitivos, ajuste razonable.

ABSTRACT

Multiple discrimination is the situation whereby an individual suffers from discrimination for more than one reason, either in a cumulative or intersectional way. This paper tackles different solutions to improve the fight against this form of discrimination, both in legal systems with an open listing of discrimination reasons and in systems with a restricted one. This research

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación «Nueva configuración de la persona física. Revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación» (DER 2010-17949) concedido por el Ministerio de Educación, del cual es investigadora principal la Prof. Dra. M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera.

proposes the convenience of a legal definition of multiple discrimination and of an open listing of discrimination reasons to improve the identification and to more accurately determine the damages caused by this situation. This paper also studies other solutions like the application of punitive damages or reasonable accommodation.

KEYWORDS

Multiple discrimination, damages, psychological damages, punitive damages, reasonable accommodation

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Concepto de discriminación múltiple.* III. *Dificultades en la regulación de la discriminación múltiple.* IV. *Hacia una regulación legal de la discriminación múltiple:* 1. Situación actual en el reconocimiento legal de la figura: 1.1 La situación en el ordenamiento jurídico español. 1.2 Otros ordenamientos jurídicos. 1.2.1 Modelo de definición y lista abierta: A) Ordenamiento canadiense. B) El ordenamiento de South Africa. 1.2.2 Modelo de lista cerrada y ámbito de aplicación limitados: A) Unión Europea B) Reino Unido 1.2.3 Modelo de declaración general y desarrollo jurisprudencial: Estados Unidos. 1.2.4 Otros modelos. 2. Aproximación a una propuesta de regulación legal de la figura: a modo de conclusión.—V. *Régimen Jurídico de la figura:* 1. Consecuencias jurídicas de la discriminación múltiple: 1.1 Nulidad. 1.2 Indemnización. 1.3 Sanciones. 2. Medidas positivas.—VI. *A modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El origen del concepto de discriminación múltiple se encuentra en una serie de situaciones en que la coexistencia de varios motivos de discriminación que operaban conjuntamente dejaba en una situación de invisibilidad supuestos claros de discriminación porque los mecanismos tradicionales para identificar tales supuestos y luchar contra ellos resultaban inadecuados. Así, por ejemplo, es paradigmático el caso de unas mujeres de raza negra que plantearon una demanda contra su empresa por considerar que las había discriminado por razón de sexo y raza conjuntamente al no haberlas ascendido o al no haberlas contratado. El tribunal resolvió afirmando que no existía discriminación por razón de género pues la misma empresa había ascendido y contratado a otras mujeres, de raza blanca, y aconsejaba presentar otra demanda solo por discriminación por raza. Sin embargo, bien pudiera ser que tampoco conside-

rando el factor raza se apreciara la existencia de discriminación pues otros hombres negros hubieran sido contratados o ascendidos. En efecto, al considerar aisladamente los motivos de discriminación, el fenómeno discriminatorio es indetectable pues no se discrimina ni a las mujeres ni a los negros en general sino a las mujeres negras en particular. La experiencia de las mujeres negras no coincide ni con la de las mujeres ni con la de los negros.

Otras veces se produce una situación paradójica pues la protección de determinadas minorías para evitar precisamente discriminaciones en su contra, perpetúa situaciones de discriminación que practica dicha minoría versus un grupo minoritario dentro de ella. Así sucede, por ejemplo, con las mujeres musulmanas en la India donde el Gobierno con la intención de preservar las costumbres y la cultura musulmanas, minoritaria en el país, mantiene una postura no intervencionista en ese grupo social permitiendo que se rija en buena medida por sus propias reglas lo cual supone el mantenimiento de una normativa claramente discriminatoria para la mujer musulmana. La experiencia de estas no coincide ni con la de las mujeres en general ni con la de los musulmanes en general sino que son discriminadas por su condición de mujeres musulmanas. El factor género y religión deben considerarse conjuntamente pues de lo contrario no se comprende el fenómeno discriminatorio.

En este contexto pues surge el concepto de discriminación múltiple como un supuesto de discriminación en que operan varios motivos de discriminación conjuntamente. Pese a que el fenómeno está detectado en la realidad social, su regulación legal es todavía muy tímida y consiste más en referencias al término que a la definición de su concepto o su régimen jurídico.

En este trabajo se propone una definición de la figura de la discriminación múltiple así como de su régimen jurídico teniendo en cuenta las necesidades y características de nuestro ordenamiento.

II. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

La discriminación múltiple en un sentido amplio describe aquella situación en que se produce una discriminación por diversos motivos. La discriminación supone que una persona es tratada de forma menos favorable de lo que hubiera sido otra en su misma situación; la discriminación múltiple supone que dicha discriminación se debe a diferentes motivos. En efecto, es posible que una persona sea rechazada en un trabajo por ser mujer y también es posible que lo sea por ser inmigrante en cuyo caso hablaríamos de

discriminación simple por razón de género o de origen. Pero, en determinadas ocasiones, la discriminación no se produce por un motivo aislado sino por la concurrencia de varios de ellos al mismo tiempo y es entonces cuando hablamos de discriminación múltiple.

Este fenómeno está claramente vinculado al hecho de que las personas tienen una identidad compuesta por múltiples facetas². La sociedad tiende a ver y tratar al individuo como un todo que engloba todas esas identidades y, por ello en un buen número de ocasiones, las discriminaciones se producen por diferentes motivos globalmente considerados y no por uno aislado. Analizar esa discriminación múltiple bajo el prisma de uno solo de esos motivos, como sucede con la mayor parte de las normas antidiscriminatorias actuales, supone tener una visión parcial del fenómeno discriminatorio³.

La doctrina suele coincidir en clasificar la discriminación múltiple como discriminación múltiple adicional (o doble o compuesta o cumulativa) y discriminación múltiple interseccional⁴. La primera supondría la existencia de varios motivos de discriminación al mismo tiempo de forma que un motivo se añade a otro creando una carga añadida. Así, se dice, una mujer inmigrante sufriría esta forma de discriminación si en un trabajo fuera rechazada por exigirse unas aptitudes físicas que se presume que la mujer no tiene y en otro donde por motivos de seguridad se rechazara a los no nacionales⁵. O también cuando en un proceso de selección para un puesto de trabajo se exigen una serie de requisitos como la edad, la

² La doctrina extranjera alude a la diversidad de factores que componen la identidad como presupuesto de la discriminación múltiple. Así, FREDMAN, Sandra; «Double trouble: multiple discrimination and EU law», en *European Antidiscrimination Law Review*, 2005, núm. 2, p. 13; MOON, Gay, «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found» en <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/multiplerediscrimination.pdf> (20 enero 2012), p. 3.

³ MOON, Gay, «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., pp. 2-3.

⁴ DUVEFELT, Sabine-SJÖLANDER, Carolina, Multiple discrimination. Addressing Complex Discrimination in a Complex Society, en www.diva-portal.org/diva/gerDocument?urn_nbn_se_oru_diva-1912-2_fulltext.pdf (20 enero 2012), pp. 5-6; HANNET, Sarah, Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, vol. 23, núm. 1, p. 68. Aunque añaden otros tipos de discriminación múltiple, también contemplan estos dos supuestos MOON, G., «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., pp. 4-5; MAKKONEN, Timo, Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, april 2002 (disponible en <http://web.abo.fi/institut/imr/norfa/timo.pdf> a fecha de 17 de febrero de 2012), pp. 9 ss. y European Commission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, september 2007, (disponible en fecha de 17 de septiembre de 2012 en la dirección electrónica http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multidis_en.pdf), pp. 16-17.

⁵ El ejemplo es de MAKKONEN, T., Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, cit., p. 11. Sin embargo, como veremos, quizás sea más adecuado tratar esta situación como dos discriminaciones simples.

nacionalidad, experiencia en un determinado país,... que implican que un inmigrante con experiencia en otro país,... pueda ser discriminado por varios motivos al mismo tiempo⁶.

La discriminación múltiple interseccional describe una situación en que la coexistencia de varios motivos de discriminación produce una forma única y nueva de discriminación que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada. Aquí la discriminación se identifica con la concurrencia de varios factores de discriminación que interactúan de tal forma que surge de ellos una situación discriminatoria diferente. De hecho, uno de los primeros trabajos sobre el tema estudia los efectos combinados de la discriminación que sufren las mujeres negras por su género y su raza conjuntamente⁷. La autora pone de relieve que la normativa antidiscriminatoria tiende a definir la discriminación en términos de raza o sexo y que el paradigma de la discriminación por sexo suele partir de la experiencia de la mujer blanca y el modelo de discriminación por raza suele basarse en la experiencia de los más privilegiados negros de tal manera que la mujer negra solo será protegida frente a la discriminación cuando su experiencia coincida con la de las mujeres blancas o la de los hombres negros pero, cuando no sea así, la mujer negra queda desprotegida por cuanto la normativa no contempla que pueda existir una discriminación nueva provocada por la interacción de la raza y el sexo de la que surge una experiencia discriminatoria nueva y diferente⁸.

Poco a poco el concepto se ha ido estudiando por la doctrina que ha ido identificando nuevos supuestos de discriminación múltiple desarrollando una concepción más amplia de la figura que en ocasiones parece que, más que aclarar los términos, hace más difusa su definición. Así se añade una tipología más de discriminación múltiple denominada específicamente discriminación múltiple cuando una persona es discriminada en diferentes momentos por diversos motivos que operan separadamente⁹. Así, una mujer dis-

⁶ El supuesto es recogido por MOON, G., «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., p. 4.

⁷ CRENSHAW, Kimberly, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics» en WISBERG, D. Kelly, *Feminist Legal Theory. Foundations*, EUA, 1993, pp. 383 ss. La autora analiza la demanda que interpusieron un grupo de mujeres negras contra la General Motors alegando que, al no contratarlas o no ascenderlas, las había discriminado por razón de género y raza. El Tribunal resolvió que no existía discriminación por género pues otras mujeres, al parecer blancas, fueron contratadas o ascendidas y recomendaba interponer una nueva demanda solo por discriminación por razón de raza. Al analizar el caso desde la perspectiva de solo un criterio queda desvirtuada la discriminación sufrida por las mujeres negras pues su experiencia difiere de las de las mujeres blancas.

⁸ CRENSHAW, K., *op. cit.*, pp. 386-387.

⁹ MAKKONEN, T., Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, cit., p. 10 y la recoge posteriormente

capacitada puede sufrir una discriminación por razón de género en un proceso de selección laboral y en otro momento sufrir una nueva discriminación por su discapacidad en el acceso a un edificio público¹⁰. Incluso en cada una de esas sucesivas discriminaciones puede ser discriminada no por un motivo sino por varios¹¹.

No existen muchos trabajos entre nuestra doctrina que aborden en profundidad la figura de la discriminación múltiple y, cuando se hace, se presenta una actitud crítica hacia esta variedad tipológica. La aproximación que hace la doctrina española al concepto de discriminación múltiple está próxima a lo que se ha denominado discriminación múltiple interseccional que se produce cuando una persona es discriminada por diferentes motivos en un mismo momento y situación de tal forma que estos interactúan de alguna forma¹². Así, se dice que, para que pueda hablarse de discriminación múltiple, es fundamental que la discriminación por diferentes motivos se dé en un mismo momento por lo que la discriminación múltiple como una tercera tipología que supone que se dan sucesivas discriminaciones en el tiempo por un motivo diferente cada vez de forma que estos operan de forma separada no puede considerarse realmente una forma de discriminación múltiple¹³. Por otra parte, se critica que la llamada discriminación adicional sea un tipo diferenciado de discriminación múltiple por cuanto, cuando dos o más factores de discriminación operan simultáneamente en un determinado caso, necesariamente se produce algún tipo de interacción entre ellos¹⁴ por lo que de alguna forma se reconduce

el Informe de la Unión Europea European Commission; Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws, cit., p. 16.

¹⁰ El ejemplo es de MAKKONEN, T., Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, cit., p. 10.

¹¹ MOON, G., «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., p. 4.

¹² Así, REY MARTÍNEZ, Fernando, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, núm. 84, p. 266. En similar sentido, CASTRO ARGÜELLES, M.^a Antonia-ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor, Navarra, 2007, p. 110, donde afirman que «el excesivo apego de algunas normas y de la generalidad de operadores jurídicos a la tipificación expresa de las causas de discriminación prohibidas hace que, a menudo, queden huérfanas de tutela aquellas distinciones de trato que no es posible reconducir a uno u otro factor discriminatorio concreto, pues resultan de una más o menos compleja interacción entre dos o más de ellos».

¹³ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 265-266 que afirma que «el dato de que los diversos factores se presenten la vez en el caso concreto es fundamental, a mi juicio, para poder calificar a una discriminación en puridad como una discriminación "múltiple". Que una persona experimente diversas discriminaciones en el tiempo por diferentes motivos es un hecho lamentable, por supuesto, pero no permite que el ordenamiento ofrezca una respuesta adecuada para el caso concreto que tenga en cuenta la complejidad del trato discriminatorio».

¹⁴ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 266, dice: «Presentándose en un mismo caso, por tanto, simultáneamente, diversos factores de discriminación, la combinación resultante es, de modo

la discriminación adicional o compuesta a la discriminación interseccional.

Es cierto que, para que el ordenamiento jurídico pueda tener en cuenta el fenómeno de la discriminación múltiple, debe producirse algún tipo de discriminación diferente de la discriminación simple pues la mera sucesión en el tiempo de discriminaciones por un solo motivo no aporta una problemática social distinta de la que ya se intenta abordar desde el derecho antidiscriminatorio tradicional. En efecto, que una persona sufra en un determinado momento una discriminación por un motivo y posteriormente otra por otro factor diferente sin que exista entre esas dos situaciones ningún nexo de unión, no debe considerarse una discriminación múltiple sino una sucesión de discriminaciones simples, execrables como toda discriminación, pero que debe ser abordada a través de los medios tradicionales antidiscriminatorios¹⁵. Cada una de las discriminaciones deberá tener las consecuencias del artículo 10 LOI (nulidad, indemnización y sanciones) y los poderes públicos deberán intentar prevenir que una persona que pertenezca a esos dos grupos de riesgo sufra esas situaciones discriminatorias a través de la previsión de medidas dirigidas a proteger a esos dos grupos de riesgo. Pero si no existe ningún punto de conexión entre esas dos discriminaciones, las consecuencias jurídicas deben solicitarse independientemente y las medidas de los poderes públicos deberán regularse por separado para cada grupo de riesgo. En efecto, si una mujer con discapacidad es discriminada en un trabajo por ser mujer pero no por su discapacidad y posteriormente en un edificio público al que no puede acceder por su discapacidad y con independencia de su género, no hay relación de ningún tipo entre una y otra situación que permita atacar esas discriminaciones conjuntamente o prever algún tipo de medidas preventivas conectadas. Pueden tomarse medidas positivas para evitar que la mujer sea discriminada en el trabajo, sea discapacitada o no, y medidas para garantizar el acceso de los discapacitados a los edificios, sean hombres o mujeres.

Por otra parte, en relación a la discriminación múltiple adicional o acumulativa, creemos que es claramente un supuesto de discriminación múltiple cuando existe algún tipo de relación entre los motivos que la provocan. Ello puede suceder tanto si esos factores coinciden en el tiempo como si se producen en un momento diferente pues lo que determinará que estemos ante una situación rele-

necesario, el producto de algún tipo de interacción entre ellos. La identificación de un factor predominante al que se añaden otros es misión intelectualmente ardua, si no imposible».

¹⁵ En este punto, nos parece muy acertada la crítica de REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 265-266.

vante desde el punto de vista de la discriminación múltiple será que exista algún tipo de relación entre ellos.

En efecto, cuando un determinado sector del mercado de trabajo discrimina sistemáticamente a las mujeres y a los discapacitados, es evidente que una mujer discapacitada se encuentra en una situación de desventaja a la hora de conseguir un trabajo en relación a las mujeres no discapacitadas y en relación a los hombres discapacitados; una mujer sin discapacidad tiene el riesgo de sufrir una discriminación en el ámbito laboral y un hombre con discapacidad también pero una mujer discapacitada tiene el doble de riesgo de sufrirla y no tener eso en cuenta supone alejarse de las discriminaciones reales que sufren las personas concretas. Los poderes públicos deben tener en cuenta tal situación para detectar como grupo de riesgo de sufrir discriminaciones en el mercado laboral a las mujeres con discapacidad y tomar medidas al respecto. Cuestión diferente es que esas discriminaciones que se han producido en momentos y situaciones diferentes puedan ser atacadas jurídicamente de forma unitaria pues si cada empresario ha discriminado solo por un motivo no puede hacerse responsable a cada uno de ellos de vulneraciones del derecho a la igualdad cometidas por otros empresarios.

Por otra parte, si la acumulación de motivos se da en una misma situación y un periodo temporal único, se produce una interacción entre los motivos de discriminación que sitúa el problema en el ámbito de la discriminación múltiple. Si, por no abandonar el ejemplo anterior, un mismo empresario discrimina a una mujer discapacitada por su género y su discapacidad conjuntamente se produce una discriminación múltiple acumulativa o adicional porque existe una relación entre los factores de discriminación que no nos permite comprender en toda su magnitud el fenómeno discriminatorio producido si no los analizamos de forma unitaria. Una mujer sería discriminada por ese empresario por su género, un hombre discapacitado lo sería por su discapacidad pero una mujer discapacitada lo es por su género y por su discapacidad por lo que comparada con el hombre discapacitado y la mujer sin discapacidad tiene la mitad de posibilidades de ser contratada pues es doblemente discriminada. Es cierto que si preparara la defensa alegando discriminación por uno solo de los motivos, esta puede ser identificada y apreciada. Ahora bien, el hecho de que en realidad la discriminación se haya producido por dos motivos es una forma agravada de discriminación y si no se tiene ello en cuenta se ataca el fenómeno discriminatorio solo parcialmente. Es cierto que el resultado de contemplar solo un factor o ambos es el mismo: no haber contratado a

la víctima. Por ello, el daño patrimonial producido en este caso probablemente no varía si abordamos el caso como una discriminación simple o múltiple. Sin embargo, el daño moral que sufra la persona sí puede ser cuantitativamente mayor si la discriminación se produce conjuntamente por dos motivos. Por otra parte, en la medida en que el mismo empresario está discriminando por esos dos motivos a la misma persona, se le puede hacer responsable conjuntamente de ellos y considerarse que realiza una forma agravada de discriminación y tenerse ello en cuenta en el ámbito de las sanciones.

Por último, la denominada discriminación interseccional es probablemente el caso más claro de discriminación múltiple pues en ella la interrelación entre los factores de discriminación provoca que salgan a la luz supuestos de discriminación que de considerarse aisladamente quedarían velados. En efecto, si una mujer musulmana es discriminada en un proceso de selección laboral por llevar velo, está siendo discriminada por su género y por su religión conjuntamente de forma que existe una conexión tal entre esos factores que, de considerarlos aisladamente, la discriminación permanecería oculta. Si abordamos el caso desde el punto de vista de una discriminación simple por género esta puede no manifestarse si hay otras mujeres que han sido contratadas y si lo hacemos desde la perspectiva de la religión puede alegarse que han sido contratados hombres musulmanes y que, por tanto, la religión no ha sido un factor determinante y discriminatorio en el proceso de selección. La experiencia discriminatoria sufrida por la mujer musulmana que lleva velo se debe a su género y a su religión conjuntamente considerados. A diferencia de lo que sucede en la discriminación múltiple adicional la discriminación no es relevante por ser cualitativamente peor sino por ser cualitativamente diferente¹⁶.

En conclusión, la discriminación múltiple es aquella discriminación producida con base en dos o más factores que presentan un nexo de unión que supone que actúan de forma interrelacionada. Cuando esa interrelación implica una forma agravada de discriminación hablaremos de discriminación múltiple adicional o acumulativa y cuando supone que afloran experiencias discriminatorias que permanecerían ocultas de no considerarse los factores unitariamente, hablaremos de discriminación múltiple interseccional.

¹⁶ En estos términos, que nos parecen muy gráficos, se expresa HANNET, S., *op. cit.*, p. 81. En realidad podríamos decir también que la discriminación múltiple adicional es cuantitativamente peor y la discriminación interseccional es cualitativamente diferente.

III. DIFICULTADES EN LA REGULACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

Pese a que actualmente tanto la legislación como la doctrina empiezan a ser conscientes de la problemática específica que entraña la discriminación múltiple, lo cierto es que tradicionalmente este tipo de discriminación ha pasado desapercibido. En efecto, la gran dificultad a la que se ha enfrentado esta figura ha sido en muchas ocasiones su invisibilidad.

En buena medida ello se ha producido porque muchas veces sufre este fenómeno una minoría dentro de una minoría de tal manera que se produce la paradoja de que los poderes públicos, para defender y proteger una minoría étnica, religiosa,... permite determinadas prácticas en su seno sin percatarse de que constituyen una discriminación versus un sector de esa minoría¹⁷. Así sucede por ejemplo, con la mujer musulmana en la India donde los poderes públicos protegen las leyes y costumbres de la minoría musulmana sin tener en cuenta que estas son claramente discriminatorias para la mujer musulmana que es discriminada por ser mujer musulmana, es decir, por su género y su religión¹⁸. Igual sucede, por ejemplo, con la mujer gitana cuya experiencia discriminatoria diferenciada puede quedar oculta por las necesidades generales del colectivo gitano¹⁹ y que, por ejemplo, suele contraer matrimonio por el rito gitano y tener hijos a edades muy tempranas lo cual conlleva una carga añadida a la hora de acceder a la educación. En definitiva, ello pone de manifiesto el dilema sobre si el Estado debe intervenir o mantenerse neutral para que el respeto a las minorías quede garantizado²⁰.

Por otra parte, los grupos de defensa de determinadas minorías históricamente discriminadas (movimiento feminista, antirracista,...) tienden a homogeneizar sus características y sus reivindicaciones para fortalecer más su posición por lo que suelen desatender las peculiaridades y necesidades específicas de las minorías dentro de su grupo²¹.

¹⁷ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 268, y BELL, Mark, «Racism and Equality in the European Union», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymà), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 187 ss.

¹⁸ Así lo recoge la abogada y activista india Vrinda Narain en su artículo NARAIN, Vrinda; «Women's rights and the accommodation of "difference": muslim women in India», en *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 1998, pp. 1 ss.

¹⁹ Así lo destaca REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 268.

²⁰ NARAIN, Vrinda, *op. cit.*, p. 8, y BROWNSTEIN, Alan, «Beyond separatism: Church and State. Protecting Religious Liberty: The False Messiahs of Free Speech Doctrine and Formal Neutrality», en *Journal of Law and Politics*, 2002, pp. 1-60.

²¹ Así lo denunciaba Kimberly Crenshaw en su trabajo CRENSHAW, K., «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscriminat

En el plano estrictamente jurídico, uno de los problemas a la hora de enfrentarse a la figura de la discriminación múltiple es la dificultad de encontrar una situación comparable. La utilidad de la situación comparable es doble pues por una parte, permite probar la existencia de discriminación y por otra, determinar los motivos por los que se ha producido²². En efecto, cuando una discriminación se produce por la pertenencia de una persona a un grupo necesariamente hemos de recurrir a una situación comparable y esa comparación se produce entre la persona que pertenece un grupo determinado y alguien perteneciente al contrario. Así una mujer habrá sido discriminada por razón de género si en la misma situación un hombre ha sido o hubiera sido tratado de forma más favorable. La comparación se hace, pues, entre la persona del género presuntamente discriminado y el contrario.

Sin embargo, el rol de la situación comparable es especialmente difícil en las situaciones de discriminación múltiple²³. En efecto, si escogemos un único motivo de discriminación para establecer la comparación, el fenómeno discriminatorio puede permanecer oculto (discriminación múltiple interseccional) o no apreciarse en toda su magnitud (discriminación múltiple adicional). Así, en el supuesto de la mujer musulmana que no es aceptada en un proceso de selección por ser mujer y por ser musulmana conjuntamente, la discriminación que ha sufrido deviene invisible pues si analizamos el caso en base al género, el empresario podría alegar que otras mujeres han sido contratadas sin importar que no fueran musulmanas. Si se abordara el caso desde la perspectiva de la religión, el empresario podría alegar que otros musulmanes han sido contratados sin importar que fueran hombres. Para comprender el fenómeno discriminatorio en toda su magnitud es preciso hacer una comparación con doble criterio, género y religión, y comparar el trato recibido por la mujer musulmana con el que hubiera recibido un hombre sin esa religión. Lo mismo sucedería en el caso de que se hubiera impedido llevar un pañuelo en la cabeza en el lugar de trabajo a dicha mujer musulmana si bien aquí quizás la situación ni siquiera es comparable a la del hombre no musulmán que no se encuentra en una situación comparable.

En conclusión, la elección de una situación comparable que tenga en cuenta dos o más motivos de discriminación es indispen-

Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», cit., pp. 387-393. Posteriormente también lo han destacado MAKKONEN, T., Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, cit., pp. 18 ss. Y entre nuestra doctrina REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 268-269.

²² MOON, G., *op. cit.*, p. 8

²³ HANNET, S., *op. cit.*, p. 83; MOON, G., «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., pp. 6-9; DUVEFELT, S.-SJÖLANDER, C., *op. cit.*, pp. 13-15.

sable para analizar en toda su magnitud el fenómeno de la discriminación múltiple y aquella debe elegirse con flexibilidad.

Por otra parte, cuando los motivos de discriminación se configuran como una lista cerrada, existen situaciones que entrañan una discriminación múltiple que no pueden alegarse como tales en los tribunales por cuanto uno de los motivos de discriminación no está expresamente contemplado por la legislación²⁴. Es cierto que en la legislación española ello no sucede pues el artículo 14 CE hace una enumeración de motivos concreta pero añade una cláusula abierta para dar cabida a otros criterios de discriminación no recogidos expresamente.

En cualquier caso, no es frecuente que se alegue la discriminación múltiple ante los tribunales. En parte, ello es así porque es más difícil probar dos o más motivos de discriminación que uno solo por lo que se suele apostar por aquel que resulta más evidente. Además, cuando estamos ante una discriminación múltiple interseccional, si el enfoque de la misma no se hace correctamente la discriminación puede permanecer oculta de forma que no se estime la demanda²⁵. En efecto, si se analiza por separado la existencia de los motivos de discriminación y, una vez probada la existencia de cada motivo de discriminación de forma aislada, se pretende buscar una interrelación entre ellos, esta aparecerá si estamos ante una discriminación múltiple adicional pero no si estamos ante una discriminación múltiple interseccional pues en esta, por definición, solo se hace visible la discriminación cuando observamos los motivos conjuntamente pero permanece oculta si los analizamos por separado.

Así sucedió en el paradigmático caso *Bahl vs. The Law Society* donde se alegaba la existencia de doble discriminación al entender que se había discriminado a la demandante en el ámbito laboral por motivos de sexo y raza²⁶. La demanda fue estimada en primera instancia pero el tribunal de apelación entendió que debía considerarse aisladamente el motivo de discriminación por raza y el motivo de discriminación por sexo y, en caso de existir esas discriminaciones, lo cual no sucedía en ese supuesto, ponerlas en relación. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de la Judicatura²⁷.

²⁴ DUVEFELT, S.-SJÖLANDER, C., *op. cit.*, pp. 15-16.

²⁵ HANNET, S., *op. cit.*, p. 80; DUVEFELT, S.-SJÖLANDER, C., *op. cit.*, pp. 16-17, y MOON, G., *op. cit.*, pp. 5-6.

²⁶ Caso *Bahl vs. The Law Society* (2004), EWA Civ 1070 (30 July 2004).

²⁷ Concretamente la Supreme Court of Judicature dice «... In our judgement it was necessary for the ET to find the primary facts in relation to each type of discrimination against each alleged discriminator and then to explain why it was making the inference which it did in favour of Dr. Bahl on whom lay the burden of proving her case. It failed to do so, and thereby, as the EAT correctly found, erred in law».

En nuestro ordenamiento, tampoco encontramos jurisprudencia que aprecie la existencia de discriminación múltiple cuando podría hacerlo. Así, la doctrina lo pone de relieve en relación, por ejemplo, a la STC 69/2007, de 16 de abril, donde se analiza el caso de una mujer gitana que vio como le denegaban la pensión de viudedad por haber contraído matrimonio por el rito gitano no reconocido por la ley²⁸. En efecto, la discriminación no se hubiera sufrido por una mujer paya que hubiera contraído matrimonio católico, único válido en aquel momento. Tampoco se hubiera sufrido normalmente por un hombre gitano pues aunque en el plano teórico podría haberla solicitado y se le habría denegado por el mismo motivo, en la mayor parte de los casos pocos hombres cumplen los requisitos para solicitar la pensión. Por ello, la demandante vio denegada su solicitud por ser mujer y por ser gitana a la vez.

El supuesto de esta sentencia trae a colación una última dificultad en relación a la discriminación múltiple que consiste en que en ocasiones la discriminación múltiple, que ya en sí misma entraña una dificultad añadida en su identificación, coincide con una discriminación indirecta, modalidad menos fácilmente detectable que la discriminación directa. En efecto, en el plano teórico y desde una perspectiva aséptica la mujer gitana no es más discriminada que el hombre gitano pues ambos contraen matrimonio por el rito católico. Sin embargo, lo cierto es que en el ámbito de la pensión de viudedad no aceptar el matrimonio por el rito gitano es una medida que, aunque aparentemente neutra, afecta en mayor número de una forma notablemente significativa a la mujer gitana que al hombre gitano.

IV. HACIA UNA REGULACIÓN LEGAL DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

1. SITUACIÓN ACTUAL EN EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA FIGURA

1.1 La situación en el ordenamiento jurídico español

En nuestro ordenamiento jurídico interno, la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁹, en adelante LOI, dice en el apartado II *in fine* de la Exposición de Motivos que «(S)e contempla, asimismo, una especial consideración con

²⁸ Analiza el caso REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 282 ss.

²⁹ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan una especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad». Sin embargo, en su articulado la LOI no hace ninguna definición del concepto ni desarrolla medidas concretas para luchar contra la discriminación múltiple. Únicamente en el artículo 14.6 se establece como criterio general de actuación de los poderes públicos «(L)a consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente medidas de acción positiva».

Por tanto, la LOI hace referencia a la figura de la doble discriminación y prevé la posibilidad de tomar medidas de acción positiva en relación a determinados grupos de riesgo sin concretar cuáles pueden ser. En primer lugar, creemos preferible hablar de discriminación múltiple en lugar de discriminación doble pues es posible que se interrelacionen dos motivos de discriminación pero también más de dos. En segundo lugar, la LOI utiliza una curiosa forma de determinar los motivos o factores de discriminación pues en lugar de hacer referencia directa a ellos los plasma en grupos de riesgo concretos. Así, por ejemplo, cuando habla personas discriminadas por su género y su edad hace referencia a niñas. Por otra parte, no se hace una descripción del concepto de discriminación múltiple que permita identificar las situaciones en que se produce. Y, finalmente, prevé la posibilidad de tomar medidas de acción positiva cuando estemos ante grupos de especial vulnerabilidad por concurrir en ellos diferentes factores de discriminación potencial pero de forma muy general. El legislador es consciente del problema así como de su gravedad pero la regulación de su régimen legal está todavía en una fase embrionaria.

1.2 Otros ordenamientos jurídicos

1.2.1 MODELO DE DEFINICIÓN Y LISTA ABIERTA

A) *El ordenamiento canadiense*

Otra fórmula es la descripción del funcionamiento de la figura de la discriminación múltiple como se ha hecho en el ordenamiento jurídico canadiense. En efecto, la legislación canadiense es una de

las más avanzadas en lo referente a la lucha contra la discriminación múltiple pues no solo han identificado la existencia del problema sino que ha abordado directamente su regulación legal.

Por una parte, Canadá parte de una lista abierta de motivos de discriminación. Así, la Section 15 de la Charter of Rights and Freedoms establece en su apartado primero que «(E)very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and in particular without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability» y añade en el segundo que «does not preclude any law program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability». En los primeros borradores del precepto se partía de una lista tasada pero finalmente se optó por una lista abierta de forma que junto con los motivos recogidos expresamente pueden darse otros pues el listado es meramente ejemplificativo como se desprende del uso expresión «in particular»³⁰. De ahí que los tribunales acepten los «enumerated grounds» pero también los llamados «analogous grounds»³¹.

El ordenamiento jurídico canadiense se suele poner como ejemplo de lucha contra la discriminación³² y uno de los elementos clave para hacerlo ha sido la capacidad de construir un sistema que se caracteriza por buscar la igualdad sustantiva frente a la meramente formal³³ y a su flexibilidad. Y es esa flexibilidad la que ha permitido llegar a una regulación expresa de la discriminación múltiple.

³⁰ SHARPE, Robert J.-ROACH, Kent, *The Charter of Rights and Freedoms*, Canadá, 2009, pp. 310-311.

³¹ Para que se considere que se ha violado la Section 15 debe probarse que ha habido un trato diferente en base a uno de los motivos tasados u otro análogo. La existencia de un motivo de discriminación análogo se acepta cuando la discriminación se basa en una característica personal que sea parte inherente del individuo y que sea inmutable o bien mutable pero solo con un inaceptable coste de la identidad personal. SHARPE-ROACH; *The Charter of Rights and Freedoms*, pp. 327-328.

³² Hay que reconocer, sin embargo, que esa visión procede de otros países pues los juristas canadienses son mucho más críticos con su sistema. Así, PORTER, Bruce, «Expectations of Equality», en *Diminishing returns. Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Sheila McIntyre- Sanda rodgers), Canadá, 2006, pp. 23-44.

³³ MORAN, Mayo, «Protesting too much: rational basis review under Canada's Equality Guarantee», en *Diminishing returns. Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Sheila McIntyre- Sanda rodgers), Canadá, 2006, p. 80, quien contrapone el sistema de igualdad sustantiva canadiense al de la igualdad formal del sistema americano si bien advierte en su trabajo del peligro de utilizar herramientas excesivamente flexibles para llegar a esa igualdad sustantiva.

En el caso *Law v. Canada (Minister of employment and immigration)*, [1999] S.C.J., núm. 12, [1999] 1 S.C.R. 497 se estableció una aproximación al análisis de la existencia de discriminación basado en la idea de la dignidad que se fundamenta en el análisis de la preexistencia de desventajas, estereotipos, prejuicios o vulnerabilidad en el grupo repre-

Aunque existía protección constitucional de la igualdad pronto se vio que esta no era suficiente para las víctimas y que se hacía necesaria una protección legislativa. Fruto de esta percepción surgió una multiplicidad de leyes sobre igualdad procedentes de las diferentes provincias canadienses que luchaban contra la discriminación por diferentes motivos y en diferentes ámbitos. Finalmente, el Parlamento de Canadá promulgó un estatuto antidiscriminación que comprendía las legislaciones de las provincias y creó una comisión para gestionarlo. Nació así en 1985 la *Canadian Human Rights Act*³⁴.

En la sección 3.1 de la *Canadian Human Rights Act* de 1985 se añadió un párrafo en 1998 titulado *Multiple grounds of discrimination* que reza como sigue: «For greater certainty, a discriminatory practice includes a practice based on one or more prohibited grounds of discrimination or on the effect of combination of prohibited grounds»³⁵.

Es decir, se considera discriminación cuando esta se basa en uno o en más criterios de discriminación o en la combinación de diferentes motivos. Lógicamente se está haciendo referencia a la discriminación múltiple que supone la acumulación de diferentes motivos de discriminación (discriminación múltiple adicional) o por el efecto combinado de varios motivos de discriminación (discriminación múltiple interseccional).

Esta parece una buena fórmula pues es suficientemente amplia para que tenga cabida en ella cualquier forma de discriminación

sentado por el demandante, en la existencia de un motivo de discriminación, en la intención de mejora de la legislación impugnada relativa al grupo afectado y en la naturaleza de los intereses afectados. Se trata, advierte el tribunal, de un sistema flexible y contextualizador por lo que dichos factores deben analizarse con cierta plasticidad.

Sin embargo, la doctrina mira con reticencias acudir a un concepto tan abstracto como la dignidad para analizar la existencia o no de discriminación. MORAN, Mayo, «Protesting too much: rational basis review under Canada's Equality Guarantee», p. 93, dice que, si bien la *section 15* de la *Charter of Rights and Freedoms* supuso un alejamiento del sistema americano y una concepción de la igualdad más adecuada a los problemas actuales, debe advertirse del peligro de que la idea de igualdad sustantiva y dignidad de la persona nos alejen del auténtico propósito de la *section 15* de la *Charter of Rights and Freedoms*. En la misma línea O'CONNELL, RORY, «The role of dignity in equality law: Lessons from Canada and South Africa», en *International Journal of Constitutional Law*, 2008, núm. 6, p. 9, que sostiene que el concepto de dignidad es borroso y puede entorpecer la búsqueda de la igualdad sustantiva.

También se ha dicho que unir igualdad y dignidad supone restringir el ámbito de los derechos sociales desde la igualdad. Así, FUDGE, JUDY, «Substantive equality, the Supreme Court of Canada, and the limits to redistribution», en *South African Journal on Human Rights*, 2007, vol. 23-2, pp. 241-242.

³⁴ Para un estudio de los antecedentes históricos de la *Canadian Human Rights Act*, ver TARNOPOLSKY, Walter Surma, *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, 1982, pp. 25-31.

³⁵ Puede consultarse en <http://laws.justice.gc.ca/en/H-6/index.html> a fecha de 1 de septiembre de 2010.

múltiple y no encuentra el obstáculo de la enumeración de combinaciones concretas de motivos de discriminación. Por otra parte, al hacer una descripción de la forma en que se produce la discriminación múltiple permite extraer una definición de la figura que puede ser utilizada por los operadores jurídicos.

En efecto, al margen de que quiera hacerse una enumeración de combinaciones concretas de motivos de discriminación sería conveniente hacer una descripción de la figura que haga referencia a la posibilidad de que la discriminación se deba a dos o más motivos, que aparecen de forma interrelacionada, ya sea porque se suman en un mismo ámbito de forma relevante, ya sea porque la discriminación aparece por el efecto combinado de varios motivos de discriminación.

El concepto de discriminación múltiple ha sido muy útil en la lucha contra la discriminación de la población aborigen canadiense y existen diferentes sentencias que hacen referencia a ella³⁶. Sin embargo, es especialmente representativo el caso *Radek v. Henderson Development*³⁷ donde se aborda el caso de Gladys Radek, una mujer aborigen de mediana edad que padece una discapacidad y que tiene una situación económica problemática. Un vigilante de seguridad se comportó de forma agresiva con ella en un centro comercial por lo que el tribunal consideró que aquel la había considerado sospechosa en base a su identidad de mujer aborigen con una discapacidad y una difícil situación económica. El Tribunal afirma en la sentencia «[I]n my analysis of the individual aspect of this complaint, I have discussed how the intersection of prohibited grounds of discrimination may result in compound discrimination. In my view, the systemic aspect of this complaint also exhibits this characteristic. People who were both aboriginal and disabled, such as Ms. Radek, Ms. Wolfe and Mr. Heirber and his partner, as well as others discussed in these reasons, were particularly liable to be viewed as suspicious and undesirable, and thus subject to adverse treatment» y añade que «[T]o be singled out for treatment of the

³⁶ Así, en *Annette Martell and Saskatchewan Human Rights Commission v. Docker's Night Club, operated by United Enterprises Ltd.* [(2008), 63, C.H.R.R. D/187 (S.H.R.T.)] se aceptó la existencia de discriminación por raza y ancestros en un supuesto en que se negó la entrada a un night club a una persona aborigen alegando que no vestía como exigía el código de vestido del mismo cuando se demostró que se permitió entrar a otras personas que se alejaban incluso más de esas pautas de vestido pero que no eran aborígenes. También se considera que existe discriminación por estos motivos en *Mcnab v. Caliniuk Restaurants Inc* [(1995), 24 C.H.R.R. D/254 (Sask. Bd. Inq.)] por negar la posibilidad a la demandante de pagar a crédito en restaurante cuando dicha posibilidad existía para el público en general. En *Lilian Thunder and Saskatchewan Human Rights Commission v. Timothy Houk* (1998), 35 C.H.R.R. D/76 (Sask. Bd. Inq.) se considera que Ms Thunder fue discriminada por raza y ancestros cuando un limpiador de alfombras realizaba comentarios insultantes contra las personas aborígenes, grupo al que pertenecía ella.

³⁷ *Radek v. Henderson Development* (2005), 52 C.H.R.R. D/430, 2005 BCHRT 302.

kind described in this decision, because of one's race or disability or a combination of those factors, constitutes a clear violation of the human dignity of all those so affected» para concluir «[I] also found that both respondents engaged in systemic discrimination on the basis of race, colour, ancestry and disability throughout the period of this complaint».

También se ha reconocido la existencia de discriminación múltiple en *C.S.W.U, Local 1611 v. SELI Canada Inc.*³⁸ donde se consideró que una empresa de construcción había discriminado a determinados trabajadores de procedencia latinoamericana por su raza, origen, color y ancestros al darles unas peores condiciones salariales y de trabajo que a otros trabajadores. El tribunal afirma que «[T]he grounds of race, color, ancestry and place of origin may be combined to define, in a comprehensive way, ethnic identity as a basis of discrimination (...) these four grounds are often combined as a kind of wide net to get a certain complex discriminatory conduct (...). In other words, these grounds intersect in a complex way to describe a set of characteristics which may result in discrimination. The concept of «intersectionality» has been discussed in a number of human rights decisions (...). The concept recognizes the reality that a persona may be subject to compound discrimination, as a result of the combined disadvantaging effect of a number of prohibited grounds».

En *Gassan Asad v. Kinexus Bioinformatics Corp.*³⁹ el tribunal consideró que se había discriminado al demandante, musulmán y de origen jordano, por razón de su raza, religión, lugar de origen y creencias políticas. Gassan Assad fue sometido a una enorme presión por sus superiores que le acusaban veladamente de tener algún tipo de relación con el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001.

B) *El ordenamiento jurídico de South Africa*

La sección 9 de la Constitución de Sudáfrica establece:

1. *Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.*

2. *Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative*

³⁸ *C.S.W.U, Local 1611 v. SELI Canada Inc (n.º 8)*, (2008), 65 C.H.R.R. D/277, 2008 BCHRT 436.

³⁹ *Gassan Asad v. Kinexus Bioinformatics Corp.* [(2008), 63 C.H.R.R. D/423, 2008 BCHRT 293].

measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken

3. *The state may not unfairly discriminate directly against anyone or one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.*

4. *No person may unfairly discriminate directly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (2). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination*

5. *Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (2) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.*

El apartado 3 de la sección 9 de la Constitución enumera una extensa lista de motivos de discriminación pero además el hecho de que se utilice la expresión «including» sugiere que está prohibido discriminar sobre la base de uno o más motivos de discriminación cualesquiera que estos sean y que la enumeración posterior es meramente ejemplificativa. Parece, por tanto, que estamos ante un sistema de lista abierta.

Por otra parte, la previsión de que la discriminación pueda basarse en más de un motivo es palpable a lo largo de toda la sección 9 de la Constitución a través de la fórmula «one or more grounds». Aunque no se define la discriminación múltiple ni sus manifestaciones, es evidente la inclusión del concepto en la letra del precepto.

El ordenamiento sudafricano, como el canadiense, parten de la idea de igualdad como igualdad sustantiva dirigida a eliminar las desigualdades sistémicas que sufren determinados grupos especialmente vulnerables⁴⁰ y recurre al concepto de dignidad de la persona para definir la igualdad⁴¹. Por ello, la consecución de la igualdad pasa por una intervención estatal dirigida a eliminar las desigualdades sociales de grupos oprimidos.

Esta aproximación a la idea de igualdad, basada en la existencia de grupos sistémicamente vulnerables a la discriminación, es especialmente fértil en el ámbito de la discriminación múltiple pues esta se manifiesta en grupos que combinan diferentes característi-

⁴⁰ ALBERTYN, Catherine, «Substantive equality and transformation in South Africa», en *South African Journal on Human Rights*, 2007, vol. 23-2, pp. 253-276, quien sostiene que la idea de igualdad sustantiva debe suponer una forma de transformación social.

⁴¹ O'CONNELL, «The role of dignity in equality law: Lessons from Canada and South Africa», p. 5.

cas personales que les hacen especialmente vulnerables a sufrir una discriminación por varios motivos.

1.2.2 FÓRMULA DE LISTA CERRADA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN LIMITADOS

A) *Unión Europea*

En el ámbito del derecho europeo, pese a las dificultades inherentes a la figura, paulatinamente el legislador ha ido reconociendo de forma tímida su existencia. Así, la Directiva 2000/48/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁴² dice en su considerando 14 que «(E)n la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad en virtud del apartado segundo del artículo 3 de Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerado que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples» y en igual sentido se pronuncia el considerando 3 de 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 ocupación⁴³. También la Decisión 2000/750 del Consejo de la Unión Europea por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)⁴⁴ dice en su considerando 5 que «... (E)l programa está encaminado tanto al intercambio de prácticas correctas ya vigentes en los Estados miembros como al fomento de la elaboración de nuevas prácticas y políticas en la lucha contra la discriminación, incluida la múltiple...» y en su artículo 2 añade que «(D)entro de las competencias comunitarias, el programa apoyará y complementará los esfuerzos efectuados en la Comunidad y en los Estados miembros por promover medidas de prevención y de lucha contra la discriminación múltiple, teniendo en cuenta, cuando corresponda, las medidas legislativas futuras...».

Sin embargo, como puede observarse, la normativa europea reconoce la existencia del fenómeno de la discriminación múltiple y la necesidad de luchar contra él pero no define el concepto de dis-

⁴² Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26.

⁴³ Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L303, de 2 de diciembre de 2000.

⁴⁴ Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000.

criminación múltiple ni establece una regulación al respecto. En cualquier caso, el mero hecho de hacer referencia a la figura ya pone de relieve la importancia que el legislador europeo le concede como demuestra el hecho de que se hayan elaborado informes sobre la discriminación múltiple en el seno de la Comisión europea⁴⁵.

Ahora bien, la normativa europea parte de un hándicap en la lucha contra la discriminación múltiple pues ha copiado en parte la estructura del derecho anglosajón y adolece también de sus defectos. En efecto, las directivas europeas centran la discriminación en una lista tasada de motivos y la circunscriben a un ámbito concreto⁴⁶. Ello podría tener como consecuencia una ausencia de regulación antidiscriminatoria cuando una discriminación se centra en motivos no recogidos por la Directiva, aquella no estuviera al amparo de la norma o que cuando una situación discriminatoria basada en motivos contemplados en una Directiva no se diera en su ámbito de aplicación⁴⁷.

Sin embargo, el derecho europeo recibe influencia de los ordenamientos de todos sus Estados miembros⁴⁸ y ello le permite en algunos casos cierta plasticidad. El artículo II-81 de la Constitución europea dice en su apartado 1 que «(S)e prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Es decir, aunque se hace una enumeración de unos factores

⁴⁵ European Commission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, September 2007, (disponible en fecha de 17 de febrero de 2009 en la dirección electrónica http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multidis_en.pdf).

⁴⁶ Ver Directiva 2000/43/EC, Directiva 2000/78/EC, Directiva 2002/73/EC o Directiva 2004/113/EC.

⁴⁷ FREDMAN, Sandra, «Double trouble: multiple discrimination and EU law», pp. 13-21, si bien es cierto que en trabajos más recientes se muestra más optimista.

⁴⁸ Han puesto de manifiesto la carencia de un modelo homogéneo en el derecho antidiscriminatorio algunos autores. Así, REY MARTÍNEZ, Fernando, «El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el derecho español», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymá), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 25 ss o SHIEK, Dagmar, «European Union non-discrimination law: a multidimensional perspective», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymá), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 61 ss. En nuestra opinión, aunque es cierto que en estos momentos el Derecho europeo recibe influencia de diferentes modelos de lucha contra la discriminación fruto de las diferentes formas de abordar la cuestión en cada uno de los Estados miembros, ello no debe verse como algo negativo sino como una oportunidad para aprovechar las herramientas que cada modelo ofrece. En un futuro, superada esta fase de transición y construcción, podremos llegar a un modelo europeo de Derecho antidiscriminatorio que haya absorbido aquellas figuras y herramientas que se han demostrado más útiles y exitosas en la consecución de la igualdad.

concretos de discriminación, al decir que se prohíbe toda discriminación, debe entenderse que quedan incluidos otros motivos de discriminación no expresamente contemplados si bien hay que decir que la enumeración del precepto es bastante exhaustiva. En la misma línea el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos que dice que «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Es decir, existe un listado abierto de motivos en los que puede basarse la discriminación en derecho europeo más allá de los motivos concretos que recoge cada directiva⁴⁹.

La existencia de una lista abierta de motivos de discriminación en el derecho europeo unida a la mención expresa de la discriminación múltiple como un ataque a la igualdad contra el que debe lucharse manifestado en los preámbulos de algunas directivas, nos llevan a concluir que las directivas deben ser aplicadas con cierta flexibilidad en cuanto a la concurrencia de motivos de discriminación para permitir la lucha contra la discriminación.

Es cierto que se ha propuesto abandonar la vía de la enumeración de motivos y acudir a la idea de estigma para canalizar la lucha contra la discriminación múltiple alegando que en cierta medida toda discriminación supone una estigmatización por algún motivo⁵⁰. Sin embargo, parece que la opción de la lista abierta es mucho más inmediata pues ya existe en la regulación europea actual y es respetuosa con la estructura y principios del derecho europeo antidiscriminatorio.

B) Reino Unido

En Reino Unido nos encontramos ante una situación similar a la de la Unión Europea pues ni existe una prohibición general de dis-

⁴⁹ Aluden a la lista abierta como vía para dar cobertura legal desde el derecho europeo a la discriminación múltiple NIELSEN, Ruth, «Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?», en *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008, pp. 37-38 y ARNADÓTTIR, Oddný Mjöll, «Multidimensional equality from within. Themes from the European Convention on Human Rights», en *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008, pp. 55 ss., y FREDMAN, Sandra, «Positive rights and positive duties. Addressing intersectionality», en *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008, pp. 85-86.

⁵⁰ SOLANKE, Iyiola, «Stigma: a limiting principle allowing multiple-consciousness in antidiscrimination law», en *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008, pp. 115 ss.

criminación como en EUA ni un listado abierto de motivos de discriminación como en Canadá, Sudáfrica o España. En efecto, en Reino Unido se parte de un listado cerrado de motivos de discriminación que solamente puede ser modificado vía legislativa y no a través de la jurisprudencia y ello rigidiza enormemente el sistema⁵¹.

Este sistema es especialmente problemático en relación a la discriminación múltiple pues la imposibilidad de reconocer la existencia de discriminación por cualquier motivo puede implicar tener una visión parcial de la discriminación producida o incluso que esta no llegue a aflorar⁵². En efecto, en la discriminación múltiple acumulativa la falta de reconocimiento legal de uno de los motivos de discriminación provocará que solo se pueda abordar judicialmente parte de la situación discriminatoria y en la discriminación múltiple interseccional esta no podrá probar judicialmente pues por definición solo se manifiesta cuando se tiene en cuenta la intersección de dos o más motivos de discriminación.

Las limitaciones propias de este sistema se han superado mediante la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la normativa de la Unión Europea y especialmente en lo que aquí interesa de la Convención Europea de Derechos Humanos cuyo artículo 14 dispone que «(E)l goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». La CEDH recoge, por tanto, una enumeración de posibles motivos de discriminación pero establece una cláusula abierta con la expresión «cualquier otra situación» que permite dar entrada a otros motivos de discriminación no recogidos expresamente en el ordenamiento inglés⁵³.

⁵¹ FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2002, p. 68.

⁵² Así lo ponen de relieve Hepple-Coussey-Choudury, *Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-discrimination Legislation*, Oxford, 2000, pp. 42-43, y FREDMAN, *Discrimination Law*, pp. 74-75.

⁵³ Hacen referencia a la posibilidad de acudir a la aplicación de la CEDH en el Reino Unido para dar cobertura legal a los supuestos de discriminación por motivos no expresamente recogidos por la normativa interna, Hepple-Coussey-Choudury, *Equality: A New Framework*, p. 41, Lord Lester Of Herne Hill QC, «Equality and united Kingdom: past, present and future», *Lincoln's Inn Lecturers on European Law and Human Rights*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing for The Honourable Society of Lincoln's Inn, London, 2008, p. 27, The Rt. Hon Lady Justice Arden DBE, «Bringing Convention Jurisprudence Home: problems for the common lawyer», *Lincoln's Inn Lecturers on European Law and Human Rights*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing for The Honourable Society of Lincoln's Inn, London, 2008, pp. 69-70 y 78; FREDMAN, *Discrimination Law*, p. 69 y FREDMAN, Sandra, «Equality Issues», *The Impact of the Human Rights Bill on English Law. The Clifford Chance Lectures* (ed. Basil S. Markesinis), vol. 3, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 111 ss.

Sin embargo, se plantea un segundo problema pues en el sistema del Reino Unido la prohibición de discriminación se circunscribe a unos ámbitos determinados por la normativa, esto es, no se prohíbe la discriminación por unos motivos tasados en general sino solamente en el ámbito de aplicación de cada normativa concreta⁵⁴. Por ello, incluso cuando la discriminación se ha producido por un motivo tasado, queda fuera de la cobertura legal cuando se desarrolla en un ámbito ajeno a la misma (empleo, educación...).

El recurso de la aplicación del artículo 14 de la CEDH no soluciona totalmente este problema pues, aunque en él se establece una lista abierta de motivos de discriminación, esta deberá ponerse en relación con uno de los derechos en ella recogidos por lo que se ha propuesto hacer una interpretación amplia de la misma⁵⁵.

Por otra parte, aunque los tribunales aceptan la existencia de una discriminación por varios motivos a través del instrumento del *sex or race «plus»*, este solo se aplica cuando los motivos de discriminación se manifiestan por separado (discriminación múltiple adicional o acumulativa) pero no cuando interaccionan entre sí (discriminación múltiple interseccional). Así en el caso *Bahl vs. The Law Society* se desestimó la demanda en ese sentido de una mujer negra que alegaba haber sido discriminada en su lugar de trabajo por sexo y raza conjuntamente⁵⁶.

De todo ello resulta una compleja estructura del derecho antidiscriminatorio en el Reino Unido que dificulta enormemente la consecución de los objetivos de igualdad perseguidos. Por ello, la doctrina ha puesto de relieve insistentemente la necesidad de elaborar una nueva normativa (*Act*) que aborde de forma directa el derecho antidiscriminatorio. Aunque se ha propuesto la eliminación de los motivos de discriminación y su sustitución por la idea de «estigma»⁵⁷, lo cierto que la mayor parte de la doctrina se decanta por establecer una lista abierta de motivos de discriminación⁵⁸. De esta forma se evita la vaguedad de una fórmula que simplemente haga referencia a la prohibición de discriminación pero al mismo tiempo se elimina la rigidez del listado cerrado.

⁵⁴ FREDMAN, *Discrimination Law*, pp. 69-70.

⁵⁵ FREDMAN, *Discrimination Law*, p. 70 propone, sobre la base del Protocolo núm. 12 de la CEDH abierto para su firma el 4 de noviembre de 2000, que no solamente se asegure la igualdad de derechos en los expresamente recogidos en la CEDH sino también de cualquier otro cuya existencia se desprenda de una obligación de una autoridad pública.

⁵⁶ *Caso Bahl vs. The Law Society (2004)*, *EWA Civ 1070*.

⁵⁷ SOLANKE, Iyiola, «Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality», en *The Modern Law Review*, 2009, vol. 72, núm. 5, pp. 738-739, quien entiende que el estigma, que supone la focalización de una connotación negativa socialmente inscrita sobre la base de la asignación de atributos arbitrariamente asignados, podría ser la base sobre la cual analizar la existencia de una discriminación.

⁵⁸ HEPPLE-COUSSEY-CHOUDURY, *Equality: A New Framework*, p. 25.

1.2.3 FÓRMULA DE DECLARACIÓN GENERAL Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL: ESTADOS UNIDOS

El derecho antidiscriminatorio en EUA no se basa en una enumeración legal, abierta o cerrada, sino en una declaración general de no discriminación. Así el decimocuarto mandamiento dispone que ningún Estado puede «*deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law*». Es la jurisprudencia la que se encarga de establecer cuáles pueden ser los motivos generadores de una discriminación y cuál debe ser el procedimiento para analizar tal cuestión.

Así, los tribunales americanos han establecido un doble estándar de escrutinio. El denominado *strict scrutiny* se aplica a aquellos motivos de discriminación que se consideran especialmente perjudiciales como la raza o el sexo y un sistema de escrutinio más suave se reserva para los motivos que no han alcanzado ese nivel de protección. Este sistema, en apariencia flexible, tiene en la práctica una evolución muy lenta en la protección de las víctimas de la discriminación⁵⁹.

Respecto de la perspectiva de la discriminación múltiple, los tribunales han creado el instrumento del *sex «plus»* o *race «plus»* para hacer posible abordar la existencia de más de un motivo de discriminación en un caso concreto. Así junto a la raza o al sexo pueden estimarse otros motivos de discriminación lo cual permite dar entrada a un número más o menos amplio de motivos de discriminación⁶⁰.

Este método, que permite abordar la discriminación múltiple acumulativa donde los motivos de discriminación aparecen en una misma situación y sujeto pero son independientes entre sí, adolece de algunas deficiencias en su aplicación a la discriminación múltiple interseccional donde los motivos de discriminación no se manifiestan de forma acumulativa sino que interaccionan de forma tal que su análisis por separado hace invisible la discriminación, que solo aflora cuando los motivos de discriminación se abordan conjuntamente. Sin embargo, paulatinamente los tribunales evolucionan en la línea de aceptar también la discriminación por varios motivos cuando entre ellos existe interseccionalidad⁶¹.

⁵⁹ Han sido necesarias décadas de evolución jurisprudencial para conseguir que la discriminación por motivos de raza o sexo se abordaran desde el *strict scrutiny*. Para un estudio de esa evolución FREDMAN, *Discrimination Law*, pp. 76 ss.

⁶⁰ Sobre este tema ver SOLANKE, «Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality», pp. 728 ss.

⁶¹ Así, *Jefferies vs. Harris Cty Community Action Association 615 F. 2 1025 (5th Cir. 1980)* donde una mujer afroamericana interpuso una demanda por haber sido discriminada conjuntamente por sexo y raza en el trabajo sin que estos motivos de discriminación

1.2.4 OTRAS FÓRMULAS

En Austria, la Ley Federal para la igualdad de personas con discapacidad hace una llamada a considerar la discriminación basada en la intersección de la discapacidad con el género o la etnia⁶².

Por su parte, en Alemania la Ley General para la Igualdad de Trato⁶³ establece en su sección 4 que si una diferencia de trato se produce por varios motivos la justificación debe producirse en relación a todos ellos. Se trata de una medida puntual pero que implica un reconocimiento de la posible existencia de una discriminación múltiple y aporta una regla para abordarla de forma satisfactoria.

Finalmente, el artículo 4 de la Ley de Igualdad entre Hombres y Mujeres de Rumanía establece que la discriminación múltiple es aquella basada en dos o más motivos de discriminación y prevé que cuando la discriminación se produzca por varios motivos, ello se considerará una circunstancia agravante⁶⁴. Se establece, por tanto, una definición de la discriminación múltiple y se establece como medida a tomar la interesante idea de la circunstancia agravante.

2. APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA FIGURA: A MODO DE CONCLUSIÓN

Si estudiamos el derecho comparado observamos cómo una de las propuestas para conseguir que la discriminación múltiple tenga cabida en la normativa antidiscriminatoria, es el establecimiento de una lista abierta de factores de discriminación⁶⁵. En realidad, tal propuesta solo tiene sentido en ordenamientos jurídicos donde se

afloraran en su análisis por separado. También *Degraffenreid vs General Motors 413 F Supp 142 (E D Mo 1976)* sobre la discriminación interseccional de una mujer negra o *Lam vs. University of Hawaii 40 F 3d 1551, 1561 (9th Cir. 1994)* sobre una mujer de origen vietnamita. Para un estudio más detallado de estos casos ver SOLANKE, Iyiola, «Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality», pp. 730-731.

⁶² El artículo 11 de la Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz - BGStG), BGBl. I Nr. 82/2005, modificado en 2008, disponible en http://www.bundessozialamt.gv.at/cms/basb/attachments/8/4/7/CH0011/CMS1199711314821/bgstg_2009.doc

⁶³ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/agg/gesamt.pdf>

⁶⁴ Encontramos referencia a esta ley rumana y su contenido en European Comision; *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, cit., p. 19 y en BELLO, Barbara Giovanna, «Multiple Discrimination Between the EU Agenda and civil Engagement: the Long Road of intersectional Perspective», en *Roma Rights. Journal of the European Roma Rights Centre. Multiple Discrimination*, 2009, núm. 2, p. 19, disponible en <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=3564>. Sin embargo, no nos ha sido posible consultar la literalidad del texto legal.

⁶⁵ Así lo propone MOON, G., *op. cit.*, p. 15 y DUVEFELT, S.-SJÖLANDER, C., *op. cit.*, p. 20.

establece una lista tasada de motivos de discriminación como sucede en el derecho anglosajón⁶⁶. En efecto, cuando existe una lista cerrada de motivos de discriminación es más difícil que los diferentes motivos de discriminación múltiple en un caso concreto estén contemplados legalmente. Y, por otra parte, la discriminación múltiple interseccional solo es visible cuando se consideran conjuntamente los factores discriminatorios por lo que, cuando uno de los factores de discriminación no se contempla, la vulneración del derecho a la igualdad de la víctima no saldrá a la luz si se analiza el caso en base a un solo factor de discriminación⁶⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico, se utiliza una fórmula de lista abierta en el artículo 14 que dispone que «(L)os 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». Sin embargo, aunque es cierto que esta cláusula abierta facilita la alegación de motivos de discriminación que el legislador no ha previsto expresamente, en lugar alguno se hace referencia al hecho de que esos factores puedan darse conjuntamente. Por ello, si bien es cierto que el artículo 14 CE no impide alegar la existencia de una discriminación múltiple, sería conveniente buscar una fórmula que hiciera referencia expresa a la discriminación múltiple⁶⁸.

En efecto, si bien la fórmula de la cláusula abierta puede introducir una mejora en aquellos ordenamientos en que existe una lista tasada de motivos de discriminación, no parece que ello sea suficiente en ordenamientos jurídicos donde ya existe. La fórmula del artículo 14 CE no ha propiciado la alegación en los tribunales de la figura de la discriminación múltiple en parte porque se desconoce esta figura pero también porque la fórmula abierta permite acumular dos o más factores de discriminación cuando se dan de forma acumulativa pero no permite identificar, cuando estos se analizan aisladamente, situaciones en que se produce una discriminación múltiple interseccional pues esta solo se revela cuando los factores se analizan conjuntamente.

Otra posible solución sería hacer referencia legal expresa a la combinación de varios motivos de discriminación que dan lugar a la existencia de discriminación múltiple en base a la identificación previa de combinación de factores que dan lugar a grupos especialmente vulnerables a la discriminación múltiple. Esta sería la fórmula utilizada por el artículo 14.6 LOI que dice que en relación a las

⁶⁶ MOON, G., *op. cit.*, p. 15.

⁶⁷ HANNET, S., *op. cit.*, p. 80.

⁶⁸ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 275.

medidas de los poderes públicos se tendrán en cuenta «las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas⁶⁹, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente medidas de acción positiva».

Es cierto que se hace referencia a la combinación concreta de diferentes motivos de discriminación que darían lugar a la discriminación múltiple de lo cual deducimos la importancia que el legislador da a esta figura máxime cuando, como se ha dicho, ya en la Exposición de Motivos de la LOI hace referencia expresa a la discriminación múltiple. Sin embargo, la ley no aporta definición alguna de su figura o de su régimen jurídico.

Por otra parte, establecer un listado concreto de criterios de discriminación múltiple supone el riesgo de dejar fuera de la ley situaciones en que esta figura se da en base a una combinación de criterios no prevista por la ley. Ello tiene ciertamente lógica teniendo en cuenta que el precepto citado hace referencia a las medidas que deben adoptar los poderes públicos para proteger grupos especialmente vulnerables a la discriminación múltiple. En efecto, el legislador ha identificado qué combinación de criterios da lugar estadísticamente a más supuestos de discriminación múltiple y en base a esa valoración ha hecho la enumeración⁷⁰. Sin embargo, si pretenden regularse los supuestos en que efectivamente se produce una discriminación múltiple la fórmula debe ser más abierta y no circunscribirse a la enumeración concreta de motivos. Por otra parte, debería aclararse la forma en que debe darse esa combinación de motivos.

El ordenamiento jurídico español se encuentra en una fase más avanzada que los ordenamientos en donde existe una lista cerrada de motivos de discriminación como en Reino Unido o en el ámbito de la Unión Europea. En ellos se busca avanzar un paso más en la

⁶⁹ Con independencia de que el término utilizado no sea el más apropiado jurídicamente, se está haciendo referencia aquí a la discriminación que puede sufrir una persona por su edad y su género. Ello es muy evidente en el ámbito sanitario donde las limitaciones de capacidad no siempre están justificadas por la protección del menor. Así GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen, «Discriminación por razón de edad y Derecho privado», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymá), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 203 ss, quien en un interesante trabajo sobre la discriminación de edad aborda también este tema. Sobre la discriminación de la mujer menor de edad en el ámbito de la interrupción del embarazo ver también mi trabajo «Menores y aborto: el fin de una situación discriminatoria», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymá), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 577 ss.

⁷⁰ Como observa REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 271-272, esta fórmula obliga a priorizar un tipo de discriminaciones múltiples sobre otras.

lucha contra la discriminación a través de la aplicación de una lista abierta de motivos sobre la base de la aplicación del artículo 14 de la CEDH.

Sin embargo, como se ha dicho, España ya se encuentra en esa fase merced a nuestro artículo 14 CE que hace una enumeración no exhaustiva de motivos de discriminación. La cuestión que ahora debemos decidir respecto de la lucha contra la discriminación múltiple es si queremos dar un paso más para poner de relieve la importancia y las especificidades propias de la discriminación múltiple en el derecho antidiscriminatorio. Cierto es que el artículo 14.6 de la LOI hace referencia a la combinación de varios motivos de discriminación pero no habla expresamente de discriminación múltiple ni tampoco la define.

Por ello, sostenemos que debe darse un paso más en la evolución de la lucha contra la discriminación múltiple y, partiendo de la posibilidad de alegar una lista abierta de motivos de discriminación que nos brinda nuestra Constitución, hacer referencia expresa en la ley a la posible existencia de una discriminación múltiple cuando se produce una «*discriminación basada en dos o más motivos de discriminación*». Sin duda, ello contribuiría a la difusión y clarificación de la figura y correlativamente a la lucha contra ella.

En esa línea parece dirigirse el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁷¹ pues su artículo 7.1 dice que «(S)e produce discriminación múltiple cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación». El precepto parece hacer referencia tanto a la discriminación múltiple cumulativa («concurren») como a la interseccional («interactúan») y cuando dice que ello genera una forma específica de discriminación se refiere a la discriminación múltiple en contraposición a la simple. Su especificidad puede ser la acumulación del perjuicio por acumularse en una misma persona y situación diferentes motivos de discriminación o por generar una situación discriminatoria que no se detecta si no se tienen en cuenta los diferentes motivos discriminatorios. Quedarían fuera de ella, discriminaciones que sufra una misma persona pero en situaciones, circunstancias, momentos... diferentes que deberían considerarse discriminaciones simples.

Sin embargo, no basta con la existencia de una referencia legal de la discriminación múltiple y una definición de la misma pues si no se establece un régimen jurídico que aborde las especificidades

⁷¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. IX Legislatura, Serie A, 10 de junio de 2011, núm. 130-1. Sobre dicho proyecto ver AGUILERA RULL, Ariadna, «El proyecto de ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *InDret*, 2011, núm. 3, pp. 1-15.

propias de la figura, el tratamiento de esta forma de discriminación será insuficiente e insatisfactorio.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIGURA

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

El artículo 10 de la LOI prevé que «(L)os actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».

Por tanto, las consecuencias que la LOI prevé para los supuestos en que se ha producido una discriminación son la nulidad del acto y las cláusulas del negocio jurídico la indemnización del daño producido y la sanción a quien ha provocado tal discriminación. En realidad, la necesidad de regular la discriminación múltiple se condensa en su definición porque es la que va a permitir detectar situaciones discriminatorias que de otra forma no se identificarían o plasmar la gravedad de la discriminación. Por ello, las consecuencias de la discriminación múltiple deberían ser muy similares a las previstas para la discriminación en general por el artículo 10 LOI con algunos matices derivados de sus particularidades.

1.1 Nulidad

El artículo 10 LOI establece que los actos y las cláusulas de los negocios jurídico que sean discriminatorios se considerarán nulos y sin efectos. La consecuencia de la nulidad puede tener utilidad en determinados momentos de una relación contractual pero no en otros⁷². En efecto, en relación a la discriminación sufrida en el momento de celebrar el contrato el recurso a la nulidad no tiene

⁷² En general la doctrina ha criticado la referencia a la nulidad por entender que, aunque se trata de la sanción extrema, las técnicas del Derecho privado son mucho más sofisticadas y diversas. Así, GARCÍA RUBIO, María Paz, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado* (Coords. GARCÍA RUBIO-VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 2011, p. 1098.

sentido pues, en este caso, si debe repararse el daño sufrido debemos atender a la posibilidad de imponer la celebración del contrato.

La colisión entre el principio de libertad contractual y el principio de igualdad debe ser armonizada pues los principios no rigen sin excepción y no comportan pretensión de exclusividad sino que deben ser ponderados conforme al principio de proporcionalidad⁷³. En efecto, la posibilidad de limitar la libertad contractual de elección de la otra parte deberá ser adecuada, necesaria y proporcional al fin perseguido (la igualdad de trato entre hombres y mujeres)⁷⁴.

Así, la idea de adecuación implícita en el principio de proporcionalidad supondrá que en un buen número de casos la obligación de contratar no podrá ser impuesta porque el contrato carece ya de interés para la parte contratante que ha sido discriminada⁷⁵. Por otra parte, tampoco será posible imponer la contratación cuando el contrato se haya celebrado ya con un tercero de buena fe y ello excluyera ya la posibilidad de celebrar el contrato⁷⁶.

Además, se ha dicho que solo se puede imponer la celebración del contrato cuando no existen alternativas al mismo o las que existen son notoriamente peores de suerte que se contrataría en peores condiciones pues imponerla cuando existen alternativas en el mercado igualmente razonables (negocio de sustitución) no es una forma de reparación necesaria y adecuada y no guarda proporción con el daño material sufrido⁷⁷. En efecto, solo cuando quien ha sido discriminado no dispone en el mercado de alternativas equivalentes, será posible imponer la celebración del contrato pues existiendo alternativas no sería adecuado ni proporcional imponer la contratación limitando la libertad contractual; si existieran otras alternativas pero en peores condiciones no se podría obligar a con-

⁷³ GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit., pp. 1084-1086, quien sostiene que el juicio de ponderación supone que el conflicto y la colisión entre principios debe resolverse conforme a su diferente «peso» y no en términos de validez.

⁷⁴ Ver ampliamente sobre el tema, NAVAS NAVARRO, Susana, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 1619-1639.

⁷⁵ GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit., p. 1104.

⁷⁶ GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit., p. 1104; GARCÍA RUBIO, «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho Privado y Constitución*, 2007, núm. 21, p. 156; NAVAS NAVARRO, Susana, «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, p. 1488, y NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», cit., p. 1638.

⁷⁷ NAVAS NAVARRO, «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», cit., pp. 1486-1489, y NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», cit., pp. 1619-1639.

tratar pero sí a indemnizar por el perjuicio económico y moral sufrido.

Tampoco la normativa laboral sobre la discriminación en el acceso al empleo impone la obligación de contratar en este caso sino que se limita a declarar nula la actuación discriminatoria del empresario y establecer que dará lugar a la oportuna responsabilidad⁷⁸.

Más juego puede dar el recurso a la nulidad en aquellas situaciones en que la discriminación procede de una cláusula contractual o de una medida adoptada durante el periodo de ejecución contractual pues, cuando una determinada medida sea discriminatoria, podrá esta dejarse sin efecto manteniendo el resto del contrato (principio de conservación del contrato) salvo que el resultado de esa ineficacia parcial implique una desproporción de las prestaciones. Así, cuando una determinada cláusula del contrato implique una menor cuantía salarial sobre la base de un motivo de discriminación del trabajador, la imposibilidad de gozar de una ventaja que otros trabajadores sí tienen (días de descanso...), imposición de unas obligaciones que vulneran la libertad religiosa sin que vengan justificadas por las necesidades de la empresa y supongan, por tanto, una discriminación..., podremos recurrir a la nulidad parcial.

La nulidad parcial es «un supuesto de ineficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando una cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz el resto del contrato»⁷⁹. El artículo 10 LOI se refiere simplemente a la nulidad sin especificar si se refiere a nulidad parcial o total por lo que en cada caso concreto deberá determinarse si procede uno u otro tipo de nulidad. A tal efecto, debe tenerse presente que el fundamento de la llamada a la nulidad que hace el legislador es sancionar una conducta discriminatoria y proteger a quien la ha sufrido y en ese sentido, en ocasiones, es preferible recurrir a la nulidad parcial que a la total.

La doctrina diferencia entre la ineficacia parcial prevista en la ley para proteger a una de las partes contractuales y la apreciada en atención a la voluntad de las partes en el caso concreto⁸⁰. En este caso, aunque la ley no habla expresamente de nulidad parcial, sí que puede esta entenderse incluida en el artículo 10 LOI en la

⁷⁸ En este sentido, véanse los artículos 4.2 y 17.1 ET y el artículo 22 de la ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo o la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁷⁹ GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, p. 47.

⁸⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús-PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005, pp. 215 ss.

medida en que este habla de nulidad del acto y no de nulidad contractual. Ello casa con la idea de que en este caso la ley pretende proteger a la parte contractual que ha sido discriminada.

En primer lugar, debe aislarse aquella parte del contrato que en su caso, será nula. Así, para aislar la parte potencialmente nula, se puede utilizar la técnica de la «*blue pencil rule*» conforme a la cual, si eliminando la parte potencialmente nula con contenido normativo independiente, el resto del contrato tiene sentido propio y completo, podremos hablar de nulidad parcial⁸¹. Una vez aislada la parte potencialmente nula debe decidirse si se opta por la nulidad parcial o total⁸². En la medida en que el artículo 10 LOI no especifica ante qué tipo de nulidad estamos, deberemos decidirlo en cada caso optando, siempre que sea posible (esencialidad de la parte nula o no, equidad de las prestaciones...), por la nulidad parcial en aplicación de los principios de conservación del contrato, de supremacía de la norma imperativa sobre la autonomía de la voluntad y de proporcionalidad de la sanción.

La decisión de aplicar la nulidad parcial puede tener diferentes aplicaciones en función del objetivo perseguido y las especificidades del caso⁸³. Una cláusula que prevé la imposición de unas medidas más perjudiciales que para el resto del grupo sobre la base de la existencia de varios motivos de discriminación implicará una nulidad parcial simplemente eliminadora de la cláusula discriminatoria. Así, por ejemplo, cuando el propietario de diferentes pisos en alquiler, impone determinadas cláusulas limitadoras las facultades arrendaticias solo a uno de sus arrendatarios llevado por una conducta discriminatoria.

En otros casos, junto a la nulidad parcial de la cláusula contractual será preciso realizar una labor de sustitución para no dejar vacío de contenido el contrato. Así, por ejemplo, la nulidad de una cláusula salarial discriminatoria implica eliminar una parte esen-

⁸¹ Sobre el tema, GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 72 ss.

⁸² Existen diferentes teorías para determinar cuándo debe optarse por la nulidad parcial o total. Así, las teorías subjetivas parten de la idea de la voluntad real o hipotética de las partes acerca de la conservación del contrato sin la parte que adolece de nulidad, las teorías objetivas parten de la aplicación de determinados criterios como la divisibilidad o no de las partes del contrato, el carácter esencial o no de la parte nula, la posibilidad de conseguir el fin práctico del contrato sin la parte nula, garantizar la equidad de las prestaciones eliminando la parte nula... y finalmente, la tesis normativa que partiría de la llamada que haga la ley a la nulidad total o parcial y, en caso de silencio, a la posibilidad de dar preferencia a la nulidad parcial conforme a los principios de conservación del contrato, primacía de la norma imperativa sobre la autonomía de la voluntad y proporcionalidad de la sanción. Sobre el tema, GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 74 ss.

⁸³ Sobre los diferentes tipos de nulidad parcial, GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, pp. 104-105.

cial del contrato por lo que debería procederse a sustituirla por la regla general de determinación salarial siempre que ello sea posible. Solo así se protegería a la víctima de la discriminación pues la nulidad total supondría un perjuicio todavía mayor que la disminución salarial fruto de la discriminación. Lo mismo sucedería con una cláusula discriminatoria que previera la imposibilidad de aplicar un determinado beneficio (disfrutar de días de descanso, beneficios por antigüedad...), pues a la nulidad de la misma debería acompañarse la aplicación de dicho beneficio. En el ámbito civil, se ha propuesto la aplicación de las normas dispositivas como un mecanismo para integrar aquella parte del contrato que deviene ineficaz⁸⁴. También podría recurrirse a la costumbre o los usos sociales así como a los principios generales del derecho.

Por otra parte, en ocasiones, la discriminación no se manifiesta en una medida concreta o en una cláusula contractual sino que se presenta en forma de presiones, trato degradante..., en cuyo caso la reparación «*in natura*» no es posible y deberemos optar por la indemnización acompañada o no de resolución contractual (art. 1124 CC).

En otros casos la discriminación durante el periodo de ejecución contractual implica la denegación a una mejora o beneficio como, por ejemplo, un ascenso en la categoría profesional, traslado a otra planta... La situación se puede equiparar a la de la celebración del contrato pues debido a una conducta discriminatoria se impide el acceso bien a un contrato, bien a un ascenso. De nuevo se plantea aquí el problema de si podemos imponer al empresario el acceso a ese puesto de mayor cualificación máxime cuando es posible que otra persona haya sido elegida ya para ocupar el mismo. Parece que si un tercero de buena fe ya ha ocupado dicho puesto no podría imponerse la obligación de ascender a la persona discriminada salvo que hubiera otro puesto de igual rango.

A este respecto hay que tener en cuenta que en algunos casos el empresario toma determinadas medidas atendiendo a criterios de interés empresarial que justifican la denegación de ese beneficio de forma objetiva pero en estos casos puede ser útil tener en cuenta la posibilidad de recurrir a la figura del «*reasonable accommodation*». La figura de los ajustes razonables se ha previsto en el ámbito de la lucha contra la discriminación de la persona discapacitada y se ha definido como «unas medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero

⁸⁴ GARCÍA RUBIO, «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», cit., p. 159.

que se adoptan cuando esta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona»⁸⁵. Sin embargo, la doctrina aboga por su extensión a otros ámbitos en que se haya producido una discriminación por otros motivos⁸⁶. En este sentido resulta interesante un caso conocido por los tribunales daneses donde una fábrica de chocolate no ascendió a una mujer musulmana que lucía pañuelo en el lugar de trabajo alegando razones de seguridad e higiene⁸⁷. Aunque el tribunal decidió que las medidas se basaban en objetivos legítimos y neutrales, la empresa decidió finalmente compatibilizar los intereses propios con la libertad religiosa de la empleada diseñando una suerte de gorro especial que cumplía las exigencias de seguridad e higiene y no contrariaba los principios religiosos de la trabajadora.

Por último, cuando la discriminación se produce en el momento de extinción del contrato, esto es, la resolución contractual encuentra su origen en una actuación discriminatoria, debe diferenciarse entre el ámbito laboral y civil. En el ámbito laboral, el artículo 56 ET establece que, cuando el despido sea improcedente, el empresario podrá optar dentro del plazo legalmente determinado entre readmitir al trabajador indemnizándolo por los días de salario dejados de percibir o bien, mantener el despido y pagar una indemnización determinada conforme a la ley. Sin embargo, tratándose de un despido basado en motivos de discriminación, debemos considerar el despido como nulo (art. 55.5 ET y art. 108.2 LPL) y, por tanto, conforme al artículo 113 de la LPL readmitirse al trabajador con la indemnización correspondiente por los salarios que ha dejado de percibir⁸⁸. Sin embargo, teniendo en cuenta que el despido fue motivado por una conducta discriminatoria del empresario, es posible que al trabajador no le interese la reincorporación al puesto de trabajo por lo que creemos que el trabajador podría solicitar la extinción del contrato de trabajo. En efecto, el artículo 50 ET esta-

⁸⁵ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, «Igualdad de oportunidades, igualdad de trato y discapacidad», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymá), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 209 ss.

⁸⁶ Así, REY MARTÍNEZ, Fernando, «El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el derecho español», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymá), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 25 ss.

⁸⁷ Para una mayor explicación de los detalles del caso ver ROSEBERRY, L., «Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate», en *European Union non-discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality Law* (SHIEK, D. y CHEGE, V.), London-New York, 2008, pp. 331-332.

⁸⁸ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del procedimiento laboral (BOE 11 abril 1995, núm. 86).

blece una lista no exhaustiva⁸⁹ de causas por las que el trabajador puede solicitar la extinción del contrato y la posibilidad de recibir una indemnización.

En el ámbito civil, la conducta discriminatoria podría manifestarse a través de un incumplimiento y en ese sentido, con carácter general, el artículo 1124 CC permite en caso de incumplimiento contractual solicitar el cumplimiento del contrato y una indemnización o, en caso de que ya no satisfaga el interés crediticio, solicitar su resolución y la correspondiente indemnización. Conforme al artículo 1258 CC los contratos obligan no solo a lo pactado sino también a todas las consecuencias que deriven de la buena fe, el uso y la ley.

Sin embargo, lo habitual será que quien cause el daño por una actuación discriminatoria pretenda ampararse en una causa de extinción legal de la relación obligatoria. Así, aunque el artículo 1156 CC no la prevé expresamente es conocido que se acepta como causa de extinción de algunos contratos el desistimiento unilateral en la medida en que el CC la contempla en algunos contratos concretos⁹⁰. El desistimiento supone la facultad legal de extinguir unilateralmente la relación obligatoria sin necesidad de justificarla⁹¹. El fundamento de la aceptación de tal causa de extinción de la relación obligatoria puede ser su duración indefinida (art. 1705 CC), la pérdida de confianza en la que se basa la relación (arts. 1732-1733 CC) o la protección de una de las partes (arts. 9-10 LAU). Podría suceder que se alegara la pérdida de la confianza o simplemente la voluntad de extinguir una relación indefinida por cuanto la ley lo permite.

Ahora bien, cuando se alega tal causa de extinción, que exige buena fe de quien la alega, pero en realidad existe una actuación discriminatoria hacia la otra parte contratante, se está actuando contrariamente a la buena fe que debe existir en la relación (art. 1258 CC). Podría entenderse que se utiliza el desistimiento unilateral como una norma de cobertura que esconde la voluntad de contrariar una norma imperativa (art. 6.4 CC) que impediría la extinción de la relación obligatoria, es decir, que estamos ante un fraude de ley (art. 6.4 CC). En efecto, cuando existe una conducta externa formalmente legal que encuentra amparo bajo una norma de cobertura que en realidad esconde la vulneración de una norma imperativa y la consecución de un fin prohibido por el ordenamien-

⁸⁹ MONTROYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2009, p. 462.

⁹⁰ Así, en relación a arrendamiento de obras y servicios (arts. 1584 y 1594 CC), en el contrato de sociedad (arts. 1700 y 1705 CC), en el comodato (art. 1750 CC), en el mandato (art. 1732 CC) y en el depósito (art. 1755 CC).

⁹¹ Sobre el concepto de desistimiento RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pp. 168 ss.

to jurídico hablaremos de fraude a la ley⁹². En este caso, quien realiza la conducta discriminatoria se acoge a la posibilidad de extinguir el contrato por desistimiento (norma de cobertura) cuando en realidad pretende eludir la prohibición de extinguir la relación por motivos discriminatorios (norma imperativa). Existe una distorsión de la realidad por cuanto lo que motiva el ejercicio de la facultad de desistimiento es tanto el fundamento de la norma (pérdida de confianza, voluntad de poner fin a una relación indefinida...) como una actitud de discriminar a la otra parte contratante en relación a otras personas. Ciertamente, existe una dificultad claramente manifiesta en la demostración de la existencia de una conducta discriminatoria, o al menos un indicio de ella, y la ausencia del fundamento que permita extinguir la relación obligatoria por desistimiento.

Las consecuencias de la existencia de dicho fraude serían la nulidad del desistimiento y así como el pago de una indemnización por los perjuicios causados por la discriminación (arts. 6.4 CC y 10 LOI).

Podría suceder entonces que quien ha mantenido la conducta discriminatoria incumpliera el contrato en cuyo caso, se produciría la extinción de la relación obligatoria por resolución y se podría solicitar una indemnización por los perjuicios causados por el incumplimiento.

Cabe plantearse en este caso si son compatibles las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo y la indemnización derivada del perjuicio producido por la conducta discriminatoria. En la línea de lo que ya había venido considerando la jurisprudencia⁹³, la LOI permite la compatibilidad entre ambas

⁹² Sobre la estructura del fraude a la ley ver SOLS LUCIA, Alberto, *El fraude a la ley*, Barcelona, 1989, pp. 96-104. Entendemos que existe aquí fraude de ley y no abuso de derecho por cuanto no estamos ante el ejercicio de un derecho subjetivo y sí encontramos aquí una norma imperativa vulnerada.

⁹³ STS 20 septiembre 2007 (RJ/8304) que dice que: «procede referir que a diferencia del supuesto de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, donde siempre se ha considerado que son compatibles sus consecuencias legales –readmisión y salarios de trámite– con la indemnización compensatoria de los daños morales causados al trabajador tratándose de extinción del contrato por voluntad del trabajador, el criterio inicialmente mantenido por la Sala fue el de considerar que diversamente al ámbito civil en el marco laboral la extinción ha de obtenerse en vía judicial (...) y la indemnización es tasada, de forma que si se “optó” por la extinción e indemnización tasada del artículo 50 ET (...), no puede reclamarse –se afirmaba– una nueva indemnización con fundamento en los artículos 1101 y 1124 CC». Y añade que «Sin embargo la actual doctrina unificada admite con rotundidad que la indemnización prevista en el artículo 50 ET es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental (SSTS 17/05/06 [RJ 2006, 7176] –rcud 4372/04–, dictada por el Pleno de la Sala, con voto particular que extiende la compatibilidad a los daños causados por cualquier género de incumplimiento empresarial; y 07/02/07 –rcud 4842/05–, en *obiter dicta*). Y al efecto se argumenta que «... en el presente caso... se invoca... la vulneración de un derecho fundamental, en base a lo que se postula la extinción del contrato laboral, debiendo significarse que el trabajador demandante aduce, como consecuencia de tal violación, una situación personal de

indemnizaciones siendo posible acumular las acciones en un mismo proceso (arts. 180.1 y 181 LPL)⁹⁴.

Lo mismo podría decirse en el ámbito civil siempre y cuando tengamos en cuenta que no puede indemnizarse doblemente un mismo perjuicio. Así, es posible que el perjuicio económico que sufre la víctima se corresponda precisamente con el que se indemniza por la extinción del contrato en cuyo caso deberá indemnizarse solo una vez. Sin embargo, que ello sea así no obsta para que puedan indemnizarse los perjuicios morales que sufre la víctima derivados de la discriminación y que podrían ser compatibles, en caso de existir, con los perjuicios morales derivados del incumplimiento y posterior resolución contractual⁹⁵.

1.2 Indemnización

Como se ha dicho, la figura de la discriminación múltiple permite detectar situaciones discriminatorias que, de no aplicar los mecanismos de esta figura, quedarían invisibles a un análisis tradicional. Por ello, permite identificar y, en consecuencia, indemnizar estos supuestos de discriminación.

Por otra parte, la existencia de discriminación múltiple puede suponer un mayor perjuicio para la víctima en la medida en que

trastorno adaptativo ansioso-depresivo, provocado por estrés laboral, cuya indemnización postula, juntamente, con la correspondiente a la extinción contractual planteada. De aquí que no se modifique el criterio jurisprudencial recogido en la precitada sentencia de Sala General, de fecha 11 de marzo de 2004, toda vez que, en la misma, se enjuició una situación de extinción contractual respecto de la que, además, de la indemnización tasada, prevista en el Estatuto de los Trabajadores, se postulaba otra indemnización con base en el artículo 1101 del Código Civil, sin que, en cambio, se solicitase, expresamente, la protección judicial por violación de un derecho fundamental. La clara dicción del artículo 182 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563) y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación de un derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores... La modificación operada en el artículo 181 de este último texto procesal por el artículo 40-Dos de la Ley 62/2003 (RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892)... al incluir, expresamente, en el texto del mismo "la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso" no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado».

⁹⁴ Sobre el tema, GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA-GARCÍA RUBIO, María Amparo, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Coord. Sala Franco-Ballester Pastor, Baño León-Embid Irujo-Goerlich Peset), a, 2008, pp. 643 ss.

⁹⁵ Sobre la posibilidad de indemnizar por daños morales fruto del incumplimiento contractual ver SOLÉ FELIU, Josep, «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, *InDret*, 2009, núm. 1, quien sostiene que para que el daño moral sea indemnizable debemos estar ante un daño suficientemente relevante y que, salvo el caso de incumplimiento doloso, haya sido previsto o debiera haber sido previsto en el momento de constituir la obligación.

esta sufre discriminaciones por más de un motivo que se contemplan de forma unitaria por la relación que existe entre ellas⁹⁶.

En el ámbito indemnizatorio ello puede tener consecuencias en aras a la determinación del daño indemnizable. En efecto, en el ámbito patrimonial, la discriminación puede suponer un mayor perjuicio económico que debe traducirse en una mayor indemnización. Cuando la discriminación se produce sobre varios criterios acumulativamente de forma que cada uno de ellos se traduce en un peor trato económico, detectar la discriminación múltiple permite contemplar en toda su magnitud el daño sufrido por la víctima y, consecuentemente, indemnizarlo adecuadamente. Así, cuando una mujer inmigrante padece una discriminación salarial por su género y otra por su origen, el perjuicio que sufre es mayor que si fuera una mujer nacional o un hombre inmigrante pues estos son discriminados por un solo motivo que se traduce en un perjuicio salarial menor.

Sin embargo, es cierto que en otros casos el perjuicio económico no es diferente que si se hubiera producido una discriminación simple. Así, cuando el resultado de la discriminación por más de un motivo se traduce en la no celebración de un contrato porque se ha producido una doble discriminación en el proceso de selección o en la extinción del mismo, el daño patrimonial es equivalente al que se hubiera producido en caso de ser simple la discriminación. Ahora bien, la existencia de varios motivos de discriminación sí puede tener consecuencias en el daño moral que sufre la víctima.

En efecto, aunque el daño económico sea el mismo, la angustia que puede generar la magnitud de los obstáculos que deben superarse provocados por la percepción de diversos motivos de discriminación, la conciencia de la disminución de expectativas en la consecución del objetivo, el ataque a cualidades tan inherentes a la personalidad... se traducen en un daño moral mayor. Dada la dificultad de valorar el perjuicio moral de forma objetiva puede ser interesante buscar algún tipo de medida que asigne determinada indemnización por daños morales cuando la discriminación sea múltiple. Aunque la doctrina suele abogar por el sistema de baremos para escapar a la dificultad de valorar este tipo de daños⁹⁷, no parece ser esa la línea que sigue el legislador. En efecto, el artícu-

⁹⁶ Por ello, se ha propuesto que sea considerada una discriminación con una circunstancia agravante. En efecto, según consta en European Commission; *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, cit., p. 20, la legislación rumana sobre discriminación (Act 340/2006), trata la discriminación múltiple como una circunstancia agravante.

⁹⁷ VICENTE DOMINGO, Elena, *Tratado de Responsabilidad Civil* (Coord. Fernando Reglero Campos), Navarra, 2006, p. 330, PINTOS AGER, *Baremos, seguros y derecho de daños*, 2000, pp. 464 y 451-452, MARTÍN CASALS, Miquel, «Una lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo», en *La Ley*, 2000 núm. 6, p. 1856, SANTOS BRIZ,

lo 10 de la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (DOUE de 15 de julio de 2010, L 180/1) establece: «Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori».

Por otra parte, el artículo 25.1 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación dice: «La persona que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo dos de esta Ley (lista abierta de motivos de discriminación) responderá del daño causado. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral». Por tanto, el daño moral se presume cuando se ha demostrado la existencia de discriminación. Siendo la discriminación múltiple, dicho perjuicio moral, será con toda probabilidad, mayor.

Tradicionalmente, en los sistemas continentales el régimen de responsabilidad ha cumplido una función principalmente de reparación o compensación y solo secundariamente de prevención⁹⁸. Como se ha dicho, la figura de la discriminación múltiple permite detectar discriminaciones, y por tanto perjuicios, que de otra forma permanecerían ocultos (discriminación múltiple interseccional) y valorar en toda su magnitud el daño producido por lo que permite cuantificar de forma más ajustada la indemnización (discriminación múltiple interseccional y acumulativa). Por ello, la idea de discriminación múltiple contribuye a la función reparadora que debe cumplir el sistema de responsabilidad civil.

Cabe preguntarse, por otra parte, si la función preventiva de la responsabilidad tiene especial importancia en la figura de la discriminación múltiple y si tendría sentido aplicar aquí la idea de los «*punitive damages*»⁹⁹. Por daños punitivos se entiende el plus de la

Jaime, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Navarra, 2004, p. 323 y GÁZQUEZ SERRANO, LAURA, *La indemnización por causa de muerte*, Madrid, 2000, pp. 188-189.

⁹⁸ REGLERO CAMPOS, Fernando, *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, 2002, p. 35. Sobre las diferentes funciones que debe cumplir la indemnización por daños, SALVADOR CODERCH, Pablo-CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, pp. 101-111.

⁹⁹ De hecho, parece que esa sería la idea subyacente en la normativa rumana sobre discriminación múltiple que, como se ha dicho *ut supra*, considera la existencia de discriminación múltiple como una circunstancia agravante.

indemnización que se concede al perjudicado que excede de lo que le correspondería por la naturaleza y alcance del daño y que se basa en la existencia de una conducta especialmente intolerable del agente del daño con el objeto de sancionar a quien la comete y prevenir la realización de conductas similares en el futuro¹⁰⁰. Para que tenga sentido tal incremento de la indemnización en aras a cumplir la función preventiva no debe ser posible asegurar la producción de dicho perjuicio¹⁰¹.

Aunque la doctrina se muestra reacia a aceptar la posibilidad de aplicar los «*punitive damages*» en nuestro ordenamiento también en el ámbito de la discriminación¹⁰², creemos que encajan con cierta comodidad en la idea de discriminación múltiple pues en la medida en que el agente del daño discrimina por más de un motivo su conducta es especialmente reprochable. En efecto, la aplicación de los «*punitive damages*» se fundamenta en carácter especialmente intolerable, doloso o temerario de la conducta del agente causal del daño.

Por otra parte, la idea de sancionar especialmente la discriminación por varios motivos puede responder a la función preventiva de la responsabilidad civil si efectivamente se impide su aseguramiento. En derecho antidiscriminatorio europeo se insiste en la idea del carácter disuasorio que debe tener la reparación del daño causado¹⁰³ y los «*punitive damages*» responderían a este objetivo. Es una medida que ya se ha tomado en otros ámbitos donde se quería priorizar la consecución de objetivos de seguridad laboral¹⁰⁴ por lo que podría ser útil en un ámbito como el de la discriminación donde todavía queda mucho por recorrer.

¹⁰⁰ Sobre el concepto de «*punitive damages*» ver SALVADOR CODERCH, Pablo, «Punitive damages» en *InDret*, 2000, núm. 1, REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, 2006, pp. 82 ss.

¹⁰¹ REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pp. 82 ss.

¹⁰² MESA MARRERO, Carolina, «Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: un resquicio para los *punitive damages*?», *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Valencia 2011, pp. 1214-1215, sostiene que nuestro sistema de responsabilidad civil está orientado a la reparación del daño causado por lo que solo puede indemnizarse el daño efectivamente producido. En la misma línea, GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit., pp. 1112-1113. En cambio, se manifiesta a favor de su posible aplicación NAVAS NAVARRO, «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», cit., p. 1490.

¹⁰³ Sobre el tema NAVAS NAVARRO, «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», cit., p. 1488, o MESA MARRERO, «Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: un resquicio para los *punitive damages*?», cit., pp. 1207-1208.

¹⁰⁴ Todas las prestaciones a que tiene derecho un trabajador que sufre un accidente laboral o padece una enfermedad profesional pueden ser incrementadas entre un 30% y un 50% si tienen su origen en una infracción de normas sobre seguridad e higiene en el trabajo según dispone el artículo 123 del TRLGSS [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 29 junio 1994, núm. 154)].

Se ha argumentado a favor de la posibilidad de aplicarlos en nuestro ordenamiento alegando que el artículo 72.1 LOI no habla de la indemnización «de» los daños morales sino «por» los daños morales por lo que se puede sostener que la indemnización no debe cubrir estrictamente los daños ocasionados sino que la indemnización encuentra su fundamento en la existencia de dichos daños pero no debe ceñirse necesariamente a ellos¹⁰⁵.

De hecho, parece que en esa dirección va el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación cuando el artículo 23.1 establece: «La protección frente a la discriminación comprende la adopción de medidas preventivas, la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias» y el artículo 26 añade: «La tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, 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». En relación a lo que ahora nos interesa, debe destacarse la referencia a «todas las medidas necesarias» y a «la prevención de violaciones inminentes o ulteriores».

Los «*punitive damages*» cumplirían una función de prevención de discriminaciones futuras en la medida en que el plus sancionador que debe pagar el causante del daño constituye un estímulo para no repetir la conducta discriminatoria. Y ese incentivo tiene una manifestación general en relación a cualquier otra situación o persona pero también tiene una manifestación individual en la persona a la que se ha discriminado si existe todavía la posibilidad de repetir la discriminación en el futuro. Por ello, parece que la figura de los «*punitive damages*» podría cumplir ese objetivo.

Ahora bien, hay una cuestión que nos preocupa al respecto y es que, si la víctima de la discriminación ya ha sido indemnizada y, por tanto, reparado el perjuicio que ha sufrido en su justa medida, por qué recibe ese «*plus*» de indemnización que funciona como sanción. Tiene sentido que quien ha discriminado de forma múltiple sea sancionado por el carácter especialmente intolerable de su conducta pero se plantea la problemática de qué justifica que sea la víctima, que ya ha visto reparado su daño, quien lo reciba pues ello

¹⁰⁵ NAVAS NAVARRO, «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», cit., p. 1490.

podría suponer una suerte de enriquecimiento injusto. Una posibilidad es que se considere que lo recibido en concepto de «*punitive damages*» como una compensación por la partida siempre tan maleable de los daños morales¹⁰⁶. De hecho, el artículo 25 del Proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación dice que el daño moral «se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida» y en las circunstancias del caso se podría tener en cuenta la existencia de diferentes motivos de discriminación. Otra opción es que se considere un complemento al principio de reparación integral del daño pues se ha dicho que aunque formalmente nuestro sistema responde a la idea de reparación íntegra, raramente las indemnizaciones suponen una reparación real y efectiva del mismo¹⁰⁷. Aunque parecería preferible simplemente tratar de que los tribunales ajustaran el cálculo de las partidas indemnizatorias, lo cierto es que parece que hay margen de maniobra para aplicar los «*punitive damages*» sin que se produzca un enriquecimiento injusto.

Ello no significa que no sea conveniente que el legislador haga en relación a la discriminación múltiple una llamada expresa a la posibilidad de que los tribunales impongan una partida en concepto de «*punitive damages*» de igual forma que se ha hecho en relación al incumplimiento de la normativa de seguridad laboral.

Otra opción es canalizar esa finalidad preventiva de las medidas previstas para luchar contra la discriminación múltiple a través de

¹⁰⁶ GÓMEZ POMAR, «Daños morales», cit., p. 10, donde dice: «Sin embargo, las agresiones sexuales no agotan el campo de aplicación del uso sancionador de la indemnización por daño moral» y añade que «(E)n algunos casos, bajo la decisión de condenar a pagar tal o cual cantidad de dinero parece subyacer la repugnancia mal disimulada ante lo que representaría limitarse a conceder una indemnización nominal, próxima a cero, por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo». En algunos casos la partida indemnizatoria de los daños morales se ha utilizado como una forma de sancionar conductas especialmente reprobables. En esa misma línea NAVAS NAVARRO, Susana, «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, 2008, tomo LXI, fasc. III, p. 1488, donde afirma que la reparación del daño moral solo debe ser adecuada al daño sufrido pero que ello no significa que deba cubrir solamente el daño nominal pues si para que la indemnización tenga efecto disuasorio y sea eficaz es preciso establecer una indemnización mayor el juez podrá hacerlo con el límite siempre de la prohibición del enriquecimiento injusto.

¹⁰⁷ De hecho, SALVADOR CODERCH, «Punitive damages», cit., p. 13, sostiene que si las indemnizaciones por responsabilidad civil cumplieran con la función compensatoria y se ajustaran al principio de reparación integral del daño realmente podría tener sentido un sistema de responsabilidad estrictamente compensatorio con previsiones legales puntuales de «*multiple damages*» que dejara la potestad sancionadora al ámbito del derecho penal o administrativo pero que, no siendo ello así, por cuanto «los datos disponibles apuntan a que el sistema concede indemnizaciones que quedan muy por debajo de los costes sociales de los daños causados», puede ser interesante la aplicación de los «*punitive damages*».

la multa o sanción que implica directamente una sanción para quien discrimina, en este caso de forma múltiple.

El artículo 26 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación antes comentado pretende establecer los mecanismos adecuados para garantizar que la indemnización de los daños provocados por la conducta discriminatoria asegure no solo la función reparadora que debe cumplir el derecho de daños sino también la función preventiva.

Se trata de buscar mecanismos dirigidos a actuar no solo con posterioridad a la existencia de la discriminación sino también *ex ante*¹⁰⁸. Es decir, no basta con reaccionar frente al daño provocado por conductas discriminatorias sino que además es preciso tomar medidas dirigidas a evitar que ese daño se produzca.

Ello puede conseguirse a través de la reparación integral del daño o bien a través de mecanismos sancionadores de la conducta del agente causal que reciba la propia víctima («punitive damages») o las instituciones públicas (multas).

Por último, hay quien se ha planteado por qué debería tratarse de forma diferente una discriminación múltiple que dos discriminaciones simples¹⁰⁹. Probablemente la respuesta se encuentre, desde la perspectiva de la víctima, en que quien es discriminado en una misma situación y por unas mismas personas sufre un daño moral mayor que si hay dos discriminaciones simples porque el daño se concentra en un mismo tiempo, lugar y sujetos. Desde la perspectiva de quien discrimina de forma múltiple, su conducta es más reprobable que si lo hace por un solo motivo por lo que tiene sentido que se sancione en mayor medida que una discriminación simple.

Por otra parte, es cierto que si una persona ha sufrido una discriminación por género en su ámbito de trabajo y otra en el acceso a un lugar público por su discapacidad sufre lógicamente un perjuicio mayor que si solo sufre una de las dos discriminaciones. Pero desde el punto de vista jurídico la independencia de los ámbitos en que se producen estas dos discriminaciones impide tratarlas unitariamente como una discriminación múltiple pues los sujetos que han discriminado son diferentes y, por tanto, no se les puede impu-

¹⁰⁸ La doctrina ya había llamado la atención sobre la necesidad de abordar la discriminación no solo desde una postura reactiva frente a la misma sino *a priori* con el objeto de prevenir futuras conductas discriminatorias. Así, FREDMAN, Sandra, «The age of equality», en FREDMAN, Sandra-SPENCER, Sarah; *Age as an equality issue. Legal and Policy Perspectives*, Oxford and Portland, Oregon, 2003, p. 67.

¹⁰⁹ REY MARTÍNEZ, F.; *op. cit.*, pp. 265-266, quien sostiene que solo puede considerarse discriminación múltiple una situación discriminatoria cuando se discrimina por varios motivos en un mismo momento.

tar el mayor daño que ha sufrido la víctima por sufrir dos discriminaciones simples.

Ello no impide que, si la combinación de esos motivos de discriminación se repite de forma relevante, el legislador no pueda tomar medidas positivas para paliar sus efectos de forma global en la sociedad pero el peso de esas dos discriminaciones simples no puede hacerse recaer personalmente en cada uno de los sujetos que las han ocasionado que solo pueden ser responsables del daño que ellos mismos han provocado.

1.3 Sanciones

La imposición de sanciones especialmente pensadas para la discriminación múltiple tendría como consecuencia que quien discrimina de forma múltiple no solo debe pagar una indemnización por los perjuicios ocasionados, sino también una cuantía en concepto de multa y con la finalidad de sancionar esa conducta especialmente intolerable y evitar que se repita en el futuro. El artículo 10 LOI hace una previsión en ese sentido al hacer una llamada a *«un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias»*.

Ciertamente, la discriminación simple puede ser sancionada pero quizás la discriminación múltiple deba serlo en mayor proporción pues la conducta es especialmente execrable.

Sin embargo, la multa o sanción no es una medida general contra la discriminación sino que únicamente es aplicable en un ámbito laboral respecto a sanciones administrativas¹¹⁰ o desde la normativa penal en el ámbito del trabajo, la prestación de un servicio público o de una prestación empresarial o profesional¹¹¹.

¹¹⁰ En efecto, el artículo 16.2 LISOS tipifica como ilícito muy grave la conducta de empresarios y agencias de colocación que mediante publicidad, difusión o cualquier otro medio establecen condiciones que suponen una discriminación favorable o adversa para el acceso al empleo. El artículo 8.12 LISOS califica como infracción muy grave los tratos desfavorables que sufran los trabajadores no solo como consecuencia de reclamaciones ante la empresa o los tribunales sino también ante una acción administrativa con el objeto de exigir la observación del principio de igualdad. La LISOS tipifica también como infracción administrativa el acoso sexual (art. 8.13) o el acoso discriminatorio (art. 8.13 bis). Queda también tipificado como infracción grave no cumplir las obligaciones en materia de igualdad que establece el ET o los convenios colectivos aplicables (art. 7.13 LISOS), así como no elaborar o no aplicar el plan de igualdad o hacerlo incumpliendo manifiestamente sus términos (art. 8.17 LISOS). Dichas infracciones comportan con carácter general una sanción principal consistente en una multa económica (arts. 39 ss. LISOS) y adicionalmente otras sanciones accesorias (art. 46 bis LISOS), pérdida de ayudas y bonificaciones...

¹¹¹ El Código Penal tipifica como delito la denegación de prestación en el ámbito de los servicios públicos (art. 511 CP), denegación de prestaciones en el ámbito profesional y empresarial (art. 512 CP) y la discriminación laboral (art. 314 CP). Debe precisarse que para que sea aplicable el tipo penal del artículo 512 CP es preciso que estemos ante una actividad prestacional a la que se deniegue el acceso teniendo derecho a él lo cual vendría

De ello se desprende por una parte, que no podrá recurrirse a esta herramienta cuando la discriminación se produzca en otro ámbito (relaciones contractuales entre particulares, ámbito educativo...). Por otra, que las sanciones proceden únicamente del derecho público ya sea en forma de multa o sanciones accesorias (derecho laboral) o pena privativa de libertad, inhabilitación o multa (derecho penal).

En este momento no existen medidas legales que permitan sancionar conductas discriminatorias que no se den en el ámbito laboral, empresarial o profesional. Y, si bien es cierto que se trata de un ámbito especialmente afectado por las conductas discriminatorias, no debe por ello renunciarse a prevenir este tipo de conductas en otros ámbitos. Ello nos plantea dos opciones: o bien generalizamos las sanciones a toda conducta discriminatoria o bien recurrimos a mecanismos del derecho privado.

La generalización de las sanciones a cualquier ámbito en que se produzca la discriminación se encuentra de entrada con un obstáculo pues los mecanismos y organismos dirigidos a llevar a cabo todo ese procedimiento sancionador proceden del derecho laboral y penal. En relación a las multas, podría permitirse que los tribunales de la jurisdicción civil aplicaran estas sanciones. Puesto que una multa que cobra el Estado por actos entre particulares podría resultar extraña al derecho privado podría crearse algún organismo de lucha contra la discriminación que se hiciera cargo de la gestión de estos recursos con la consecución de la igualdad como objetivo último.

Sin embargo, parece esta una solución excesivamente forzada por lo que debemos analizar si el derecho privado nos proporciona alguna herramienta para solucionar tal cuestión. Y ello nos lleva nuevamente a la figura de los «*punitive damages*» con los inconvenientes que ya se han mencionado.

Es decir, la multa, mecanismo sancionador por excelencia, queda actualmente circunscrito al ámbito laboral y penal por lo que quedan huérfanos de medidas preventivo-punitivas el resto de ámbitos en que se produzcan discriminaciones. Los «*punitive damages*», medida punitiva propia del derecho privado, no se aceptan con carácter general en nuestro ordenamiento y, desde el punto de vista teórico, no justifica que sea la víctima la receptora directa de dicha indemnización, aunque como se ha dicho, en la práctica puede justificarse como una forma de completar la reparación integral del daño que no suelen cubrir las indemnizaciones.

determinado por la existencia de una ley que reconociera tal derecho de forma que no sería aplicable el tipo penal si esta no existiera.

Quizás pudiera ser una solución la previsión legal de una medida sancionadora que tuviera como destinatario un organismo dedicado a la lucha contra la discriminación que se encargara de gestionar dichos recursos y revertirlos para conseguir una sociedad más igualitaria (pedagogía de la igualdad, asesoramiento legal, apoyo psicológico...).

2. MEDIDAS POSITIVAS

Lógicamente no caben aquí discriminaciones por diferentes motivos en el ámbito laboral pero producidas por diferentes agentes sin relación entre ellos. Es cierto que una mujer inmigrante puede sufrir discriminaciones por su género en un proceso de selección laboral y por su origen en otro pero tales discriminaciones solo pueden tratarse como dos discriminaciones simples pues no existe una relación entre los empresarios que las han protagonizado que permita hablar a estos efectos de discriminación múltiple unitariamente contemplada. Cuestión diferente es que, si esa situación se da repetidamente en el mercado laboral, el legislador decida tomar medidas de acción positiva para prevenir tal situación de desventaja de forma previa y en general en base al artículo 11 LOI. En ese sentido los poderes públicos pueden identificar grupos de riesgo de sufrir discriminaciones múltiples y tomar medidas para hacer la igualdad real y efectiva.

El grupo al que se pretende proteger con este trato formalmente desigual tiene que estar infrarrepresentado en el sector de la realidad social que se analice, las medidas deben ser temporales, razonables y proporcionadas¹¹². En efecto, como se desprende del artículo 14.6 LOI, los poderes públicos deberán tener en cuenta en su actuación la especial vulnerabilidad de determinados grupos sociales en los que se acumulan diferentes características que los hacen más susceptibles de sufrir experiencias de discriminación múltiple. Así una mujer inmigrante tiene más riesgo de sufrir supuestos de discriminación múltiple por su doble condición de mujer y de inmigrante.

La doctrina ha dividido las acciones positivas por grupos de casos entre aquellas que se centran en la remoción de los obstáculos o desventajas que impiden la participación de la mujer en el sector de la realidad social y económica en cuestión, las que buscan

¹¹² NAVAS NAVARRO, Susana, «Uso y tenencia de bienes por las mujeres (Aplicación de las “acciones positivas” en el Derecho privado)», *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Valencia, 2011, pp. 1327 ss.

el equilibrio entre la vida familiar y profesional y las que dan un trato preferente a un grupo de personas infrarrepresentado¹¹³.

Para superar las situaciones de discriminación múltiple también es necesario que los grupos especialmente vulnerables a sufrirla participen activamente no solo en el diseño de las políticas públicas sino también en su implementación¹¹⁴. En ese sentido, es especialmente relevante prestar atención a la educación pues garantizar el acceso en igualdad de condiciones y asegurar una educación en valores democráticos como la igualdad es *conditio sine qua non* para que las generaciones futuras abandonen la práctica de conductas discriminatorias y en caso de sufrirlas sepan detectarlas y luchar contra ellas. Por ello, son especialmente interesantes las previsiones que hacen los artículos 23 a 25 de la LOI en relación a la educación.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La discriminación múltiple supone la existencia de una discriminación por varios motivos que aparecen bien de forma acumulada en una misma situación agravando el daño o bien produciendo una forma única y nueva de discriminación que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada.

Existen diferentes modelos para luchar contra la discriminación múltiple. Por una parte, aquellos en que existe un número tasado de motivos de discriminación que normalmente se circunscriben a un ámbito objetivo de aplicación. En estos sistemas la lucha contra la discriminación múltiple se hace más compleja por cuanto puede suceder que no todos los motivos que se dan en un caso concreto de discriminación múltiple estén contemplados por lo que recurrir a mecanismos como la lista abierta de motivos de discriminación puede resultar útil.

En esta línea parece ir la normativa de la UE donde las Directivas recogen una lista tasada de motivos de discriminación en un ámbito de aplicación concreto pero al mismo tiempo el ordenamiento permite recurrir a un sistema de lista abierta y las propias Directivas hacen referencia a la figura de la discriminación múlti-

¹¹³ Sobre este tema, NAVAS NAVARRO, «Uso y tenencia de bienes por las mujeres (Aplicación de las “acciones positivas” en el Derecho privado)», cit., pp. 1333 ss.

¹¹⁴ Hacen notar la importancia de dialogar y permitir participar en las actuaciones de los poderes públicos HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza, «Las Olvidadas-Gendered in justice/gendered injustice: Latinas, Fronteras and the Law», en *Journal of Gender, Race and Justice*, 1998, p. 18, en relación a la mujer latina en EUA y NARAIN, Vrinda, «Women rights and the accomodation of “difference”: muslim women in India», en *Suthern California Review of Law and Women's Studies*, 1998, p. 12, respecto a la mujer musulmana en la India.

ple aunque sin definirla. Se trata de un ordenamiento en que, quizás partiendo del modelo anglosajón de derecho antidiscriminatorio, es perceptible la influencia de los diferentes modelos existentes en los Estados miembros. Estamos ante un modelo en evolución en el que se están buscando fórmulas que permitan luchar contra la discriminación múltiple.

En otros sistemas, como el nuestro, partimos de una lista abierta de motivos de discriminación lo cual aporta la suficiente flexibilidad para detectar los supuestos de discriminación múltiple. Sin embargo, sería aconsejable dar un paso más en la lucha contra esta forma de discriminación y optar, como se ha hecho en otros ordenamientos (Canadá o Sudáfrica), por la definición legal de la figura de la discriminación múltiple como una forma de configurar jurídicamente el concepto y facilitar así su aplicación. En esta línea parece ir el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Sin embargo, creemos que no basta con ello y que en la medida en que la discriminación múltiple presenta unas especificidades propias deben establecerse mecanismos que permitan luchar específicamente contra esta forma de discriminación.

Cuando la discriminación múltiple tiene como efectos la no celebración de un contrato o de un ascenso, el recurso a la nulidad tiene unos efectos limitados pues, como se ha puesto de relieve por la doctrina, la posibilidad de imponer la celebración del contrato o el ascenso queda restringida a unos casos muy concretos. En cambio, sí puede tener utilidad la nulidad parcial de una cláusula contractual discriminatoria por varios motivos que en determinados casos puede suponer la necesidad de realizar una labor de sustitución.

De enorme utilidad nos parece la figura del ajuste razonable pues, aunque de origen se ha previsto en la normativa sobre discapacidad, nada impide aplicarla a otras situaciones como la discriminación múltiple.

En relación a la indemnización de los daños causados la consideración a la existencia de varios factores de discriminación tiene una enorme relevancia pues puede poder de manifiesto un daño material mayor del que se apreciaría contemplando un solo motivo de discriminación y porque, incluso en aquellos supuestos en que el daño económico no cambia si hay discriminación por un motivo o por más, es evidente que el daño moral puede haber sido mayor si la discriminación se ha producido por varios motivos que si se ha producido por uno solo. Por tanto, la consideración a la multiplicidad de motivos de discriminación puede ser útil para la consecu-

ción en toda su magnitud de la función reparadora de la responsabilidad civil.

Sin embargo, en la medida en que la discriminación por varios motivos que realiza un sujeto puede ser especialmente execrable defendemos en este trabajo la oportunidad de que la ley regule la posibilidad de aplicar los «*punitive damages*» en los supuestos de discriminación múltiple. De hecho, el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación hace referencia a la función preventiva que debe cumplir la indemnización si bien no se hace referencia a la figura de los «*punitive damages*».