

De la tutela antidiscriminatoria a la protección de situaciones de vulnerabilidad. Posibilidades y límites en el derecho de la Unión Europea

From anti-discriminatory protection to the protection of situations of vulnerability. Possibilities and limits in the law of the European Union

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-3656-951X

Recibido: 1/9/2023

Aceptado: 3/9/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8396

Resumen: En el presente artículo se realiza una aproximación a la construcción dogmática del concepto de vulnerabilidad llevada a cabo desde la Filosofía del Derecho, con el fin de analizar la virtualidad de esta nueva categoría en la interpretación y aplicación del derecho positivo y, muy en particular, en la garantía de la prohibición de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho. Se presta especial atención a la utilidad de este nuevo concepto para superar algunas limitaciones del derecho discriminatorio, que todavía se encuentra anclado en la identificación de grupos objeto de discriminación y pierde de vista la toma en consideración de situaciones particulares e individualizadas de discriminación y la necesidad de asegurar un ejercicio efectivo de los derechos.

Palabras clave: Vulnerabilidad, discriminación, derecho de la UE, ajuste razonable.

Abstract: In this article, we study the concept of vulnerability carried out from the Philosophy of Law. The main aim is to analyze the virtuality of this new concept in the interpretation and application of law and, in particular, in the prohibition of discrimination. Special attention is paid to the usefulness of this new concept to overcome some limitation of discriminatory law.

Keywords: Vulnerability, discrimination, EU law, reasonable adjustments.

1. Introducción

En los últimos tiempos la expresión vulnerabilidad ha comenzado a calar en el discurso político y cada vez es más frecuente su uso en textos normativos, en documentos programáticos. Las palabras vulnerabilidad, persona vulnerable, situaciones de vulnerabilidad,

son ya expresiones comunes en el discurso político, que han experimentado un renovado interés durante la pandemia provocada por la Covid-19¹. También se observa cómo la propia jurisprudencia, muy en particular la del TEDH, recurre al concepto vulnerabilidad como parte de su argumentación jurídica en casos relativos a la protección de refugiados, detenidos o minorías².

Con todo, lo cierto es que no existe una definición jurídica del concepto de vulnerabilidad, a pesar de que sí ha sido objeto de una profunda reflexión en el campo de la Filosofía del Derecho³. Desde el lenguaje común se suele identificar la vulnerabilidad como la posibilidad de sufrir un riesgo o un daño⁴.

A pesar de esta cierta ambivalencia e indefinición del término, ha de notarse que en el ámbito de la Filosofía del Derecho hace ya tiempo que se viene hablando de la vulnerabilidad como un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos⁵. Sin embargo, este esfuerzo por dotar de contenido al concepto de vulnerabilidad y demostrar su virtualidad para un cambio en el enfoque del ejercicio de los derechos humanos, no ha trascendido todavía al ámbito del derecho positivo. Por ello, se corre el riesgo de que la falta de definición de esta nueva categoría, unida a la proliferación de su uso, pueda desembocar en una utilización vacua de este concepto, que acabe relegándola a una mera expresión de moda, vacía de significado⁶.

Ante este panorama, se impone un estudio detenido del estado de la cuestión en torno a la definición de la vulnerabilidad llevada a cabo desde la Filosofía del Derecho, pero que no se detenga ahí, sino que trate de explorar el impacto que esta nueva categoría

¹ ALENZA GARCÍA, J.F.: “Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, 2019.

² LA BARBERA, M.: “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, pp. 235 y ss. AL TAMIMI, Y.: “The Protection of vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights”, *European Journal of human rights*, 2016/5, pp. 561 y ss.

³ BARRÈRE UNZUETA, A.M.: “Vulnerabilidad vs Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016.

⁴ Así se utilizó inicialmente también en política, como un criterio de gestión del riego. MORONDO TARAMUNDI, D.: “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefinición”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205 y ss. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables” en AA.VV. (coord. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2001, pp. 449 y ss.

⁵ BARRANCO AVILÉS, M.C.: “Derechos Humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos de sexismo y el edadismo”, en AA.VV. (coord.: BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCÁ MUGURZA, C.): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 21, señala que las orientaciones tradicionales se dirigían “casi exclusivamente a la protección de los sujetos vulnerables, desconsiderando su voluntad y descuidando su participación en los procesos políticos en general y en las decisiones que les afectan como grupo o individualmente en especial. Las intervenciones adquieren de este modo un carácter paternalista.”

⁶ ALENZA GARCÍA, J.F.: “Vulnerabilidad ambiental...”, op. cit., p. 5. MORONDO TARAMUNDI, D.: “¿Un nuevo paradigma para la igualdad?...”, op. cit., p. 207.

puede tener en la interpretación y aplicación del derecho positivo y, muy en particular, en la garantía de la prohibición de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho.

Con este objetivo se procederá, en primer lugar, a realizar una aproximación a las características de la vulnerabilidad como nuevo paradigma en la protección de derechos. En este punto, se prestará especial atención a la utilidad de este nuevo concepto para superar algunas limitaciones del derecho discriminatorio, que todavía se encuentra anclado en la identificación de grupos objeto de discriminación y pierde de vista la toma en consideración de situaciones particulares e individualizadas de discriminación y la necesidad de asegurar un ejercicio efectivo de los derechos.

En una segunda parte del estudio, se prestará atención a la recepción de este concepto en la jurisprudencia de la TEDH que, con una cierta indefinición, comienza a utilizar esta nueva categoría en cada vez más resoluciones.

Esta permeabilidad al concepto en las resoluciones del TEDH contrasta con la normativa y práctica judicial en el ámbito de la UE que, como se verá, todavía se centra en el análisis de las categorías y ámbitos tradicionales de discriminación tal y como han sido definidos en el derecho derivado. No ocurre lo mismo, sin embargo, en los documentos programáticos de la UE y en alguna normativa sectorial que comienza a acoger el concepto vulnerabilidad.

Tras este recorrido se tratará de avanzar cuáles son los retos que la normativa en materia de discriminación de la UE afronta para reconocer las situaciones de vulnerabilidad y prevenirlas.

2. Vulnerabilidad: construcción dogmática ante los límites del derecho antidiscriminatorio

Inicialmente, el concepto de vulnerabilidad como categoría jurídica nació asociado al derecho antidiscriminatorio; se observaba que había ciertos grupos que se encontraban en una posición de inferioridad a la hora de ejercer ciertos derechos⁷. Esta constatación justificaría la intervención del Estado a través de políticas dirigidas a estos concretos grupos con el fin de protegerlos. Ahora bien, inicialmente, estas políticas se centraron en la protección de los colectivos tradicionales, tales como niños, mujeres, personas con discapacidad. Es lo que se ha conocido como especificación de derechos que⁸, en un primer momento, sirvió para traspasar los límites de la igualdad formal, pero que, posteriormente, se ha criticado por conducir a la creación de categorías consideradas débiles

⁷ CHURRUCÁ MUGURUZA, C.: "Introducción" en AA.VV. (coord.: BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCÁ MUGURUZA, C.): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 9.

⁸ PECES BARBA, G.: "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, pp. 1 y ss. CORREA CARRASCO, M.: "Los derechos laborales de los grupos vulnerables en el derecho social europeo", en AA.VV. (coord. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.): *La protección de las personas...*, op. cit., pp. 491 y ss.

para las que se arbitraron actuaciones protectoras con el fin de normalizarlas, es decir, de equipararlas al estándar del sujeto que puede ejercer plenamente sus derechos (hombre, blanco, burgués)⁹.

Esta constatación ha llevado a que la vulnerabilidad como categoría jurídica haya sido objeto de una profunda revisión entre la doctrina académica, con el fin de desvincularla de la categoría de grupo y llamar la atención sobre la universalidad de tal concepto. En este sentido, ha de destacarse la aportación de FINEMAN¹⁰ que caracterizó el concepto de vulnerabilidad en torno a cuatro elementos fundamentales: universalidad, constancia, complejidad y particularidad. Para esta autora la vulnerabilidad es una característica inherente a la condición humana y no únicamente vinculada a determinados grupos. Asimismo, la vulnerabilidad es compleja porque se puede manifestar en forma de daños a físicos, puede crear daños en nuestras relaciones con otras personas o con las instituciones.

Por último, la vulnerabilidad es particular porque depende de las características físicas, mentales o de la diferente posición social. Todo esto hace que cada persona, según la teoría de Fineman, tenga diferentes experiencias de vulnerabilidad. La autora insiste en que no resulta aconsejable una aproximación en grupos que pueda conllevar a estigmatizar, sino que hay que conjugar la universalidad del concepto con la particularidad de cada situación de vulnerabilidad.

A partir de aquí, la autora apuesta por un Estado responsable, que arbitre medidas para evitar las situaciones de vulnerabilidad, pero tomando como referente la garantía de una autonomía real en el ejercicio de los derechos, más allá de la acuñada en el marco del estado liberal, que entendía al sujeto individual como libre para el ejercicio de los derechos, sin tener en cuenta diversos condicionantes que determinan que no todos los individuos están en la misma posición a la hora de ejercer tales derechos. Por ello, con el nuevo concepto de vulnerabilidad no se trata ya tanto de eliminar particulares situaciones de vulnerabilidad que conducen a discriminación, sino de adoptar medidas que garanticen un ejercicio real de los derechos, partiendo del reconocimiento de particulares vulnerabilidades¹¹. Se advierte sobre la necesidad de superar el concepto de grupo vulnerable y hablar, en general, de la vulnerabilidad como una característica ínsita al ser humano y susceptible de manifestarse según el momento. En definitiva, se constata que todos somos potencialmente vulnerables dependiendo del contexto.

Este concepto de vulnerabilidad, centrado en su universalidad, ha sido objeto de algunas críticas que advierten del riesgo de invisibilizar algunos elementos clave del sistema de poder que conducen a la vulnerabilidad y que explican la mayor vulnerabilidad de cier-

⁹ Vid. Sobre esta cuestión desde la perspectiva del Derecho del Trabajo: BAYLOS GRAU, A.: “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015, pp. 43 y ss. Vid. También: ROJO TORRECILLA, E. (coord.): *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Huygens, 2015; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (coord.): *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

¹⁰ FINEMAN ALBERTSON, M.: “The vulnerable subject and the responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010 disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1694740

¹¹ MONEREO ATIENZA, C.: “Autonomía y vulnerabilidad en la era del capitalismo de la vigilancia. La perversión de la dimensión humana relacional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2022, pp. 137 y ss.

tos colectivos. En este sentido, se ha apuntado que este planteamiento olvida que la vulnerabilidad tiene su origen en estructuras sociales que crean posiciones de subordinación¹².

Más allá de disquisiciones teóricas, la principal virtualidad de la vulnerabilidad como categoría jurídica es que permite una reinterpretación de la normativa vigente con el fin de evitar cualquier tipo de discriminación y asegurar una auténtica igualdad material. Asimismo, también permite deducir una obligación positiva de los poderes públicos de adoptar medidas efectivas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos en función de su capacidad y circunstancias. Se atisba, por tanto, gracias a esta progresiva acogida del concepto vulnerabilidad, un nuevo avance en las políticas tradicionales en materia de protección contra la discriminación y garantía de la igualdad real en el disfrute de los derechos.

Una vez esbozada, de forma muy sintética, las connotaciones semánticas del concepto de vulnerabilidad y su posible virtualidad jurídica, la cuestión que interesa ahora analizar es cuál está siendo su grado de penetración en el ámbito europeo, qué virtualidad puede tener para avanzar en la tutela antidiscriminatoria de la UE y qué concretas manifestaciones del concepto cabe identificar en la práctica.

3. La recepción del concepto vulnerabilidad en la jurisprudencia del TEDH

Desde hace algunos años el TEDH comienza a referirse al concepto de vulnerabilidad en diversos pronunciamientos; si bien, no cabe todavía identificar una definición de vulnerabilidad en su jurisprudencia, pero utiliza tal categoría como base de su argumentación en cada vez más numerosos pronunciamientos¹³.

Una aproximación exhaustiva a los diversos pronunciamientos del TEDH en los que se hace referencia a la vulnerabilidad desbordaría el objeto de este artículo. Con todo, sí que resulta necesario realizar una aproximación genérica a algunos de los casos más relevantes en torno a este concepto, a las connotaciones que el TEDH anuda a tal concepto y a las funcionalidades para las que lo utiliza.

¹² BARRÈRE UNZUETA, M.A.: “Martha A. Fineman y la igualdad jurídica...”, pp. 29 y ss.

¹³ AL TAMINI, Y.A.: “The protection of vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights”, op. cit., pp. 561 y ss. Lleva a cabo un análisis estadístico de los casos del Tribunal hasta enero de 2014 e identifica 557 casos en los que la Corte ha utilizado el concepto. Recientemente, CATANZARITI, M.: “The juridification of vulnerability in the European legal culture”, *Oñati Socio-Legal Series, Legal culture and empirical research*, vol. 12, núm. 6, 2022, disponible en: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1442>, señala que los casos en los que se utiliza el concepto de vulnerabilidad superan los 2000, p. 1395

PERONNI, L TIMMER, A.: “Vulnerable groups: The promise o fan emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 4, October 2013, realiza un estudio sobre el origen del concepto de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte europea. Vid. también BESSONS, S.: “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme: L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en AA.VV.: *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2014, disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02516199>. Estos autores critican el riesgo de que la corte opte por un concepto de grupo vulnerable sin justificar su construcción y desde un punto de vista paternalista

Ya en el año 1996 en el asunto *Buckley c. Reino Unido*¹⁴, un voto disidente se refirió por primera vez a la situación de vulnerabilidad de los gitanos y a la necesidad de tomar en consideración su particular modo de vida. Posteriormente, en el caso *Chapmain c. Reino Unido*¹⁵ (2001) hubo un voto conjunto de jueces disidentes en el que apuntaban la necesidad de que los Estados facilitaran el modo de vida gitano. En el caso en cuestión los demandantes habían adquirido un terreno e instalado su caravana, sin tener un permiso para ello y fueron desalojados. En pronunciamientos posteriores el TEDH ha reconocido explícitamente la vulnerabilidad de los gitanos como minoría étnica.

A partir de estos primeros pronunciamientos el TEDH ha ido aludiendo a la vulnerabilidad en otros pronunciamientos. Así, se han considerado vulnerables los menores, los solicitantes de asilo, los presos, las víctimas de violencia de género las mujeres embarazadas, personas con discapacidad intelectual o personas con VIH¹⁶.

En estos pronunciamientos el TEDH se refiere a la necesidad de tener en cuenta la situación de vulnerabilidad del demandante, sin detenerse demasiado en la definición del concepto. En general, el TEDH tiende a utilizar el concepto de vulnerabilidad referido a un grupo que, por razones de carácter físico (enfermedad mental), sociales o culturales (minorías) o institucionales (detenidos o solicitantes de asilo), se encuentran en una condición de inferioridad, que hubiera requerido una atención específica por parte de las autoridades nacionales.

Con todo, comienza a haber pronunciamientos en los que más allá de la vulnerabilidad ligada a la pertenencia al grupo, el TEDH comienza también a atender la particular situación de la persona demandante. Así, en el caso B.S.C. contra España, la demandante, una prostituta negra en situación irregular, considera que había sido objeto un trato inhumano y degradante por parte de las autoridades policiales y de las instancias judiciales, debido a su condición de mujer, que ejerce la prostitución¹⁷. El Tribunal en este caso entendió que concurría una violación del art. 3 del Convenio en relación con el art 14 debido a que las autoridades españolas no habían realizado una investigación efectiva del incidente, teniendo en cuenta las actitudes racistas alegadas por la demandada. El Tribunal, por primera vez, parece tener en cuenta la concurrencia de una discriminación múltiple que da lugar a particular situación de vulnerabilidad de la mujer, motivada por su condición de mujer, negra y ejerciente de la prostitución. En concreto señala en el

¹⁴ Demanda 20348/92, de 25 de septiembre de 1996

¹⁵ Demanda. 27238/95. De 18 de enero de 2001

¹⁶ Vid.: AL TAMINI, Y.: “The protection of vulnerable Groups...”, pp. 563 y ss; BESSON, S.: “La vulnerabilité dans la jurisprudence...”, op. cit., p. 81 y ss, recoge una tabla estadística en la que identifica el número de asuntos en los que se aborda la vulnerabilidad por categorías y se sitúa en primer lugar los detenidos, seguidos de los menores y las minorías territoriales y las personas con discapacidad intelectual. BARBERA, M.: “La vulnerabilidad como categoría en construcción...”, op. cit., pp. 241 y ss; DICONTI, E.: “La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Ars Interpretandi*, vol. 7, nº2, 2018, pp. 13 y ss.

¹⁷ Asunto nº 47159/08, de 25 de julio de 2012. Comentada por ABRIL STOFFELS, R.: “ El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero7abril, 2013, pp. 309 y ss.

apartado 71 de la sentencia que: “A la luz de los elementos de prueba proporcionados en este caso, el Tribunal estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las Autoridades faltaron así a la obligación que les incumbía, en virtud del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos”.

Con anterioridad, en el caso en el caso Muñoz Díaz c. España¹⁸, el TEDH tuvo oportunidad de adoptar también un enfoque más particularizado, teniendo en cuenta la condición de mujer, gitana y dependiente económicamente del marido, sin embargo, el Tribunal resolvió el asunto atendiendo únicamente a la vulnerabilidad de la minoría gitana y a la necesidad de tomar en consideración su particular modo de vida¹⁹.

Cabe concluir, en suma, que en los pronunciamientos del TEDH se ha aumentado la toma en consideración de la vulnerabilidad en la interpretación de posibles violaciones del Convenio, si bien, el Tribunal no se detiene demasiado en la construcción del concepto, limitándose, por el momento, a identificar grupos que por diversos motivos pueden tener la condición de vulnerables.

Constatada la progresiva recepción de esta nueva categoría en los pronunciamientos del TEDH, la siguiente cuestión que se nos plantea es cuál es la aportación de este nuevo concepto en la interpretación del Convenio o, dicho de otro modo, con qué objeto recurre el TEDH a esta categoría de vulnerabilidad. En primer lugar, cabe concluir que el recurso a la categoría de vulnerabilidad permite al TEDH expandir las causas de discriminación recogidas en el art. 14 CEDH. Por otro lado, el recurso a esta técnica estrecha el margen de los Estados miembros para justificar un posible trato diferente²⁰. Por último, el recurso a la vulnerabilidad sirve al TEDH para sacar a la luz la falta de actuación de los Estados para arbitrar medidas protectoras de los grupos o personas en situación de vulnerabilidad²¹. En general, en los pronunciamientos se acabó concluyendo que el Estado no actuó de forma adecuada atendiendo a la situación de vulnerabilidad, lo que, en la mayoría de las ocasiones, esconde la falta de medidas efectivas para paliar la situación de vulnerabilidad²².

¹⁸ Asunto nº 49151/07, de 8 de diciembre de 2009.

¹⁹ REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. “, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251 y ss, entiende que el caso se debería haber abordado desde la óptica de la discriminación múltiple.

²⁰ ARNARDÓTTIR, O.M.: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. Innovation or Business as Usual?”, *Oslo Law Review*, vol. 4, nº3-2017, P. 165; CATANZARITI, M.: “The juridification of vulnerability in the European legal culture”, op. cit.

²¹ BESSONS, S.: “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme: L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” op. cit., pp. 73 y ss; DICONTE, E.: “La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo”, op. cit. pp. 18 y ss.

²² LA BARBERA, M.: “La vulnerabilidad como categoría...”, op. cit., p. 243 y 244 echa en falta que en la argumentación del Tribunal no se contemplen de manera explícita las medidas que se espera que el Estado adopte.

4. La recepción del concepto de vulnerabilidad en la normativa antidiscriminatoria de la UE y en la jurisprudencia del TJUE

4.1. Discriminación en el Derecho de la UE: ausencia de constitucionalización y la limitada eficacia como principio general

La primera referencia a la discriminación y a su prohibición se contiene en el art. 119 del Tratado de Roma CEE de 1967 y se refiere precisamente a la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo. Con anterioridad, los tratados fundacionales de la CECA reconocían con una motivación marcadamente económica, fundada en la necesidad de consecución de los objetivos del mercado único, la prohibición de discriminación en el acceso a los recursos económicos y en la remuneración y condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales e inmigrantes²³.

Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam introdujo el art. 6 A en el TCE que permitía la adopción de medidas adecuadas para “luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”²⁴. Este artículo, como posteriormente se verá, ha permitido el desarrollo de un nutrido grupo de Directivas en materia de discriminación.

Finalmente, el art. 6 del TUE, tras la redacción dada por el Tratado de Lisboa, contempla la adhesión expresa al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y señala que los derechos fundamentales en él garantizados forman parte del Derecho de la UE como principios generales. Por otro lado, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados a los derechos libertades y principios de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, si bien, el art. 51.1. de la propia Carta señala que sus disposiciones se dirigen a las instituciones y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Tanto el Convenio Europeo como la Carta de Derechos Fundamentales en términos prácticamente idénticos recogen la prohibición de discriminación. Así, el art. 21.1 de la Carta prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o

²³ Un esclarecedor recorrido por este devenir normativo en: MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 30 y ss. Vid también: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, edición 2018, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_law_spa.pdf, pp. 21 y ss.

²⁴ En su redacción actual, art. 19, TFUE, señala lo siguiente: “1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”.

convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Por su parte, el art. 14 del CEDH prohíbe la discriminación y señala 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 una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Se observa cómo tanto la Carta como el Convenio Europeo definen en términos amplios las posibles causas de discriminación, dando cabida a nuevas categorías más allá de las tradicionales vinculadas al sexo o a la raza. Además, ambos textos recogen una prohibición genérica de toda discriminación que puede permitir tomar en consideración nuevos factores de discriminación.

Con todo, el problema en lo referido específicamente al Derecho de la UE es su limitado valor. La recepción expresa que realiza el art. 6 del TUE de la Carta de Derechos Sociales y el reconocimiento como principios generales de los Derechos fundamentales reconocidos en el Convenio, han facilitado el camino ya iniciado con anterioridad por el TJUE para incorporar los derechos fundamentales al acervo comunitario, aunque sea a través de la interpretación judicial del derecho derivado. Sin embargo, el propio TJUE ha señalado que el principio de no discriminación en los términos descritos por la Carta solo puede aplicarse en el ámbito de las competencias de la UE²⁵. Se echa en falta, por ello, la falta de incorporación al derecho originario de la UE de un catálogo con los derechos fundamentales y libertades básicos, que, de alguna manera, sirviera para visibilizar y armonizar las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros²⁶.

4.2. Derecho derivado de la UE: de las primeras Directivas en materia de empleo y discriminación por razón de sexo a la frustrada propuesta de Directiva horizontal

El bloque de derecho derivado de la UE en materia de discriminación tuvo un ámbito de aplicación limitado. Las primeras directivas en la materia se limitaron a recoger de forma muy parca la prohibición de discriminación y, tal y como se ha visto, se circunscribían básicamente al ámbito del empleo y protección social y al sexo y género como factores fundamentales de discriminación circunscribió inicialmente al ámbito del empleo y de la protección social y a la discriminación por razón de género como única causa contemplada²⁷. Habrá que esperar a la denominada segunda generación de Directivas,

²⁵ STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, *Aklagaren y Hans Akerberg Fransson* y, más recientemente, de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) y Kommunernes Landsforening (KL)*.

²⁶ VALDÉS DAL RÉ: “Constitucionalismo laboral europeo”, en AA.VV.(dir.: CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 21 y ss.

²⁷ En esta época han de destacarse las siguientes Directivas:

emanadas a partir del año 2000, para que se acogieran nuevas causas de discriminación en diferentes ámbitos.

Se incluyen en este grupo la Directiva 2000/43, 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 étnico. Se centra esta Directiva en una de las causas tradicionales de discriminación, la vinculada a la raza, pero con el objetivo ambicioso de prohibir las conductas discriminatorias en ámbitos que trascienden el empleo. El artículo 3 incluye dentro de su ámbito de aplicación el acceso a la orientación profesional, afiliación en organizaciones de trabajadores o profesionales, la protección social en sentido amplio, ventajas sociales, educación bienes y servicios disponibles, incluida la vivienda.

En segundo lugar, ha de mencionarse la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta Directiva se circunscribe al ámbito del empleo y la ocupación, pero amplía las causas de discriminación, reconociendo la discriminación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual. Ha de destacarse que esta Directiva incluye por primera vez la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad y contempla expresamente la denegación de ajuste como una conducta discriminatoria y prohibida.

Por su parte, la Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres el acceso a bienes y servicios y su suministro, vuelve a una de las causas tradicionales de discriminación, pero amplía el ámbito de protección más allá del empleo.

En este recorrido normativo, aunque no se trata de una directiva en materia de discriminación, ha de mencionarse la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores. Esta Directiva supone un avance significativo en el haz de derechos en materia de conciliación. Si bien, llama la atención que la Directiva pierde la oportunidad de clarificar

Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo a la formación y a la promoción profesionales ya a las condiciones de trabajo.

Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos

Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre, sobre igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social.

Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes no profesionales de seguridad social

Directiva 92/85 del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

La Directiva 2006/54, del Parlamento y el Consejo de 5 de julio refundió las principales directivas mencionadas.

si las represalias por el ejercicio de estos derechos pueden constituir una causa específica de discriminación o han de considerarse una discriminación por razón de género. Sobre esta cuestión la Directiva simplemente se limita a exigir la adopción por los Estados de las medidas necesarias para prohibir los tratos menos favorables derivados del ejercicio de los permisos de conciliación²⁸.

El último y frustrado capítulo en estas actuaciones normativas en materia de discriminación lo representa la propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual²⁹. Esta Directiva tenía como objetivo ampliar la protección por discriminación en ámbitos nuevos, no protegidos por las Directivas anteriormente mencionadas. Así se pretendía aplicar la prohibición de discriminación por los motivos señalados en ámbitos como la protección social, beneficios sociales educación, acceso y suministro de bienes. Además, en lo referido a las personas con discapacidad, se extendía la obligación de adoptar medidas necesarias, incluido el ajuste, para garantizar un acceso no discriminatorio a la protección social, beneficios sociales, asistencia sanitaria, educación y acceso y suministro de bienes, incluidos vivienda y transporte.

4.3. La resistencia del TJUE al reconocimiento de nuevas causas de discriminación

De acuerdo con el marco normativo brevemente descrito, resulta que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE prohíbe en términos amplios cualquier tipo de discriminación y relaciona un amplio elenco de causas de discriminación, entre las que se incluyen las tradicionales asociadas al género o a la raza, pero también otras más novedosas vinculadas con el patrimonio o nacimiento.

El Derecho derivado de la Unión no se ha mostrado tan ambicioso en su regulación y, aunque paulatinamente se ha extendido la protección en materia de discriminación a nuevos ámbitos, más allá del empleo y condiciones de trabajo y a nuevas causas, no existe una regulación que con carácter general consagra la prohibición de discriminación por cualquier circunstancia.

Tampoco el TJUE se ha mostrado abierto a una interpretación amplia de las causas de discriminación, que permita la acogida de nuevas situaciones de discriminación. Esta interpretación estricta se observa tanto en la interpretación de las propias directivas como en la valoración del alcance aplicativo del principio general antidiscriminatorio recogido en el vigente art. 19 TFUE y de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE

En diferentes ocasiones el TJUE ha señalado que el principio general de prohibición de discriminación por los motivos recogidos en el art. 19 TFUE ha de interpretarse únicamente en el marco del Derecho de la UE y que, en consecuencia, no cabe extrapolar

²⁸ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución d ellos derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, 2023, pp. 52 y ss.

²⁹ De 2 de julio de 2008. COM (2008) 426 final.

sus efectos a situaciones no amparadas por una Directiva de referencia. Así lo señaló el Tribunal en su sentencia de 23 de septiembre de 2008, asunto C-427/06, *Bartsch*,³⁰. También en cuanto a la virtualidad aplicativa de la prohibición de toda discriminación contemplada en el art 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, el TJUE se ha mostrado prudente en cuanto a la necesidad de que exista un punto de conexión con el Derecho de la UE³¹, es decir, que las disposiciones de la Carta y en concreto el principio general antidiscriminatorio se han de aplicar en un supuesto englobado dentro del Derecho de la UE³².

Por otro lado, a la hora de interpretar las causas de discriminación tal y como son definidas en las Directivas, el TJUE también se ha mostrado restrictivo. Resulta muy representativa al respecto la jurisprudencia emanada en torno a la discriminación por razón de discapacidad, en la que se señala que no cabe la ampliación del campo de aplicación de la Directiva 2000/78 a supuestos similares, y ello a pesar de que se alegue expresamente que el principio de no discriminación forma parte de los principios generales de los derechos fundamentales. Así, en la STJUE, asunto C-13/05, *Chacón Navas*, de 11 de julio de 2006, señala expresamente que el principio de no discriminación: “vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (...) pero de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse...”.

Este entendimiento estricto de las causas de discriminación contrasta, tal y como se verá a continuación, con el reconocimiento expreso de la discriminación por razón de asociación, que ha permitido extender la tutela de las directivas en materia de discriminación a personas no incluidas expresamente en el grupo protegido.

4.4. La recepción por el TJUE de nuevas técnicas de protección: la discriminación por razón de asociación

El TJUE se ha mostrado más abierto en lo que se refiere al acogimiento de las posibles variables de la discriminación. Ya en sus primeras sentencias fue cincelandando a lo largo de pronunciamientos que se han erigido en auténticos referentes los conceptos de discriminación directa e indirecta, que luego han sido recogidos expresamente en las Directivas emanadas a partir del año 2000³³.

³⁰ Vid. Sobre esta cuestión: CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico”, en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea*, op. cit., pp. 318 y ss.

³¹ Conexión que se ha interpretado en sentido amplio, respecto de una disposición nacional que no respecta la Directiva 2000/78, una vez que había vencido el plazo de transposición, STJUE de C-555/07, *Kücük-deveci*, de 19 de enero de 2010. Si bien, en todo caso, se exige esa cierta conexión con el derecho nacional.

³² Vid. CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad y prohibición...”, op. cit., pp. 322 y ss. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE” en AA.VV.: *Derecho Social...*, op. cit., pp. 51 y ss.

³³ STJUE, C-171/88, Ingrid Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG, 13 de julio de 1989; C-184/89, Helga Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg, 7 de febrero de 1991; C-33/89, Maria Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg, 27 de junio de 1990. TJUE, C-343/92; M. A. Roks, señora

El culmen en este proceso de reconocimiento de las más diversas formas de discriminación, se encuentra en la expresa acogida por el Tribunal de la prohibición de discriminación por razón de asociación y ello a pesar de que no se contempla expresamente en ningún texto normativo³⁴. Este reconocimiento ha permitido una extensión subjetiva del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de discriminación sin ampliar el elenco de las causas de discriminación, al que tal y como se acaba de examinar el TJUE, se muestra reticente.

La sentencia *Coleman* ha sido la que ha otorgado carta de naturaleza a esta nueva forma de discriminación en un caso relacionado con la discriminación por razón de discapacidad³⁵. El objeto del litigio se centraba en dirimir si la Señora *Coleman*, madre de un menor con discapacidad, había sido objeto de una situación de discriminación en su trabajo por motivo de la discapacidad de su hijo, que requeriría cuidados constantes de la demandante. En este supuesto, la trabajadora consiguió acreditar una serie de actuaciones de su empresa denegatorias de determinados permisos y de medidas de flexibilidad e incluso situaciones en las que se llegaron a formular comentarios insultantes. El Tribunal concluyó que la Directiva 2000/78 ha de interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa y acoso que establece en sus artículos 1 y 2 “no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas” y que, cuando se acredite que la diferencia del trato o el acoso están relacionados con la discapacidad de un hijo suyo, el trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa y de acoso.

Con esta sentencia el Tribunal ha acogido una protección de la discapacidad centrada en la causa de la discriminación y no en la pertenencia a un determinado colectivo. Esta interpretación permitió “ampliar la protección a toda persona perjudicada por una conducta motivada en una causa discriminatoria, sea o no la titular de esta³⁶”.

Este reconocimiento expreso de la discriminación por razón de asociación como forma de discriminación ha estado en la base argumentativa de otras sentencias posteriores referidas a la discriminación por razón de origen étnico (STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14, *CHEZ*, y por razón de sexo, sentencia de 20 de junio de 2019 asunto C-404/18, *Hakelbracht y otros*)³⁷.

de De Weerd, y otros/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros, 24 de febrero de 1994 y S TJUE, C-317/93, Inge Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover, 14 de diciembre de 1995.

³⁴ Vid el excelente trabajo de MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación...*, en especial sobre esta cuestión, vid. pp. 55 y ss. Entre los primeros estudios sobre esta cuestión ha de destacarse: MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo. El caso Coleman como “leading case”, AA.VV.: *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 2012, pp 1099 y ss.

³⁵ STJUE, C- 303/06, *Coleman y Attridge Law, Steve Law*, de 17 de julio de 2008

³⁶ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por razón de asociación...*, p. 65, vid. tb MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo: el caso Coleman como leading case”, op. cit., pp. 1099 y ss.

³⁷ Vid. ampliamente: MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación...*, op. cit., pp. 68 y ss.

Quizás en esta línea de ampliación de las técnicas de tutela quepa esperar en un futuro una extensión de la obligación de realizar ajuste razonable como mecanismo específico para facilitar la integración laboral de colectivos vulnerables. En efecto, por el momento la obligación de realizar ajuste razonable y la consideración como discriminatoria de su denegación, se circunscribe al ámbito de la discapacidad. Sin embargo, la obligación de realizar ajustes razonables puede suponer un mecanismo para garantizar la igualdad sustancial de colectivos que por cualquier circunstancia personal sufran dificultades para su efectiva integración en el mercado laboral.

4.5. Los ajustes razonables: circunscripción al ámbito de la discapacidad y referencias genéricas en materia de libertad religiosa

Tal y como se ha señalado la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, introdujo, por primera vez, en el derecho europeo la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad como una medida necesaria para garantizar la igualdad de trato. El art. 5 de la citada Directiva señala que: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

El TJUE ha tenido oportunidad de analizar en diferentes supuestos el alcance de esta obligación, pero siempre se ha tratado de casos relacionados con la discapacidad³⁸ y ello a pesar de que la técnica del ajuste razonable nació en el derecho canadiense y estadounidense ligada al ejercicio de las libertades religiosas, con el fin de evitar la discriminación de ciertas minorías.

El TJUE se ha mostrado cauto al respecto y solo de forma tangencial cabe encontrar una referencia a la necesidad de realizar medidas de adaptación en su sentencia de 14 de marzo de 2017. En este supuesto se analizaba si la medida empresarial que prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza religiosa es discriminatoria. El Tribunal concluye que, a la luz de las circunstancias concretas del caso, tal medida no es discriminatoria, si bien añade que: “corresponderá al tribunal remitente comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a

³⁸ Cabe mencionar las SSTJUE de 11 de abril de 2013, asuntos C335/11 y C337/11 *HK-Danmark*, de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) *Nobel Plastiques*, de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20) *HR Rail*. Sobre esta cuestión vid. en profundidad: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, Albacete, 2019.

la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido”.

Ciertamente, la posición del Tribunal tiene una explicación lógica, por cuanto la normativa europea solo contempla la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad y no la extiende a otros grupos. Quizás, por ello, tal y como se verá posteriormente, sea necesario un replanteamiento de esta normativa en materia de discriminatoria, que contemple el ajuste, cuando no suponga una carga excesiva, como una obligación para garantizar el ejercicio real y efectivo de determinados derechos para personas que, por su situación de vulnerabilidad, encuentran barreras para su disfrute efectivo.

4.6. La discriminación interseccional: modesta recepción en la legislación de la UE y en la jurisprudencia del TJUE

El enfoque tradicional de la discriminación basado en la pertenencia a un determinado grupo o categoría muestra carencias en situaciones en las que una persona acumula varias circunstancias de discriminación. La constatación de esta realidad llevó ya en el año 1989 a CRENSAW a acuñar el concepto de discriminación interseccional³⁹. En el origen de este concepto se encontró la evidencia de que el colectivo de mujeres negras, sufría una discriminación específica, que no cabía explicarse por la mera suma de su discriminación como mujer y como perteneciente a la minoría negra y que exigía también medidas particulares, centradas en el conocimiento de las características propias de este nuevo tipo de discriminación.

En los textos normativos europeos no se ha acogido este nuevo concepto de discriminación interseccional. Se reconoce simplemente la discriminación por varios motivos y, en consecuencia, la posibilidad de ser discriminado por varias causas, pero no se contempla como categoría específica. Únicamente en los considerandos de las Directivas 2000/43 y 2000/78 se contempla la referencia a que a menudo las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiple⁴⁰.

Por su parte, el TJUE hubo de hacer frente a la cuestión, expresamente alegada, en el asunto C-443/15, *Parris y Trinity College*, de 24 de noviembre de 2016. En este litigio se analizaba una disposición nacional que para acceder a una pensión de supervi-

³⁹ CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intesection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1,1989, pp. 139 y ss. LA BARBERA, MC.: “Intersectionality and its journeys: from counterhegemonic feminist theories to law of european multilevel democracy”, *Investigaciones Feministas*, 2017, 8, pp. 131 y ss. REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, op. cit., pp. 251 y ss.

⁴⁰ Sobre la necesidad de tener en cuenta esa dimensión interseccional de la discriminación vid.: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico (“la Directiva de igualdad racial”) y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (“la Directiva de igualdad en el empleo”), COM 2021 139 final, de 19 de marzo de 2021.*

vencia exigía haber contraído matrimonio antes de que el causante cumpliera 60 años. La cuestión se planteaba por la pareja superviviente que no había podido celebrar una unión civil debido a su condición de homosexual. El Tribunal concluyó que no existía ni discriminación por razón de edad, ni por razón de orientación sexual y que, en consecuencia, tampoco existe una discriminación basada en el efecto combinado de la orientación sexual y de la edad.

Merece destacarse en este punto el carácter pionero de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que acoge una definición normativa del concepto de discriminación intersectorial y lo diferencia de la discriminación múltiple, en la que posteriormente nos detendremos.

5. Concepto de vulnerabilidad en las políticas y normativa sectorial de la UE

5.1. La vulnerabilidad en las políticas exterior e interior de la UE

El concepto de vulnerabilidad ha ido penetrando en los documentos programáticos de la UE, si bien, también con una cierta indefinición y polivalencia dependiendo de las políticas.

Auspiciados por la Comisión Europea se han llevado a cabo dos informes sobre vulnerabilidad y derechos humanos en las políticas de la UE ⁴¹. Estos informes constatan que el concepto de vulnerabilidad varía en función del tipo de política y apuntan una mayor concreción en el ámbito de las políticas internas. En general, señalan que la UE ha apostado por un enfoque de la vulnerabilidad atendiendo a grupos o categorías, entre las que se encuentran menores, minorías, solicitantes de asilo y refugiados, personas con discapacidad y mujeres. Se apunta también a una utilización de este concepto anudada a categorías como discriminación. Se constataba asimismo que, quizás por la vaguedad del concepto de vulnerabilidad, en los últimos años se observa una preferencia de la UE por la utilización de otros términos.

Un análisis más detenido de los documentos programáticos más recientes de la UE permite corroborar este inicial diagnóstico efectuado por el grupo de trabajo.

Así el Marco Estratégico sobre Derechos humanos y democracia en su primer plan de acción de 2012⁴², utilizó la expresión grupos vulnerables y entre las prioridades de la

⁴¹ ABRISKETA, J; CHURRUCA, C; DE LA CRUZ, C.; GARCÍA, L; MÁRQUEZ, C.; MORONDO, D.; NAGORE, M.; SOSA, L; TIMMER, A.: *Human rights priorities in the European Union's external and internal policies: an assessment of consistency with a special focus on vulnerable groups*, Comisión Europea, 2015, disponible en: <https://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/24-Deliverable-12.2.pdf>. CHURRUCA MUGURUZA, C.; GÓMEZ ISA, F; GARCÍA SAN JOSÉ, D.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, A.; MÁRQUEZ CARRASCO, C.; MUÑOZ NOGAL, E.; NAGORE CASAS, M.; TIMMER, A.: *Mapping legal and policy instruments of the EU for human rights and democracy support*, Comisión Europea, 2014, disponible en <https://repository.gchumanrights.org/server/api/core/bitstreams/ebbc656b-88f4-43ca-a8bf-4f0733dfc5ed/content>

⁴² Aprobado el 25 de junio de 2012, disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/es/pdf>

UE en materia de derechos humanos contemplaba la intensificación de los esfuerzos para “garantizar el acceso universal y no discriminatorio a los servicios básicos, con especial atención a los grupos vulnerables y pobres”.

Sin embargo, en el segundo plan de acción del año 2015⁴³, ya no se contiene referencia alguna a la vulnerabilidad⁴⁴ y entre los principales retos en materia de Derechos Humanos se incluyen: “la lucha contra la discriminación, el respeto de la libertad de expresión y la intimidad y la garantía de que se respetan los derechos humanos en los ámbitos de la emigración, el comercio o las políticas de lucha contra el terrorismo”.

El último plan retoma el término de vulnerabilidad dentro del objetivo número uno dirigido a eliminar desigualdades, discriminación y exclusión a situaciones de vulnerabilidad entre las que incluye a los migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, desplazados y apátridas⁴⁵. También en el objetivo número cuatro, centrado en reforzar los derechos socioeconómicos, sociales culturales y laborales, se refiere a la necesidad de evitar desigualdades y combatir la pobreza asegurando el acceso no discriminatorio a los servicios sociales y señala que habrán de tomarse en consideración las necesidades de cuidado de las personas en situación de vulnerabilidad. El objetivo cinco, referido a la garantizar una adecuada aplicación del derecho y de la administración de justicia, apunta a la necesidad de promover un adecuado acceso a la justicia y asistencia legal, centrándose en las personas en situación de mayor vulnerabilidad. Asimismo, en el objetivo relativo a promover la participación en los ámbitos de decisión se persigue promover una ciudadanía activa sin discriminación incluyendo educación cívica a través de plataformas a distancia que tenga en cuenta la situación de grupos como mujeres, niños personas con discapacidad o personas de minorías y, en general, se incluye a cualquier persona en situación de vulnerabilidad. Por último, se contempla como objetivo específico promover el acceso a las tecnologías digitales y se contempla expresamente promover la accesibilidad de estas tecnologías para personas con discapacidad y cualquier otra persona en situación de vulnerabilidad.

En el ámbito de la política interna de la UE existe una mayor concreción del término vulnerabilidad, sin embargo, también se observa que en los últimos años la UE prefiere identificar directamente los grupos que son de atención prioritaria y no detenerse tanto en el concepto de vulnerabilidad.

Ya en la Comunicación de la Comisión Europea 2020 de 3 de marzo de 2010 COM (2010) 2020 final⁴⁶, titulada: “Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, se acogía el concepto de vulnerabilidad referido a los parados, a los que señalaba como un grupo prioritario en la lucha contra la pobreza. Asimismo,

⁴³ Aprobado el 28 de abril de 2015 JOIN (2015)16 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015JC0016>

⁴⁴ Vid. al respecto: ABRISKETA, J. CHURRUCA, C.: *Human rights...*, op. cit., pp. 23 y ss

⁴⁵ Disponible en: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_action_plan_on_human_rights_and_democracy_2020-2024.pdf

⁴⁶ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020>

se refería a la necesidad de aplicar programas de promoción de la innovación social para los más vulnerables, entre los que incluía a las personas con discapacidad e inmigrantes⁴⁷.

El documento de reflexión para una Europa Sostenible de aquí a 2030 que se alinea con los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU⁴⁸, se refiere a la vulnerabilidad en el objetivo número 1 referido al fin de la pobreza, y reconoce entre los colectivos más vulnerables a la pobreza a “los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad, las personas con bajos niveles de educación, los desempleados, los nacidos fuera de la UE, las personas procedentes de comunidades marginadas y las personas que viven en hogares con intensidad laboral muy baja o cuyos miembros ocupan empleos precarios”. También en el objetivo número 10 relativo a reducir la desigualdad se refiere a determinados grupos “marginales y vulnerables” que sufren formas particulares de desigualdad, entre ellos incluye las personas con discapacidad, migrantes y minorías étnicas, con referencia expresa a los gitanos, persona sin hogar, niños y ancianos aislados.

Por último, el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, recoge las áreas en las que es necesario concentrar la acción. Entre las primeras, se recoge la necesidad de crear más y mejores puestos de trabajo y señala expresamente como objetivo prioritario a los jóvenes y personas de baja cualificación, a los que señala como muy vulnerables a las fluctuaciones del mercado laboral, también reconoce como objetivo prioritario el de los autónomos vulnerables que trabajan a través de plataformas. En lo referido a protección e inclusión social recoge como objetivo garantizar la vida digna e incluye expresamente como personas vulnerables a los que están en riesgo de pobreza o de exclusión social. Ahora bien, en el apartado referido expresamente a igualdad, el plan de acción se centra en la identificación de los motivos que la normativa de la UE recoge como discriminatorios: sexo, origen racial, religión etc. Y no hace alusión alguna a la vulnerabilidad como categoría de conjunto. Entre las actuaciones más innovadoras se señalan los planes elaborados para actuar frente al racismo, para asegurar la inclusión de los gitanos y la estrategia para la igualdad de las personas LGBTIG⁴⁹. Estos objetivos se han visto reafirmados por la Declaración de Oporto de 8 de mayo de 2021 en la que los dirigentes europeos señalaban en su punto número 9: “Estamos resueltos a reducir las desigualdades, defender unos salarios justos y luchar contra la exclusión social y la pobreza, asumiendo el objetivo de combatir la pobreza infantil y los riesgos de exclusión

⁴⁷ ABRISKETA, J; CHURRUCA, C; DE LA CRUZ, C.; GARCÍA, L; MÁRQUEZ, C.; MORONDO, D.; NAGORE, M.; SOSA, L; TIMMER, A.: *Human rights priorities...*, op. cit., pp. 132 y ss.

⁴⁸ COM (2019) 22 de 30 de enero de 2019, disponible en https://commission.europa.eu/system/files/2019-03/rp_sustainable_europe_es_v2_web.pdf

⁴⁹ Plan de Acción Antirracismo de la UE para 2020-2025, COM(2020) 565 final, de 18 de septiembre de 2020. Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos para 2020-2030, COM(2020) 620 final, de 7 de octubre de 2020. Plan de Acción sobre Integración e Inclusión, COM(2020) 758 final, de 24 de noviembre de 2020. Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ, COM(2020) 698, de 12 de noviembre de 2020.

de grupos sociales especialmente vulnerables, como los desempleados de larga duración, las personas mayores, las personas con discapacidad y las personas sin hogar”.⁵⁰

Este recorrido por los diferentes documentos programáticos de la UE, permite confirmar la falta de un concepto genérico de vulnerabilidad en el ámbito de las políticas de la UE. En los documentos programáticos la UE tiende a identificar, en función de objetivos concretos, los grupos vulnerables (menores, mujeres, minorías...) y las situaciones de vulnerabilidad (parados, detenidos, solicitantes de asilo). En el ámbito de las políticas en materia social se observa una mayor concreción de los colectivos que se consideran más vulnerables (se habla de trabajadores jóvenes, trabajadores de cierta edad).

En cuanto a los objetivos perseguidos por estas políticas se observa que el principal objetivo es priorizar los ámbitos de intervención. En general, con la caracterización de estos colectivos como vulnerables se pretende definir los grupos prioritarios de actuación para la UE con el objetivo fundamental de prevenir y de paliar esas particulares situaciones de vulnerabilidad. Se echa en falta, no obstante, un enfoque centrado en garantizar la autonomía de estos grupos vulnerables en el ejercicio de sus derechos, sería necesario incorporar una filosofía que trate de capacitar a estos grupos y superar las políticas basadas en la protección⁵¹.

5.2. La vulnerabilidad en la normativa sectorial de la UE

Descendiendo al plano normativo, existen diversas normas sectoriales que se refieren al concepto de vulnerabilidad y que contemplan medidas para prevenir y paliar este tipo de situaciones.

En el ámbito del consumo se ha realizado en los últimos años un importante esfuerzo para identificar aquellos consumidores y usuarios que requieren medidas de tutela para evitar abusos en la contratación o para garantizar su acceso a bienes de primera necesidad; hasta el punto de que en este ámbito se ha conseguido incluso una definición de consumidor vulnerable. A este respecto, la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, en su art. 3. 5 señala “Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables, incluidas medidas que les ayuden a evitar la interrupción del suministro”. También el Reglamento 994/2010, de 20 de octubre de 2010 sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas, se refiere a determinados clientes como particularmente vulnerables. La reciente Directiva (UE) 2019/2161 de 27 de noviembre, que modifica directivas anteriores en materia de protección del consumidor se refiere a las personas de edad avanzada como consumidores vulnerables.

⁵⁰ Disponible <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/>

⁵¹ ABRISKETA, J; CHURRUCA, C; DE LA CRUZ, C.; GARCÍA, L; MÁRQUEZ, C.; MORONDO, D.; NAGORE, M.; SOSA, L; TIMMER, A.: *Human rights priorities ...*, op. cit., pp. 145 y ss

En esta línea, la reciente Comunicación de la Comisión de 13 de noviembre de 2020, COM (2020) 696 final, titulada: “Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible”, tiene como objetivo específico abordar la vulnerabilidad de los consumidores y señala que la vulnerabilidad puede deberse: “a circunstancias sociales o a características particulares de consumidores individuales o grupos de consumidores, tales como su edad, género, estado de salud, alfabetización digital, capacidad de cálculo o situación económica”.

Otro de los ámbitos en los que tempranamente se llegó a una caracterización de las personas vulnerables es el relativo a la política exterior de protección de refugiados y solicitantes de asilo. La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, dedica su capítulo IV a disposiciones para personas vulnerables, y en su art. 21 considera como tales a: “menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, víctimas de la trata de seres humanos, personas con enfermedades graves, personas con trastornos psíquicos y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como las víctimas de la mutilación genital femenina”. En los mismos términos define las personas vulnerables la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Por su parte la Directiva 2005/85, del Consejo de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, en su art. 13, relativo a los requisitos de una audiencia personal dispone que los Estados “asegurarán que la persona que vaya a celebrar la audiencia es suficientemente competente para tener en cuenta las circunstancias personales o generales que rodean la solicitud, incluidas las raíces culturales del solicitante o su vulnerabilidad , en la medida en que sea posible hacerlo”.

Por último, el concepto de vulnerabilidad adquiere connotaciones específicas en el derecho del medio ambiente. Merece destacarse en este ámbito el Acuerdo de París de 2015, que reconoce la vulnerabilidad de las personas en materia ambiental y también de los ecosistemas y en cuyo art. 7 se fija como objetivo fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con miras a contribuir al desarrollo sostenible⁵².

⁵² FORTES MARTÍN, A.: “Hacia un derecho ambiental ‘agravado’ y de excepción para hacer frente a la vulnerabilidad climática” en AA.VV. (dir.: SORO MATEO, B., JORDANO FRAGA, J y ALENZA GARCÍA, J.F.): *Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática en tiempos de emergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 155 y ss. ALENZA GARCÍA, J.F.: “Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática”, op. cit.

6. La vulnerabilidad como un nuevo paradigma. Retos para la modernización de la normativa antidiscriminatoria de la UE

6.1. Las aportaciones de la vulnerabilidad para la modernización del derecho antidiscriminatorio

La construcción de la categoría de vulnerabilidad pretende superar el enfoque tradicional basado en la identificación de determinadas categorías como grupos potencialmente vulnerables. Esta aproximación enmascara que dentro de estos grupos existen categorías particularmente discriminadas. Además, estos grupos tradicionalmente identificados como susceptibles de ser discriminados no contemplan ciertas categorías de personas que en un determinado momento pueden ser víctimas de discriminación.

Por otro lado, el concepto de vulnerabilidad llama la atención sobre las dificultades para el ejercicio de los derechos derivadas de situaciones concretas. Se pretende superar el dogma liberal de la autonomía en el ejercicio de derechos, poniendo de manifiesto la existencia de situaciones que impiden un ejercicio real de determinados derechos. Se trata de hacer ver que el modelo de relaciones sociales e institucionales está basado en una serie de estándares históricamente asentados que no toman en consideración las dificultades de determinados colectivos o de determinadas personas en una situación particular. La constatación de esta realidad aconseja adoptar una serie de medidas para remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de los derechos.

Partiendo de estas premisas, resultaría necesario que la normativa en materia de discriminación permitiera una cierta individualización de las situaciones de discriminación, que tomara en consideración el riesgo de una persona de sufrir un daño y la falta de recursos para evitarlo y no tanto su pertenencia a un grupo. Este enfoque permitiría acoger causas de discriminación no vinculadas necesariamente a la pertenencia a un colectivo y también permitiría tener en cuenta situaciones particulares y específicas motivadas por una acumulación de factores de discriminación. Por otro lado, sería también necesario permitir una ampliación del tipo de tutela, más allá de la tradicional prohibición de la práctica discriminatoria, con el objetivo de contemplar medidas dirigidas a remover obstáculos concretos en el ejercicio de los derechos.

Del análisis efectuado cabe concluir que el desarrollo conceptual del término vulnerabilidad no se ha traducido en un abordaje normativo concreto en el ámbito de la UE. Por el momento, los textos normativos solo recogen referencias aisladas a la vulnerabilidad, acuñadas para objetivos específicos. En los textos no vinculantes de la UE se contienen referencias a la vulnerabilidad, todavía centradas en grupos y asociadas generalmente a objetivos estratégicos de carácter genérico. Tampoco el TJUE ha acogido un enfoque interpretativo, a diferencia de lo que está ocurriendo en el TEDH, sobre la vulnerabilidad y sus posibilidades aplicativas. La jurisprudencia en materia antidiscriminatoria del TJUE se sigue centrando en las causas tradicionales de discriminación acogidas por el bloque de Directivas en materia de discriminación. Con todo, se percibe una cierta apertura del TJUE para el reconocimiento de nuevas causas de discriminación, por

ejemplo, las basadas en enfermedades limitantes, y también de nuevas formas de discriminación como la discriminación por asociación o la discriminación por denegación de ajustes razonables.

Esta apertura del TJUE contrasta con un cierto estancamiento de la normativa europea en este sentido⁵³. Tras unos pasos iniciales centrados en la prohibición de discriminación por razón de género en el ámbito del empleo, han ido adquiriendo carta de naturaleza otras causas de discriminación como la raza, la orientación sexual, la discapacidad y se han abierto nuevos ámbitos para evitar la discriminación, más allá del empleo. Sin embargo, por el momento esta normativa se centra en factores de discriminación muy concretos. Resulta llamativo que no se haya conseguido aprobar la Directiva del año 2008 que pretendía ampliar la tutela de las situaciones de discriminación a ámbitos distintos al empleo. Más lejos está de tener un reconocimiento expreso la discriminación múltiple o interseccional.

Teniendo en cuenta este diagnóstico, se esbozan a continuación algunos de los principales retos que han de afrontarse en la revisión de la normativa antidiscriminatoria.

6.2. La virtualidad de un enfoque basado en la vulnerabilidad para la apertura a nuevas situaciones de discriminación y exclusión y sus limitadas posibilidades en el ámbito europeo

La adopción de un enfoque basado en la vulnerabilidad permitiría una aproximación individualizada y dinámica a las circunstancias particulares de la discriminación. En efecto, sería posible la toma en consideración de particulares y, en ocasiones, agravadas situaciones de discriminación, cuando concurren varios factores de discriminación o cuando se dan situaciones específicas de discriminación en contextos diferenciados. Asimismo, este enfoque basado en la vulnerabilidad permitiría acoger la dinamicidad propia de la discriminación, como realidad variable dependiendo de las concretas circunstancias tanto objetivas, como subjetivas.

La cuestión es si desde un punto de vista jurídico, no político, existen bases que permitan acoger este nuevo paradigma de la vulnerabilidad en la interpretación del derecho europeo, tal y como viene ya sucediendo en el ámbito del TEDH.

Por el momento, en el ámbito de la UE, parece que una acogida expresa de la vulnerabilidad, como situación de discriminación, choca con la limitada virtualidad aplicativa que el TFUE otorga a la Carta de Derechos Sociales y el condicionamiento de su integración como instrumento interpretativo al ámbito del derecho derivado de la UE. Tal y como se ha visto, la Carta formula en términos amplios la prohibición de todo tipo de discriminación, sin embargo, el alcance de este principio se reduce a la interpretación del propio derecho derivado de la unión y es aquí donde se encuentra el principal obstáculo para una efectiva integración de este nuevo paradigma al derecho

⁵³ LA BARBERA, M.C.. “Intersectionality and its journeys: from counterhegemonic feminist theories to law of european multilevel democracy”, op. cit., 131 y ss.

antidiscriminatorio. En la medida en que el derecho derivado en materia antidiscriminatoria se circunscribe a las causas más asentadas de discriminación (género, religión, discapacidad, etc.), resulta difícil una incorporación en la argumentación del Tribunal de este nuevo enfoque basado en la identificación de situaciones de vulnerabilidad. Con todo, existe una cierta esperanza por cuanto el desarrollo normativo de carácter sectorial en ámbitos diferentes al del derecho discriminatorio, tales como el derecho del consumo, derecho ambiental o protección social comienza a reconocer la vulnerabilidad como categoría jurídica.

6.3. El reconocimiento de la vulnerabilidad y la ampliación de las técnicas de tutela: el ajuste razonable

La segunda gran aportación de un enfoque basado en la vulnerabilidad tiene que ver con la ampliación de las técnicas de tutela para la garantía de la igualdad efectiva.

Desde el punto de vista de la praxis judicial, la respuesta frente a las situaciones de discriminación se ha centrado en la prohibición de la conducta o situación discriminatoria, la declaración, en su caso, de la nulidad y el reconocimiento de una reparación.

La contemplación expresa de la vulnerabilidad como una característica individual susceptible de ser sufrida por cualquier persona, también permitiría la adopción de técnicas como la del ajuste razonable, como mecanismo para evitar situaciones de discriminación, motivadas por circunstancias o características personales, susceptibles de ser salvadas como medidas de adaptación que no representaran cargas excesivas. Esta técnica del ajuste como herramienta de tutela antidiscriminatoria, por el momento solo se reconoce de forma expresa en materia de discapacidad.

La principal virtualidad de la extensión del ajuste razonable como obligación dirigida bien a los Estados, bien a los sujetos privados, radica en que permite, siempre que no suponga una carga excesiva, remover un obstáculo concreto que impide a una persona por su situación de vulnerabilidad el ejercicio pleno de determinados derechos. El ejemplo paradigmático es el de las personas con discapacidad. En estos casos las medidas tradicionales de prohibición de discriminación directa o de remoción de las situaciones de discriminación indirecta pueden no ser suficientes para facilitar a una persona determinada el ejercicio de derechos como, por ejemplo, el acceso al empleo.

El caso de las personas con discapacidad es el ejemplo más representativo de la necesidad de superar el enfoque tradicional basado en el universalismo e igualitarismo en el ejercicio de los derechos⁵⁴. En efecto, este enfoque tradicional parte de un modelo normal, estándar de persona y a partir de ahí diseña el haz de derechos. El nuevo modelo social de abordaje de la discapacidad pone, sin embargo, el foco en los obstáculos que las propias estructuras sociales entrañan para el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad y en la necesidad de que sean removidos. Desde esta perspectiva,

⁵⁴ BARRANCO AVILÉS, M.C.: “Derechos humanos y vulnerabilidad...”, op. cit., pp. 22 y ss.

el ajuste razonable se presenta como la solución para atender una concreta circunstancia particular y asegurar la autonomía en el ejercicio de determinados derechos⁵⁵.

Por ello, esta herramienta puede ser de suma utilidad no solo para garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad, sino también, para atender a otros colectivos vulnerables o en situación de vulnerabilidad. Un claro ejemplo de medidas de ajuste lo representan las medidas que facilitan la conciliación de la vida laboral y familiar. La legislación positiva ha contemplado de forma expresa cuáles han de ser estas mínimas medidas de conciliación, pero cabría contemplar otras medidas al margen de las expresamente previstas, siempre que fueran razonables. Asimismo, cabría plantearse que en determinadas situaciones de mayor vulnerabilidad (familias monoparentales, por ejemplo) se exigieran medidas de ajuste adicionales a las expresamente previstas.

También las medidas de ajuste pueden tener un importante desarrollo para atender situaciones particulares relacionadas con la edad o con la enfermedad o, incluso, con las dificultades que plantea la denominada brecha digital para el desarrollo pleno de ciertos derechos.

Se trata, en fin, de un debate abierto pero que merece ser abordado con el fin de seguir dando pasos para que la normativa antidiscriminatoria consiga también el objetivo transformador de las estructuras sociales que provocan las situaciones de discriminación.

6.4. La vulnerabilidad como objetivo de las políticas públicas

La adopción de un enfoque basado en la vulnerabilidad tendría como objetivo no solo proteger a los colectivos vulnerables frente a situaciones de discriminación, sino reforzar sus capacidades en todos los ámbitos de actuación; es lo que se conoce como resiliencia para los más vulnerables. Este enfoque requeriría de políticas públicas específicas, en atención a las heterogéneas situaciones de vulnerabilidad.

En el ámbito legislativo interno sí se ha ampliado el catálogo de actuaciones para la garantía de la igualdad y, en general, en la mayoría de los países se arbitran programas de actuación específicos para prevenir las discriminaciones, para proteger a los vulnerables y para empoderar la situación de estos colectivos.

En el marco de la UE, tal y como se ha visto, también se han dado pasos en determinadas normativas sectoriales. También la vulnerabilidad está presente en los documentos programáticos de la UE.

Todas estas políticas públicas se centran, tal y como se ha visto, en ámbitos consolidados como el de protección en materia de empleo, consumo o en situaciones de pobreza y exclusión.

En este punto, ha de reconocerse que los limitados recursos públicos hacen necesaria una selección de los colectivos que son objeto de atención y respecto de los cuales se considera necesario paliar la situación de vulnerabilidad. En estos casos la corriente

⁵⁵ LAWSON, A.: *Disability and equality Law in Britain. The role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, 2008.

dogmática partidaria de identificar grupos vulnerables y no señalar a la vulnerabilidad como condición universal, resulta muy útil, por cuanto permite seleccionar los colectivos de prioritaria atención.

7. Los avances en la normativa española: la ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y la no discriminación

La reciente aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, ha supuesto un punto de inflexión en la evolución de la normativa en materia antidiscriminatoria en España. Por primera vez, se aprueba una normativa en materia de igualdad que no se circunscribe a un ámbito concreto, como el del empleo, ni a un factor concreto de discriminación, como la discapacidad o el sexo y el género.

Se trata, por tanto, de una norma, como ella misma se define, integral, que pretende abordar la igualdad y no discriminación en todos los ámbitos y por un elenco de causas que va más allá del recogido en el art. 14 CE.

En lo que aquí interesa, la norma supone un avance hacia ese modelo moderno de normativa antidiscriminatoria, que tome en consideración grupos y situaciones de vulnerabilidad, incluso de especial vulnerabilidad, y que supera la concepción universalista en el ejercicio de los derechos, tomando también en consideración las estructuras sociales, institucionales y económicas que están en el origen de situaciones de discriminación.

Una primera gran aportación de la ley se encuentra en la amplia definición de las causas y factores de discriminación. En su art. 2 señala: “Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Se observa cómo junto a los factores tradicionales de discriminación, se incluyen otros como la identidad sexual o expresión de género, la enfermedad o condición de salud e incluso la predisposición genética. Resulta también innovadora en el acogimiento expreso de la situación socioeconómica como factor de discriminación. Por último, la cláusula final permite tomar en consideración condiciones o circunstancias personales o sociales que puedan generar una situación discriminatoria.

También resulta ambiciosa la norma en la definición en su art. 3 de los ámbitos objetivos de aplicación que van más allá de los tradicionales referidos al empleo o educación. Así incorpora también el acceso a la vivienda, internet redes y aplicaciones móviles o la inteligencia artificial y gestión de datos.

Por otro lado, la norma acoge de forma expresa los conceptos de discriminación por asociación y por error y la discriminación múltiple e interseccional. Se señala que se produce discriminación múltiple cuando una persona sea discriminada simultánea

o consecutivamente por dos o más causas previstas en la ley. La discriminación interseccional tiene lugar cuando concurren o interactúan diversas causas generando una discriminación específica. En ambos casos, la norma advierte que para justificar la discriminación en los términos referidos por su art. 4, esto es porque responde a una finalidad legítima objetiva, adecuada, necesaria y proporcional, ha de realizarse respecto de cada uno de los motivos de discriminación.

Por último, aunque ciertamente de una forma un tanto difusa, el nuevo texto contempla un amplio elenco de políticas públicas en cuyo desarrollo ha de tomarse en consideración la prohibición de discriminación por los diversos factores recogidos en la ley. Así, se incluye la igualdad de trato en el acceso a la vivienda y se contempla el compromiso de promover políticas que favorezcan la autonomía de las personas mayores y con discapacidad (art. 20). Se contempla también la obligación de elaborar políticas que prevengan la segregación residencial.

En el ámbito de la administración de justicia se contempla expresamente la necesidad de favorecer la información y accesibilidad de los grupos especialmente vulnerables (art. 19).

En lo referido a los servicios a través de sitios web y aplicaciones informáticas se alude a la necesidad de facilitar su accesibilidad para las personas con discapacidad y mayores (art. 22).

La norma también acoge la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad. En su art. 4.1 señala de modo genérico que se considera una vulneración del derecho a la no discriminación la denegación de ajustes razonables. Por su parte, el art. 6 define estos ajustes de forma amplia incluyendo las modificaciones y adaptaciones del ambiente físico, social y actitudinal, se va, por tanto, más allá de los ajustes en el ámbito del empleo. Si bien este artículo solo contempla la obligación de realizar estos ajustes respecto de las personas con discapacidad. Se ha perdido en este punto una oportunidad para extender esta obligación a otros colectivos y situaciones. Cabría haberse planteado la oportunidad de extender esta obligación a las personas enfermas, que no tienen la condición de personas con discapacidad, máxime cuando la ley acoge de forma expresa la enfermedad como causa de discriminación.

Bibliografía:

- ABRIL STOFFELS, R.: “ El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero/abril, 2013, pp. 309 y ss.
- ABRISKETA, J; CHURRUCA, C; DE LA CRUZ, C.; GARCÍA, L; MÁRQUEZ, C.; MORONDO, D.; NAGORE, M.; SOSA, L; TIMMER, A.: *Human rights priorities in the European Union`s external andn internal policies: an assessment of consistency with a special focus on vulnerable groups*, Comisión Europea, 2015, disponible en: <https://www.fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/24-Delive>

- able-12.2.pdf. CHURRUCÁ MUGURUZA, C.; GÓMEZ ISA, F; GARCÍA SAN JOSÉ, D.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, A.; MÁRQUEZ CARRASCO, C.; MUÑOZ NOGAL, E.; NAGORE CASAS, M.; TIMMER, A.: *Mapping legal and policy instruments of the EU for human rights and democracy support*, Comisión Europea, 2014, disponible en <https://repository.gchumanrights.org/server/api/core/bitstreams/ebbc656b-88f4-43ca-a8bf-4f0733dfc5ed/content>
- AL TAMIMI, Y.: “The Protection of vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights”, *European Journal of human rights*, 2016/5, pp. 561 y ss.
- ALENZA GARCÍA, J.F.: “Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, 2019.
- ARNARDÓTTIR, O.M.: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. Innovation or Business as Usual?”, *Oslo Law Review*, vol. 4, nº3-2017, P. 165;
- BARRANCO AVILÉS, M.C.: “Derechos Humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos de sexismo y el edadismo”, en AA.VV. (coord.: BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCÁ MUGURUZA, C.): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BARRÈRE UNZUETA, A.M.: “Vulnerabilidad vs Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016.
- BAYLOS GRAU, A.: “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015, pp. 43 y ss.
- BESSONS, S.: “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme: L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en AA.VV.: *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2014, disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02516199>.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico”, en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018
- CATANZARITI, M.: “The juridification of vulnerability in the European legal culture”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12, núm. 6, 2022, disponible en: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1442>
- CHURRUCÁ MUGURUZA, C.: “Introducción” en AA.VV. (coord.: BARRANCO AVILÉS, M.C. y CHURRUCÁ MUGURUZA, C.): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CORREA CARRASCO, M.: “Los derechos laborales de los grupos vulnerables en el derecho social europeo”, en AA.VV. (coord. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2001.
- CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1,1989, pp. 139 y ss.

- DICONTI, E.: “La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Ars Interpretandi*, vol. 7, nº2, 2018, pp. 13 y ss.
- FINEMAN ALBERTSON, M.: “The vulnerable subject and the responsive State”, *Emorye Law Journal*, vol. 60, 2010 disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1694740
- FORTES MARTÍN, A.: “Hacia un derecho ambiental ‘agravado’ y de excepción para hacer frente a la vulnerabilidad climática” en AA.VV. (dir.: SORO MATEO, B., JORDANO FRAGA, J y ALENZA GARCÍA, J.F.): *Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática en tiempos de emergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 155 y ss.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La dimensión europea de la protección social de los grupos vulnerables” en AA.VV. (coord. FERNÁNDEZ LIESA, C.R. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2001.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- LA BARBERA, M.: “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, pp. 235 y ss.
- LA BARBERA, MC.. “Intersectionality and its journeys: from counterhegemonic feminist theories to law of european multilevel democracy”, *Investigaciones Feministas*, 2017, 8, pp. 131 y ss .
- LAWSON, A.: *Disability and equality Law in Britain. The role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, 2008.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución d ellos derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, 2023, pp. 52 y ss.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 30 y ss.
- MONEREO ATIENZA, C.: “Autonomía y vulnerabilidad en la era del capitalismo de la vigilancia. La perversión de la dimensión humana relacional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2022, pp. 137 y ss.
- MORONDO TARAMUNDI, D.: “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condicion humana y situación de indefisión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205 y ss.
- MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Dis.criminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo. El caso Colemanan como “leading case”, AA.VV.: *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 2012, pp 1099 y ss.

- PECES BARBA, G.: “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, pp. 1 y ss.
- PERONNI, L. y TIMMER, A.: “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 4, October 2013.
- REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo.”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251 y ss.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE” en AA.VV.: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018
- ROJO TORRECILLA, E. (coord.): *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Huygens, 2015; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (coord.): *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- VALDÉS DAL RÉ: “Constitucionalismo laboral europeo”, en AA.VV. (dir.: CASAS BARAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.