

FUNDAMENTOS N.º 8

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General
del Principado de Asturias

2014

FUNDAMENTOS

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación.	
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO	7
Autores	21

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ	57

SEGUNDA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA	213

TERCERA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

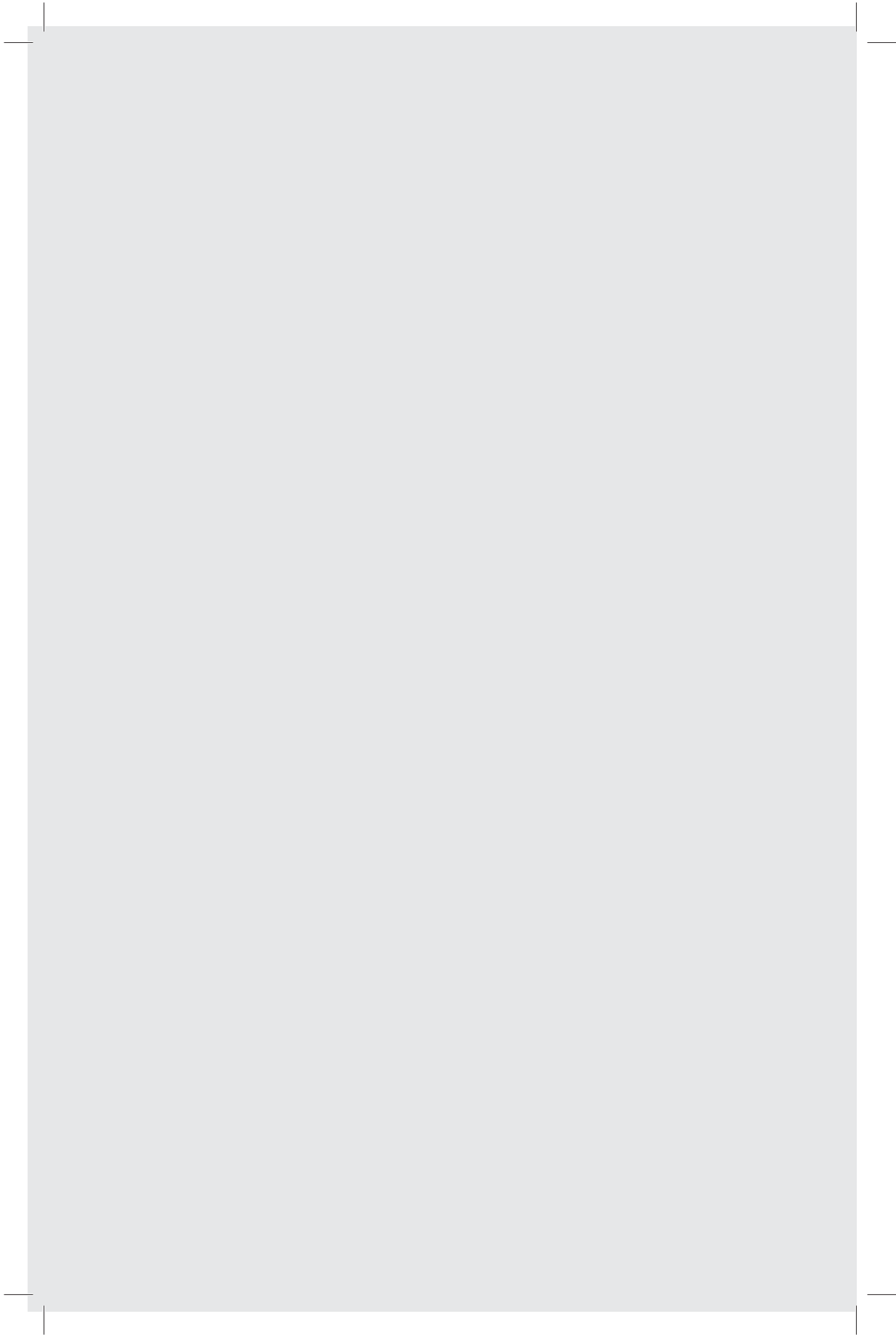
La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas. JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA	313
Il sublime dell'eccezione. MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA	355

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: DIEZ PROBLEMAS ACTUALES

Fernando Rey Martínez

SUMARIO

1. Introducción.
2. Primer problema: ¿igualdad formal v. Igualdad sustancial?
3. Segundo problema: ¿qué relación existe entre la igualdad y la prohibición de discriminación?
4. Tercer problema: la igualdad y el principio democrático.
5. Cuarto problema: prohibición de discriminación frente a igualdad de oportunidades.
6. Quinto problema: la discriminación por indiferenciación.
7. Sexto problema: ¿qué rasgos deben ser especialmente protegidos por el derecho antidiscriminatorio?
8. Séptimo problema: la concurrencia y/o el conflicto entre rasgos.
9. Octavo problema: la diferencia entre la discriminación indirecta o de impacto y la acción positiva o igualdad de oportunidades.
10. Noveno problema: la distinción entre las acciones positivas y las discriminaciones positivas.
11. Décimo problema: las garantías del derecho antidiscriminatorio.



I. INTRODUCCIÓN

Cualquier pretensión de abordar en profundidad y completitud el tema objeto del título está destinada al fracaso. Los objetivos intelectuales excesivamente ambiciosos suelen volverse, como un bumerán, contra quienes temerariamente los establecen. Sobre el principio de igualdad, sobre la crisis del Estado Social y sobre las relaciones entre ambos se han escrito miles de páginas y se podrían escribir muchas más, y no sólo desde una perspectiva estrictamente jurídica.

En este trabajo intentaré plantear, siempre dentro de nuestro campo de estudio, preguntas y respuestas mucho más modestas que, no obstante, quizá sí permitan hacer intuir al improbable lector algunos argumentos significativos en relación con el tema general. Concretamente, identificaré, de entre todos los posibles, diez problemas teórico/prácticos que se plantean en la actualidad en torno a la igualdad y la prohibición de discriminación como conceptos jurídicos.

El título de este número de la Revista remite a la idea de «metamorfosis» del Estado, del Derecho y de los derechos, entre ellos, el de igualdad. El rastro cultural de la idea de metamorfosis en la cultura occidental evoca una idea de degradación y de castigo. Hay que citar a estrados, en primer lugar, por supuesto, a Ovidio y sus *Metamorfosis*¹ (8 d. C.) De las 250 narraciones mitológicas que en él se albergan, me gustaría llamar la atención sobre el mito de «las edades del hombre» de su Libro Primero; las edades son las etapas por las que supuestamente habría transcurrido la humanidad desde su creación. Es un mito anterior a Ovidio y también posterior (San

¹ Personalmente, prefiero su *Arte de Amar*, inspirada en su musa, la *puella* Corina.

Jerónimo, en el siglo V, llegó a fijar fechas exactas para cada una de ellas). Para Ovidio, las edades del hombre serán cuatro, la de oro, en la que los hombres vivían con los dioses, sin castigos ni miedo, la de plata, la de bronce y la suya contemporánea, la de «duro hierro»: «huyeron el pudor y la verdad y la confianza, en cuyo lugar aparecieron los fraudes y engaños y las insidias y la fuerza y el amor animal de poseer» (v. 129). Pero hablando de «metamorfosis» no podemos ignorar, en segundo lugar, a Kafka, que escribe la suya en 1915. Aquí ya no estamos, como en Ovidio, en seres humanos tanto más violentos e injustos cuanto más alejados de los dioses, sino, directamente, en un ser humano ahogado en su soledad, colapsado en su propia individualidad, en un hombre, Gregor Samsa, que se transforma durante un agitado sueño nocturno en un insecto enorme y monstruoso.

Quizá haya sido una casualidad, pero, al menos de manera inconsciente, no es ideológicamente neutral que el hilo conductor de todo este libro apunte en esa dirección de la metamorfosis como degradación. Se produce una interesante paradoja: el concepto jurídico de igualdad es más potente y denso que nunca, pero su vigencia real se halla en trance de devaluación a causa de la crisis económica más devastadora de la que se guarda memoria. Así como la crisis derivada de los ataques terroristas del fundamentalismo islámico fragilizó los derechos de libertad en nombre de una sacrosanta invocación de la seguridad pública, la crisis económico-financiera ha percutido sobre los derechos de igualdad tal y como se venían entendiendo como ideal del Estado social contemporáneo. En definitiva, ambos tipos de crisis han socavado en cierta medida las bases ideológicas y fácticas del constitucionalismo actual. Esto es un rasgo original (pero no precisamente brillante) de nuestro tiempo: hasta ahora, la evolución del constitucionalismo había avanzado siempre, no sin dificultades, en clave progresiva, de extensión. En nuestra época se ha producido un retroceso significativo porque no apunta sólo a la existencia o no de recursos, es decir, a un problema de *cantidad* de Estado Social, sino a la propia existencia *ideológica* de tal forma de Estado y a su imagen maestra. No tenemos certeza alguna de que el Estado Social futuro sea más potente que los anteriores en el tiempo; más bien, se abre paso la sensación, trufada de ansiedad y miedo, de que cualquier tiempo pasado fue mejor. Efectivamente, el futuro no es ya lo que era, el constitucionalismo ha ido perdiendo por el camino su potencial emancipatorio y utópico y, a partir de ahí, se plantean dudas sobre su propia supervivencia y validez. Desde luego, y por lo que directamente nos atañe en este estudio,

no hay Estado Social sin igualdad, pero tampoco hay Estado democrático sin igualdad.

Así pues, plantearé diez problemas que me parecen particularmente relevantes en este momento en torno a la igualdad y la prohibición de discriminación. Y lo haré, a diferencia de otras ocasiones, en un tono ágil, no excesivamente académico, casi sin citas; a modo de hipótesis o puntos de partida a desbrozar en análisis posteriores, más que como conclusiones cerradas y evidentes.

2. PRIMER PROBLEMA: ¿IGUALDAD FORMAL V. IGUALDAD SUSTANCIAL?

La contraposición entre la igualdad «formal» o «jurídica» a la igualdad «real» o de «oportunidades» es un idea común y rutinaria. Esta contraposición proviene del pensamiento de izquierdas del siglo XIX que, en el contexto de las luchas obreras de la época, criticaba la idea de igualdad estrictamente formal de los códigos civiles entre empleadores y trabajadores, que no captaba la enorme desigualdad de hecho existente entre ellos y el abuso y la explotación de los primeros sobre los segundos. Con el concepto de igualdad real, propuesto como aspiración ideal, se intentaba evocar una situación en la que empleadores y trabajadores mantuvieran una relación más equilibrada y, en general, un orden social en el que, por la decisiva intervención del Estado, los trabajadores tuviesen acceso a los derechos sociales básicos (trabajo, seguros sociales, vivienda, educación, protección de la salud, etc.) La Constitución española vigente, influida en este punto por la italiana, refleja esta diversidad conceptual, recogiendo en el art. 9.2 CE la igualdad «real y efectiva» de individuos y grupos, y la igualdad general en el art. 14 CE.

¿Cómo se relacionan actualmente la igualdad de oportunidades del art. 9.2 CE y la igualdad «formal» del art. 14 CE? Ya no estamos en el marco del Estado liberal decimonónico, sino en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). De momento, la cláusula de igualdad formal del art. 14 CE alberga al mismo tiempo una prohibición de discriminación que tiene un efecto intensamente protector de las personas que pertenecen a diversos grupos sociales, lo que casa mal con una idea de igualdad «formal». Ciertamente, si se habla en términos políticos, es correcto contraponer la idea de una igualdad «jurídica», la que se reconoce en la Constitución y en otros textos normativos, frente a la igualdad «real» entre los ciudadanos, que mediría, en la realidad, el distinto acceso y disfrute de unos y de otros de

los derechos fundamentales y, por tanto, comprobar el grado de sinceridad o aplicación práctica de aquellos textos jurídicos.

Pero desde un punto de vista jurídico preciso, aunque igualdad real e igualdad formal son conceptos diferentes, ubicados en preceptos constitucionales diversos, no cabe contraponerlos: la igualdad real (art. 9.2 CE en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución) implica el establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, la tercera edad, los discapacitados físicos y psíquicos, los consumidores, los desempleados, las familias, etc.), en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico —si bien puede subsistir la disputa no sobre el «qué», pero sí por el «cómo» y el «cuánto»), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, la igualdad real, en el Estado Social, se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad «real» es una especie del género igualdad «formal» cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador. Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, la juventud, la vejez, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuentan a su favor con una presunción constitucional *iuris tantum* de validez. Las desigualdades jurídicas favorables a las personas y grupos con cualquier desventaja fáctica son constitucionalmente razonables, esto es, no discriminatorias. Y aún más: son queridas por el constituyente. Pero pensar que igualdad formal y real (como si la igualdad jurídica real —art. 9.2 CE— no fuera también «formal») se contraponen, significa seguir comprendiendo el constitucionalismo contemporáneo a partir de las categorías del siglo XIX, por tanto, con un ajuar de conceptos antiguos.

3. SEGUNDO PROBLEMA: ¿QUÉ RELACIÓN EXISTE ENTRE LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN?

En el ordenamiento español, la cláusula general de igualdad se alberga en el art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley». Cualquier violación de este precepto supone, por tanto, una discriminación en sentido amplio prohibida por la Constitución.

Pero el art. 14 contiene algo más, contiene una prohibición de discriminación por diversas causas o rasgos o motivos específicos: «...sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La lesión de este precepto provocaría una discriminación en sentido específico prohibida por la Constitución. Es preciso observar que el listado del art. 14b CE es abierto, no establece un *numerus clausus*, pero alude, expresamente, a diversos rasgos *sospechosos* de un cierto tipo de discriminación. En palabras del Tribunal Constitucional, esta cláusula «representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5). ¿Por qué el constituyente ha identificado precisamente esos rasgos, el género, la raza, etc. y no otros? La respuesta a esta pregunta es importante porque la Constitución protege más intensamente la prohibición de discriminación por género, raza, etc., que la igualdad en general. Sobre este punto volveremos más adelante.

La prohibición de discriminación especial se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el origen étnico, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. En estos supuestos la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior, como un no-participante en la vida social. La discriminación opera a partir de una generalización o estereotipo negativo, es decir, un prejuicio, ligado a un grupo, que se adjudica a una persona tan sólo por pertenecer a él. De ahí el carácter particularmente odioso de este tipo de discriminaciones. A una persona se la va a despedir, o no contratar, o negar el alquiler de un piso, o echar de una discoteca, etc. tan sólo por formar parte de un grupo social determinado, no por lo que ella haya hecho o no personalmente.

La noción de *estereotipo* proviene, precisamente, del mundo de la imprenta: un tipo fijo en metal que sirve para producir múltiples imágenes en materiales porosos y dúctiles (papel, tela, etc.). Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características; algunos

son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo. Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta *estigmatización social* por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar.²

Pues bien, el derecho de igualdad en general se satisface si la diferencia de trato es razonable, pero este criterio de la razonabilidad no sirve para las discriminaciones especiales, en las que el control judicial es más riguroso, nada menos que el principio de proporcionalidad. La lista del art. 14 CE menciona expresamente cinco rasgos: el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión.

Pero, como se indicaba, la lista del art. 14CE es una lista abierta. El Tribunal Constitucional ha ido descubriendo en la penumbra de la expresión «otra condición o circunstancia personal o social» diversos rasgos, entre otros, la edad, la discapacidad, la orientación e identidad sexuales o la discriminación por circunstancias familiares en el caso de menoscabo de una efectiva conciliación entre la vida privada o familiar y la laboral.

Pues bien, así como el derecho de igualdad general (art. 14a CE) tiene un contenido jurídico bastante lábil, el de la prohibición de discriminación en sentido específico (art. 14b CE) lo tiene bien robusto y potente. En efecto, el derecho de igualdad general prácticamente equivale a la prohibición constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (que se produce cuando tratan jurídicamente de forma disímil situaciones de facto comparables), mientras que la prohibición de discriminación específica (por género, raza, etc.) tiene por contenido la igualdad de trato, esto es, la prohibición de las discriminaciones directas o de trato e indirectas o de impacto, y la igualdad de oportunidades, es decir, el mandato de acciones positivas. Es evidente la doble faz de este último derecho: la subjetiva/individual, en

² La teoría del estigma proviene, sobre todo, de Kenneth Karst: «The Supreme Court 1976 Term, Foreword: Equal Citizenship under the XIV Amendment», 91 *Harvard Law Review*, n.1, (1977).

forma de las reglas de la igualdad de trato y la objetivo/institucional bajo la especie del principio de las acciones positivas. La diferencia, pues, entre la igualdad en general y las prohibiciones específicas de discriminación es de tal calado que un cierto sector de la literatura considera que estamos en presencia, en realidad, de dos derechos fundamentales diferentes. A mi juicio, sin embargo, igualdad general y prohibición de discriminación guardan una relación de género a especie: la prohibición de discriminación es una variedad del género igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los «sospechosos» (género, etnia, etc.).

En cualquier caso, se puede observar que el concepto jurídico de igualdad (como ocurre, salvadas las distancias, con la libertad, la propiedad o la intimidad constitucionales) conoce diversos grados de densidad de contenido. Es una igualdad por escalas. Y esto, de hecho, provoca diversos niveles de protección. Teóricamente, las autoridades del Estado Social tienen que lograr al mismo tiempo la igualdad entre todos los ciudadanos sin distinción. Pero, en la práctica, las políticas de igualdad cuentan con recursos limitados y preferencias políticas legítimas a partir del pluralismo partidista. Esto significa que en la realidad se produce algo que en la teoría se niega: la jerarquización o priorización de la tutela de la igualdad de los grupos sociales directamente abarcados por la prohibición de discriminación en sentido estricto (mujeres, minorías sexuales, minorías étnicas, etc.) respecto de cualesquiera otros protegidos por la cláusula general de igualdad (ésta, realmente, protege individuos mientras que aquella protege a los individuos en cuanto miembros de un particular grupo social porque la discriminación proviene precisamente de esta pertenencia al grupo); y la jerarquización, dentro de las prohibiciones específicas de discriminación, de unos grupos respecto de otros, y, dentro del mismo grupo, de un determinado tipo de políticas frente a otras. Todo ello configura políticas de igualdad diversas en el tiempo y en el espacio político. Así pues, no es posible hablar de una sola política de igualdad, sino de una pluralidad de ellas.

Y, por eso mismo, cabe plantearse si el Derecho Antidiscriminatorio de corte norteamericano y europeo, referido a una sociedad próspera, aunque en crisis, puede transplantarse, sin más, a otros espacios, Latinoamérica, por ejemplo, donde el mapa de desigualdades fácticas es mayor. Obviamente, algunos temas son comunes, la discriminación de las mujeres, por ejemplo. Pero otros son hartamente diferentes, lo cual no siempre se suele tener en cuenta. La discriminación étnica, por ejemplo. En España están perfectamente de-

finidas, por lo general, las minorías étnicas; pero ¿qué ocurre en países como Guatemala o Bolivia donde casi toda la población pertenece a una comunidad originaria?, ¿quién es allí la mayoría y la minoría étnica? En Europa, por ejemplo, empieza a preocupar seriamente la discriminación de las personas mayores, pero en muchos lugares de América Latina habría, posiblemente, otras urgencias respecto de grupos sociales que no están tan presentes en suelo europeo, por ejemplo, el de las jóvenes madres con hijos a su exclusivo cargo. En definitiva, cada país, debería configurar un Derecho Antidiscriminatorio parcialmente específico en función de las propias necesidades y su configuración social particular.

4. TERCER PROBLEMA: LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Rutinariamente, suele relacionarse la cláusula general de igualdad con el Estado de Derecho en cuanto supone la prohibición de arbitrio en la actuación de los poderes públicos y la igualdad de oportunidades con el Estado Social en la medida en que supone un mandato para aquéllos en orden a proveer las condiciones para que todas las personas puedan desarrollar un proyecto autónomo de existencia. Pero suele dejarse en la penumbra la conexión de la igualdad y, más específicamente, de la prohibición de discriminación, con el Estado democrático.

La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como las mujeres o los grupos étnicos, puedan quedarse «aislados y sin voz». La igualdad constitucional postula la *igual dignidad social* de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase. En palabras del Tribunal Supremo norteamericano en *Zobel vs. Williams* (1982), se viola la igual ciudadanía «cuando la sociedad organizada trata a alguien como un inferior, como parte de una casta dependiente o como un no-participante».

La teoría del proceso político, formulada en la nota a pie de página cuarta de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.* (1938, ponente: Stone),³

³ De acuerdo con ella, la presunción de inconstitucionalidad de las leyes puede limitarse, a través de un control judicial más riguroso, en la hipótesis de aquellas normas que perjudican la participación en el proceso político de toma de decisiones a las minorías *discrete and insular*, «aisladas y sin voz». Seis años después de apuntado este criterio, se aplica en *Korematsu v. U.S.*, en la que por primera vez se utiliza el criterio del *strict scrutiny test* para enjuiciar una ley que restringía las libertades de un grupo racial particular (los ci-

y retomada por John H. Ely,⁴ sostiene que la disposición constitucional de la igualdad concierne principalmente a la protección por los jueces de aquellos grupos minoritarios que son incapaces por sí mismos de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. En definitiva, la igualdad constitucional pretende corregir el déficit de ciudadanía que pesa sobre los miembros de diversos grupos sociales. Éste es otro criterio para, en mi opinión, dar preferencia a unas políticas antidiscriminatorias respecto de otras.

5. CUARTO PROBLEMA: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN FRENTE A IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

En contra de lo que usualmente suele afirmarse, tampoco son equivalentes, según creo, el concepto de igualdad substancial o real (en realidad, como hemos visto, encajable en el esquema interpretativo general de la igualdad «formal», con la particularidad de la explicitación por el constituyente de la razonabilidad de las eventuales diferencias jurídicas de trato —no sólo permitidas, sino, incluso, pretendidas—) y la prohibición de discriminación en sentido estricto. Y no lo son porque las diferencias jurídicas de trato adoptadas para lograr una igualdad de oportunidades en favor de cualquier colectivo social situado en cierta desventaja fáctica, son, en el sentido acuñado por R. Alexy,⁵ un *principio*, esto es, un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de las posibilidades técnicas y financieras; y las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (por razón de raza, sexo, etc.) son una *regla*, más concretamente un auténtico derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo judicialmente exigible. El mandato de igualdad real del art. 9.2, en relación con los principios rectores del Capítulo Tercero (que informarán la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen —art. 53.3 CE—), está

udadanos americanos de origen japonés). Aunque el Tribunal Supremo apreció finalmente el valor superior de la seguridad nacional en tiempo de guerra, es claro que la medida impugnada, consistente en confinar a los norteamericanos de origen japonés en una especie de campos de concentración, era discriminatoria por *underinclusive* (no se hacía con los norteamericanos de origen alemán, por ejemplo) y por *overinclusive* (es mucho suponer que detrás de todo oriundo japonés hay un potencial espía o saboteador: es claro el sesgo racista del confinamiento).

⁴ *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, 1.980.

⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp 402 ss.

condicionado por tres factores: (1º) Depende de las posibilidades financieras y técnicas del país en cada momento. (2º) Su desarrollo por las distintas mayorías políticas que se vayan sucediendo puede ser, en aplicación de las diversas concepciones ideológicas y estratégicas en presencia, muy diferente; y ello es legítimo, en virtud del principio democrático. Como toda la Constitución, pero más aún, el Capítulo Tercero no es un programa, sino un marco de posibilidades de actuación. (3º) Pero no sólo la determinación de «cómo» fomentar la igualdad real está abierta, sino, incluso, la precisión de «qué» grupos sociales pueden ser beneficiarios de políticas de fomento (el Capítulo Tercero contiene, evidentemente, una lista abierta). De hecho, como observa Denninger⁶ uno de los puntos característicos del constitucionalismo actual es una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad. Frente a la tradición iluminista de la Modernidad, que postulaba la autonomía del individuo, la universalización de la razón y la igualdad de los ciudadanos, el *gusto por la diversidad* actual (propio de la postmodernidad) propone la salvaguarda de la identidad del individuo en el marco de un grupo limitado y circunscrito (*nuestro grupo*), una pluralidad de esferas particulares de valores (que cuestionan la validez de una razón universal) y el reconocimiento de la igualdad (abstracta) como desigualdad en sentido concreto: un derecho igual a la desigualdad. Esto se traduce en exigencias de prestaciones compensatorias difíciles de cumplir. Por el contrario, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto ni deben hacerse depender de las posibilidades financieras y técnicas, ni deben estar en el centro de la polémica política de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento (sino sustraída de ella por tratarse de derechos fundamentales genuinos) ni se debe poder referir a cualquier grupo social en desventaja, sino sólo a aquellos que, según la experiencia histórica, son víctimas de una profunda y arraigada discriminación, marginación u hostilidad sociales.

Así pues, el mandato de acciones positivas o de igualdad de oportunidades a favor de los grupos especialmente protegidos por la prohibición de discriminación (mujeres, minorías étnicas y sexuales, etc.) no juega de igual modo que ese mismo mandato respecto de cualesquiera otros grupos. Primero, porque en el primer caso, junto con este principio, concurren las reglas o derechos subjetivos de la prohibición de discriminación directa e

⁶ «La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica», *REP*, n° 84, 1994, pp. 69 ss.

indirecta, que no operan respecto de los otros grupos sociales. Segundo, porque en relación con los grupos protegidos por la prohibición de discriminación, en un contexto de recursos escasos y en atención a las causas expuestas, se produce una auténtica regla de preferencia o prelación constitucional: tienen prioridad respecto del resto de políticas de igualdad. Con las políticas antidiscriminatorias es como si le pusieran dientes al principio general de la igualdad de oportunidades.

Por supuesto, las políticas antidiscriminatorias guardan un aire de familia y forman parte de las políticas de igualdad de oportunidades en general, pero son diferentes, lo que no siempre se comprende. Además, algunos de los rasgos protegidos por el Derecho Antidiscriminatorio específico son transversales, de modo que inevitablemente están presentes en la política general de igualdad de oportunidades. Pensemos, por ejemplo, en el género. Cualquier medida de igualdad de oportunidades debe considerar el enfoque de género. Pero el Derecho Antidiscriminatorio no puede convertirse en un capítulo más de las políticas del bienestar y de los servicios sociales en general. Entre otras razones, porque la lucha contra las discriminaciones específicas no persigue tan sólo, aunque también, mejorar las condiciones socio-económicas de los grupos afectados, sino que tiene, además y sobre todo, una dimensión de *lucha ideológica* contra los prejuicios sociales que causan la discriminación y de reconocimiento de la riqueza democrática derivada de la diversidad, el pluralismo y la tolerancia.

Una distinción nítida entre la igualdad de oportunidades en general y la prohibición de discriminación en particular sólo existe, por el momento, en el área cultural anglosajona. En nuestro ordenamiento se abre paso con dificultades y sin ser correctamente comprendida ni entre los actores políticos ni por la comunidad jurídica. Sin embargo, creo que esta distinción es absolutamente pertinente.

6. QUINTO PROBLEMA: LA DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN

La discriminación por indiferenciación (que prefiero llamar, para mayor claridad, discriminación por igualación) es aquella que se produce por un trato jurídico idéntico para dos o más situaciones fácticas que son diferentes. No suele reconocerse ni en sede normativa ni en sede judicial. Una excepción es la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo apreció en ese caso un supuesto de discrimina-

ción por indiferenciación. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del art. 14 del Convenio de Roma en relación con el derecho de libertad religiosa del art. 9. Sin embargo, la doctrina Thlimmenos no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto para alcanzar una solución justa (se trata, más bien, de una excepción más que de una regla).

Aunque no se suela reconocer la validez de la discriminación por igualación (así de modo reiterado nuestro Tribunal Constitucional), la cuestión dista de estar clara. Las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (racial, sexual, etc.), particularmente la categoría de «discriminación indirecta», como sagazmente ha observado E. Cobreros,⁷ reclaman la prohibición de tratar jurídicamente de modo idéntico a aquellos sujetos cuya diferente situación fáctica les puede ocasionar un impacto negativo. Coincido con él en que los tribunales no debieran negarse, por principio, a admitir que la igualdad constitucional prohíbe también la discriminación por indiferenciación. Ahora bien, me parece que hay una razón de peso que justifica una interpretación restrictiva de la admisibilidad de la discriminación por indiferenciación: la valoración y elección de los criterios o rasgos de diferenciación de trato entre sujetos es política y debe corresponder, en principio, a quien está legitimado constitucionalmente para ello: al legislador. No es lo mismo, me parece, el mandato de prohibición de trato (jurídico) desigual a quienes estén (de hecho) en situación igual o semejante, un mandato de perfiles bastante precisos, que el mandato de prohibición de trato (jurídico) igual a quienes estén (de hecho) en situación desigual, un mandato de formato impreciso por definición. En efecto, ¿cuánta desigualdad se requeriría para poder exigir en propio favor un trato distinto? La Sentencia Thlimmenos habla de una situación «sensiblemente» diferente. ¿Cómo se mide esa sensibilidad? Estará clara en los casos más extremos, pero no en la mayoría. Además, habría que distinguir el tipo de disposición

⁷ «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, p. 102.

porque, evidentemente, la exigencia de diferenciación deberá ser mayor en el caso del Derecho sancionador, pero menor en otros casos. Y es que el principal atractivo de la discriminación por igualación, la posibilidad que abre al juez de apreciar una discriminación legislativa «real y efectiva» de alguna persona o grupo, constituye, al mismo tiempo, su principal peligro. En consecuencia, creo que debe admitirse la discriminación por indiferenciación, pero sólo de modo restrictivo, como una suerte de *air-bag* de seguridad frente a las arbitrariedades legislativas más flagrantes, esto es, más como una defensa frente a eventuales patologías legislativas que como una función fisiológica ordinaria de los tribunales.

7. SEXTO PROBLEMA: ¿QUÉ RASGOS DEBEN SER ESPECIALMENTE PROTEGIDOS POR EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO?

Ya hemos visto que nuestra Constitución, del mismo modo que otras o que el Derecho internacional de los derechos humanos aplicable, alberga una lista abierta de rasgos protegidos contra las discriminaciones. También hemos comprobado que, aunque se niegue, el Derecho antidiscriminatorio tiene mayor densidad de contenido jurídico que la cláusula general de igualdad. O, dicho de otra manera, no es lo mismo para cualquier colectivo estar en la lista de los rasgos cuya discriminación se prohíbe constitucionalmente que no estar en ella. Pensemos, por ejemplo, en la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Obviamente, si existe, aunque sea de modo implícito, un reconocimiento constitucional de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, esto significa que se prohíbe todo trato jurídico diferente y peor derivado de la homosexualidad, de modo que la cuestión en relación con el reconocimiento o no del matrimonio homosexual ya no será la de justificar las razones que permiten su existencia, sino justo lo contrario: la de aportar los motivos que permitan demostrar muy persuasivamente que el matrimonio homosexual no puede equipararse al heterosexual.

Sin embargo, esta nítida diferencia entre igualdad general y prohibición de discriminación no es suficientemente comprendida ni por quienes no distinguen entre igualdad de oportunidades en general y la prohibición de discriminaciones en particular, ni por aquellos que, por la vía de añadir sin criterio rasgos *sospechosos* de diferenciación, acumulan tantos que no permiten diferenciar la cláusula general de igualdad de la cláusula de prohibición de discriminación y, lo que es peor, se devalúa el contenido jurídico de

ésta (acentuando su dimensión de principio en detrimento de su carácter de regla). En el primer caso, la igualdad general absorbe todo el contenido del precepto constitucional; en el segundo, la prohibición de discriminación. En ambos, por defecto o por exceso, se diluye irremediamente el equilibrio que debe existir entre ambas cláusulas.

Así pues, la determinación de los rasgos particulares a proteger especialmente se debe hacer con medida. Pondré un ejemplo expresivo: el art. 21 de la Carta de Niza señala, entre los rasgos cuya discriminación se prohíbe, el «patrimonio», un rasgo, por cierto, que no contempla expresamente nuestra Constitución. No hace falta ser un marxista ortodoxo para comprender que la diferencia por patrimonio entre los ciudadanos es una de las diferencias sociales más odiosas y más determinantes, sino la que más, puesto que cabe suponer que, por ejemplo, incluso las personas de etnias minoritarias con grandes fortunas (un jeque árabe de vacaciones en alguna cosa española, por ejemplo) sufrirá menos discriminación étnica en nuestro país que cualquiera de los miembros de su comunidad. Sin embargo, el patrimonio encaja conceptualmente mal dentro de la lista de rasgos cuya discriminación se prohíbe. En primer lugar, porque el patrimonio no configura un grupo «intenso», perfecta y en gran medida inmutablemente definido por un rasgo del que no es en absoluto responsable el sujeto. En segundo término, y sobre todo, porque no se alcanza a comprender bien cuál podría ser el contenido jurídico preciso de la prohibición de discriminación por patrimonio como regla (sí, por supuesto, como principio dirigido a los poderes públicos). Con esta disposición en la mano, cualquier persona que carezca de un cierto nivel de patrimonio (¿cuál?, ¿cómo se mide, objetivamente o según la percepción de cada quién?), ¿podría acudir ante un juez para exigir que no se le trate jurídicamente peor que a otro ciudadano, por ejemplo, en el acceso a la educación, la sanidad, el acceso a una vivienda, etc.? Esto sería fabuloso, pero mucho me temo que el Derecho no puede ir tan lejos. Y, además, confieso que no me gustan nada las promesas jurídicas que son perfectamente incumplibles en la realidad, porque generan expectativas destinadas a fracasar y, por tanto, sólo producen frustración y lógica indignación.

El Derecho Antidiscriminatorio se origina en la tradición estadounidense de la lucha contra la discriminación racial. El Derecho europeo ha hecho hincapié, originariamente, en la lucha contra la discriminación de género. En cualquier caso, etnia y género forman los dos rasgos más característicos del Derecho Antidiscriminatorio, los primero reconocidos, los más asegu-

rados (el Derecho europeo actual se configura con seis rasgos, estos dos más otros cuatro: edad, discapacidad, religión/convicciones y orientación/identidad sexuales; pero sólo género y etnia se protegen más allá del ámbito laboral), los más comunes en los diversos ordenamientos nacionales y en el internacional. Cada uno de estos rasgos predetermina un derecho antidiscriminatorio particular, con caracteres comunes a todos los rasgos, pero también con elementos propios. No es lo mismo el derecho que protege frente a las discriminaciones por discapacidad, que el que lo hace respecto de la etnia o el género, etc. De hecho, en los diferentes ordenamientos, se tutela de manera bien distinta unos y otros rasgos. En España, por ejemplo, la discriminación por género, por orientación e identidad sexual y por discapacidad cuentan con un desarrollo importante, mientras que la discriminación racial se encuentra apenas *in statu nascendi*. Frente a las decenas de sentencias del Tribunal Constitucional español en materia de discriminación por género, casi todas ellas estimatorias de la pretensión, sólo hay dos sentencias de discriminación racial, ambas desestimatorias y ambas con fallos muy discutibles. De un lado, el famoso caso Williams, resuelto por la STC 13/2001, de 29 de enero, que desestima el recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra, por considerar que dicho requerimiento no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que sólo a ella, de entre todos los numerosos pasajeros que descendieron del tren, se le exigió).

Tan sorprendente decisión ha sido, como cabía esperar, declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación nº 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al art. 26 leído conjuntamente con el art. 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. El Comité no impide efectuar controles de identidad genéricos con el fin de proteger la seguridad ciudadana o para controlar la inmigración ilegal, sino que tales controles se realicen con las características étnicas como el único indicio de su posible situación irregular en el país, que es precisamente lo que sucedió en el caso en examen. A juicio del Comité, «la responsabilidad del Estado está claramente comprometida... El Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal».

La otra Sentencia sobre discriminación racial tampoco es para felicitarse. Se trata de la Sentencia 69/2007, de 16 de abril, que ha sido impugnada

ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resuelta por éste, el 8 de diciembre de 2009, asunto María Luisa Muñoz v. España, en un sentido diametralmente contrario al del Tribunal español. La Sentencia de Estrasburgo falla a favor de una mujer española gitana a la que las autoridades nacionales, incluido el Tribunal Constitucional, denegaron una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio por el rito legalmente válido en su momento (el católico, en 1971), sino por los usos y tradiciones gitanos. El Tribunal Constitucional español consideró que tal denegación no constituía discriminación étnica alguna ya que el requisito de contraer matrimonio válido según las normas del momento (año 1971) para tener acceso a la pensión afectaba por igual a payos y a gitanos. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero.

En definitiva, hay un Derecho Antidiscriminatorio general y otro particular respecto de los diversos rasgos a proteger; y éste derecho particular varía, a su vez, de país en país. Un elemento homogeneizador muy interesante en este punto es el Derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, no es ocioso subrayar que el rasgo del género se encuentra en una situación especial respecto de los demás. Por un lado, porque las mujeres no son una minoría, sino la mayoría de la sociedad. Por otro lado, porque la discriminación que sufren las mujeres suele ser transversal y múltiple, de modo que se acumula a cualquier otro tipo de discriminación. Por ejemplo, la discriminación racial es mayor en relación con las mujeres de la minoría étnica. Desde este punto de vista, el género es un rasgo particularmente protegido por el Derecho Antidiscriminatorio, pero, al mismo tiempo, éste debe contemplarse bajo un enfoque de género en todas y cada una de sus manifestaciones.

8. SÉPTIMO PROBLEMA: LA CONCURRENCIA Y/O EL CONFLICTO ENTRE RASGOS

Además de que no todos los rasgos se encuentran protegidos por el ordenamiento de modo idéntico, ocurre que, en ocasiones, dos o más rasgos pueden concurrir simultáneamente generando un tipo específico de discriminación, la discriminación múltiple o interseccional, o bien, planteando un conflicto entre ellos.

El concepto de discriminación múltiple es de acuñación reciente. La idea de que las personas pueden pertenecer a varios grupos en desventaja al

mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación fue reconocida y denominada por primera vez discriminación «*multiple*» o, más comúnmente, «*intersectional*» a finales de los años ochenta por algunas profesoras feministas afro-americanas de Estados Unidos. La más representativa ha sido Kimberlé Crenshaw,⁸ quien tuvo la oportunidad de plasmar su visión conceptual en el primer documento internacional que reconoce el fenómeno con su participación en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo celebrada en 2001 en Durban (Sudáfrica).

K. Crenshaw expone la idea de que la tendencia a tratar género y raza como categorías mutuamente excluyentes, impermeables entre sí podríamos decir, produce consecuencias problemáticas tanto en la teoría feminista como en las políticas antirracistas. Concretamente, nuestra autora entiende que al limitar el examen de las discriminaciones a las experiencias de los miembros más privilegiados de las minorías (los hombres negros y las mujeres blancas), se margina del análisis a aquellas que sufren múltiples barreras que no pueden ser comprendidas como consecuencia de rasgos de discriminación aislados y, por tanto, las mujeres negras son «invisibilizadas».⁹ El enfoque tradicional no tendría en cuenta adecuadamente la interacción entre raza y género y se limitaría a un limitado juego de experiencias. En consecuencia, no enfocaría «de modo suficiente la manera particular en que las mujeres negras se hallan subordinadas».¹⁰ La tesis principal de Crenshaw es que las mujeres negras pueden ser discriminadas de formas semejantes, pero también distintas de las experimentadas por las mujeres blancas y por los hombres negros. ¿Cómo? De cuatro maneras: pueden ser discriminadas del mismo modo que las mujeres blancas; o que los hombres negros; o pueden sufrir una «discriminación doble» en razón de los efectos combinados que discriminan sobre las bases del sexo y de la raza; o, finalmente, pueden ser discriminadas en tanto mujeres negras, no por la suma de ambos factores (el racial y el sexual), sino específicamente por ser mujeres negras.¹¹

⁸ *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1.989, pp. 67-139.

⁹ *Ibidem*, p. 24. Ella emplea la palabra «*erased*»; la traduzco un tanto libremente por «invisibilizadas».

¹⁰ *Ibidem*, p. 25. Y, por ello, las necesidades y perspectivas de las mujeres negras se han venido ubicando en «los márgenes» de las agendas emancipadoras del feminismo y del movimiento antirracista (p. 35).

¹¹ *Ibidem*, p. 35.

En realidad, a mi juicio, para que el concepto de discriminación múltiple sea operativo como objetivo de políticas públicas y como criterio de interpretación jurídica, es imprescindible acotarlo con precisión. En este sentido, creo que habría descartar, en primer lugar, la discriminación múltiple para describir las situaciones en las que una persona es discriminada sucesiva y no simultáneamente, en diversas relaciones sociales, por diversos rasgos sospechosos (género, etnia, discapacidad, etc.) Admitido que se trata de una discriminación en la que concurren diversos rasgos al mismo tiempo, tampoco, creo, tendría excesivo interés comprender en su contenido cualquier manifestación de este tipo, entre otras razones porque la lista de posibles combinaciones sería demasiado larga (por ejemplo, mujeres de minorías étnicas, mujeres discapacitadas, mujeres homosexuales y transexuales, mujeres mayores, mujeres dentro de confesiones religiosas, discapacitados de minorías étnicas, mayores discapacitados, jóvenes homosexuales, etc.), sobre todo si se toman en consideración no sólo dos rasgos, sino tres o más. Si todo es discriminación múltiple, nada lo es, en realidad. Un concepto demasiado extenso pierde inevitablemente intensidad.

Aunque esta cuestión apenas ha sido estudiada (entre otras cosas porque el concepto es todavía más doctrinal y político que normativo y judicial), y, por tanto, todavía tampoco hay acuerdo en la literatura sobre el sentido y alcance de la discriminación múltiple, a mi juicio, la utilidad del concepto pasaría por su utilización sólo en los supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni (y esto sería realmente lo peculiar del concepto) los miembros de la mayoría «privilegiada» del grupo minoritario. En otras palabras, la discriminación múltiple sólo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista «una minoría (invisible y peor tratada) dentro de la minoría». No es casual, en este sentido, que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afro-americana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres de las minorías étnicas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de la minoría pero también una discriminación por parte de éstos. Esta visión más estricta del concepto de discriminación múltiple provocaría una lista más corta de supuestos, empezando, como se ha dicho, por las mujeres de las minorías étnicas (piénsese en España en las mujeres gitanas y en las mujeres inmigrantes sin recursos, destacadamente las que ejercen la prostitución). Otro ejemplo podría ser el de los homosexuales (tanto mujeres como varones) de las minorías étnicas.

Pero los rasgos particularmente protegidos por el Derecho Antidiscriminatorio no sólo pueden presentarse de modo simultáneo configurando una discriminación específica, sino que también pueden concurrir en el caso planteando un conflicto entre ellos. Un caso que he tenido oportunidad de estudiar en otro lugar es el de las escolares musulmanas que deciden llevar pañuelo en la cabeza en los centros educativos públicos. En este supuesto pugnan el derecho a no sufrir discriminación por razón de género (el sentido ideológico del pañuelo es claramente machista) y el derecho a no sufrir discriminación por motivos ideológicos y religiosos. O pensemos en el caso de profesores homosexuales en centros educativos de confesionalidad religiosa que se oponga a la homosexualidad. O en los usos y costumbres de comunidades étnicas originarias en determinadas zonas de América Latina respecto de la igualdad de género. ¿Qué rasgo debe prevalecer en cada caso? Habrá que estar a las circunstancias del supuesto en particular y a la regla general de la ponderación entre derechos. Un caso interesante en este sentido es el decidido recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Eweida v. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2013. El Tribunal hizo prevalecer el derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual a costa de las ideas religiosas tanto en el caso del señor G. McFarlene, un consejero matrimonial de Bristol que fue despedido por negarse a aceptar, debido a sus fuertes convicciones religiosas, en su terapia a parejas homosexuales, como de la señora L. Ladelle, también suspendida en su empleo por el Ayuntamiento de Irlington al negarse a registrar, por el mismo motivo que el señor McFarlene, a parejas homosexuales en el Registro municipal. No puedo detenerme en el análisis de este caso y en el de otros, pero, obviamente, emerge aquí un problema conceptual muy interesante en relación con los *competing rights* (un asunto negado en sede teórica por un sector influyente de los filósofos del derecho, pero, desde luego, muy presente en la realidad diaria de los tribunales).

9. OCTAVO PROBLEMA: LA DIFERENCIA ENTRE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O DE IMPACTO Y LA ACCIÓN POSITIVA O IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Uno de los conceptos más interesantes y más desafiantes del Derecho Antidiscriminatorio es, precisamente, el de la discriminación indirecta o de impacto (un trato jurídico diferente en atención a un rasgo neutro, no sospechoso, pero que impacta de un modo desproporcionadamente negativo sobre un grupo social en desventaja protegido por la cláusula constitucional espe-

cífica de prohibición de discriminación). Hemos tenido ocasión de ver que se trata de un supuesto de discriminación por indiferenciación o igualación.

A veces se confunde la discriminación indirecta con la discriminación directa pero oculta (esto suele hacerse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español). Cuando un empresario se niega a contratar a una gitana como cajera de su supermercado por ser gitana, pero oculta su verdadera razón para hacerlo, alegando, por ejemplo, que el puesto acaba de cubrirse por otra persona, no incurre en una discriminación indirecta, sino en una groseramente directa, aunque oculta.

El concepto de discriminación indirecta es muy interesante porque permite controlar defectos estructurales o sistémicos de la regulación normativa de la igualdad; por ejemplo, si se exige el mismo periodo de años cotizados a la seguridad social a hombres y mujeres, es evidente que esto perjudica claramente a las mujeres trabajadoras porque estadísticamente se puede probar que, en su conjunto, ellas tienen una vida laboral más corta, trabajos más precarios y son las que asumen casi en exclusiva las medidas de conciliación (excedencias, trabajo con horario reducido, etc.) El concepto de discriminación indirecta permite, pues, una interpretación judicial más incisiva y activista contra cualquier tipo de discriminación presente en el ordenamiento y, por ello, una discriminación institucional.

Un problema conceptual específico de la discriminación indirecta es su difícil distinción con las acciones positivas en algunos casos. Acción positiva y discriminación indirecta se refieren a grupos más que a individuos y atienden a los efectos reales de una determinada práctica, norma o medida. Por ejemplo, las cuotas electorales de género pueden considerarse una medida contra las discriminaciones indirectas que se producen invariablemente en la selección de líderes políticos por los partidos, pero también una medida de acción positiva para lograr esa misma finalidad de asegurar la igualdad de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones (al menos desde el punto de vista material, porque, formalmente, la cuota se puede presentar como una regla idéntica para mujeres y hombres). No es indiferente, como hemos visto, catalogar una medida de una u otra forma, porque la prohibición de discriminaciones indirectas es un auténtico derecho subjetivo exigible judicialmente, mientras que las acciones positivas tienen la naturaleza de un principio, con una densidad jurídica menor, por tanto. Si se considera la cuota electoral de género como una medida contra una discriminación indirecta (ésta es mi opinión), en tanto subsista la des-

proporción entre mujeres y hombres en la política (tal como se demuestra estadísticamente), sería inconstitucional suprimir dicha cuota. Pero si se considera una acción positiva, podría establecerse y también derogarse libremente, porque entraría dentro del margen de configuración legislativa. Aunque la distinción pueda resultar difícil en algunas ocasiones, sin duda cabe diferenciar las acciones positivas, con su requerimiento de tratar jurídicamente mejor a grupos sociales en desventaja fáctica, y la prohibición de las discriminaciones indirectas, con su exigencia de tratar de modo diferente a los diversos destinatarios de una norma o práctica si alguno de ellos sufre un impacto desproporcionadamente adverso en comparación con los demás.

10. NOVENO PROBLEMA: LA DISTINCIÓN ENTRE LAS ACCIONES POSITIVAS Y LAS DISCRIMINACIONES POSITIVAS

Éste es un problema clásico. No son pocos los que sostienen que no es posible diferenciar entre ambas categorías (sí, acaso, entre medidas de acción positiva fuertes y débiles) e incluso los que apuntan que hablar de «discriminación», aunque sea «positiva» ya resulta, de por sí, una forma inadecuada y peyorativa de enfocar la cuestión.

Sin embargo, me encuentro entre quienes distinguen ambas figuras. A mi juicio, las acciones positivas son tratos jurídicos favorables a grupos sociales en desventaja y las discriminaciones positivas son acciones positivas que, simétricamente, provocan un daño en un interés legítimo o en un derecho de algún miembro del grupo mayoritario. Las acciones positivas son ejercicio del derecho fundamental a no sufrir discriminación, pero las discriminaciones positivas suponen un límite al derecho de terceros. Por eso, no cabe discutir la validez jurídica (sí, por supuesto, la oportunidad) de las acciones positivas, mientras que las discriminaciones positivas, en cuanto límite de derechos fundamentales de terceros, tienen obligatoriamente que superar un juicio de proporcionalidad. Por eso no puede determinarse a priori la validez jurídica de las discriminaciones positivas: dependerá del tipo de medida en concreto que se establezca. Habrá algunas válidas y otras no.

Podrá discutirse teóricamente si acciones y discriminaciones positivas son categorías sinónimas o no, pero, de hecho, los tribunales de todos los ordenamientos sí las vienen distinguiendo. Otra cosa es identificar adecuadamente una medida como acción o como discriminación positiva. No siempre será fácil.

II. DÉCIMO PROBLEMA: LAS GARANTÍAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

El problema principal del Derecho Antidiscriminatorio es el problema de la eficacia de sus garantías porque los derechos valen lo que valgan en la realidad sus instrumentos de aseguramiento. El Derecho de la Unión Europea ha proporcionado un marco bien preciso y amplio de garantías, desde las procesales (existencia de procedimientos administrativos y judiciales; legitimación procesal de asociaciones; inversión de la carga de la prueba; protección frente a posibles represalias por denunciar la discriminación; existencia de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias) a las instituciones: organismos de igualdad, con la importante función de prestar asistencia a las víctimas, pero también de realizar investigaciones y emitir informes y recomendaciones. Los Estados añaden, por supuesto, las garantías penales contra la discriminación.

Evidentemente, en este punto de las garantías se plantean numerosos problemas, cuyo análisis excede el propósito de este breve trabajo expositivo. Quizá el principal sea su eficacia limitada, como denuncia la Opinión de la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales sobre la situación de la igualdad en la Unión Europea a los diez años de las Directivas de igualdad (Viena, 1 de octubre de 2013). Pero yo quisiera fijarme especialmente en uno, relativo a lo que podríamos denominar *ecología institucional* de la lucha contra la discriminación. No siempre se resuelve con finura el diseño del marco institucional. Da la impresión de que este marco es el resultado de la superposición de diversas políticas adoptadas en sucesivos periodos más que la respuesta a un diseño racional. Se plantea el problema del amontonamiento de instituciones, que, además, no suelen colaborar demasiado entre sí; en España tenemos la Defensora del Pueblo estatal y los equivalentes autonómicos, el Instituto de la Mujer, el Consejo para la igualdad racial o étnica, el Observatorio contra el racismo y la xenofobia, algunos organismos específicos autonómicos en relación con las mujeres, las minorías étnicas, etc.