Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

CINCO IDEAS SOBRE LA EMERGENCIA Y RELEVANCIA DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO[1]

Fernando Rey Martínez
Catedrático de la Universidad de Valladolid

I. Introducción: el derecho antidiscriminatorio es una nueva rama del derecho, pero en gran medida sigue siendo la gran desconocida de los operadores jurídicos

Gracias, particularmente a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, por la invitación a hablar en este Encuentro entre admirados colegas. Me hace muy feliz, pero, como saben, la felicidad tiene más altura que longitud, no dura mucho, así que rápidamente me pongo a trabajar porque no dispongo de mucho tiempo.

El *concepto* igualdad del constitucionalismo liberal ha ido conociendo diversas *concepciones* y de la actual, la parte principal es el Derecho Antidiscriminatorio. El Derecho de la Igualdad es, sin duda, un tema central del constitucionalismo continental de impronta francesa ya desde su debut, ha ido ganando en importancia y, en la actualidad, la emergencia del potente Derecho Antidiscriminatorio es un hecho de tal calibre que permite considerar que nos hallamos ante una nueva rama del Derecho. Por supuesto, vinculada a la Constitución y a los derechos fundamentales, pero también al derecho internacional de los derechos humanos y a todas las áreas jurídicas, tanto del derecho privado como del público. Esto lo tienen muy claro en Reino Unido, donde el Derecho Antidiscriminatorio se enseña como asignatura en los planes de estudio de grado y postgrado. Al principio esta materia dependía del derecho laboral porque desde los años setenta y por in-

[1] El presente texto reproduce la conferencia que el autor impartió en el marco del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal, celebrado en Madrid el 11 de marzo de 2022. Se ha optado por mantener, en la medida de lo posible, el formato de la intervención oral. Cualquier interesado en profundizar en este proceloso asunto, puede consultar el libro: *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2019.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

fluencia estadounidense existía en estos países un organismo público encargado de evitar y sancionar las discriminaciones étnicas y de género en las relaciones de trabajo, pero, crecientemente, el Derecho Antidiscriminatorio ha ido ampliando sus titulares, objeto, ámbito, contenido y garantías y actualmente se ubica en el marco más amplio de los derechos humanos.

La igualdad es un tema tan central del constitucionalismo que se expresa en español y portugués que, a mi juicio, es uno de los hechos diferenciales fundamentales que le distingue del constitucionalismo anglosajón y del nórdico. La desigualdad real y efectiva entre las personas sigue siendo un hecho (quizá *el* hecho) lacerante en el orbe cultural iberoamericano.

Por referirme tan solo al caso español, los datos[2] muestran cómo uno de los problemas sociales y económicos más importantes es «el alto nivel de desigualdad en la distribución de ingresos, sensiblemente mayor que en la mayoría de los países europeos». Entre 2015 y 2019 fue el quinto país más desigual de la Unión Europea (por detrás: Rumanía, Lituania, Letonia y Bulgaria). Es una desigualdad que persiste en el tiempo y hace que nuestro país sea más vulnerable ante posibles *shocks* económicos[3].

Según este mismo Informe[4], existe cierto consenso en que las principales razones que explican estos hechos son la estructura productiva (con un menor peso de las ramas de alta tecnología que en los países europeos de mayor renta), el alto nivel de desempleo, la notable incidencia del trabajo de bajos salarios; el reducido tamaño del sistema de impuestos y prestaciones monetarias; el reducido nivel de competitividad en los mercados globales. España es, además, uno de los países europeos con un sistema de impuestos y prestaciones sociales con menor capacidad redistributiva[5].

---

[2] *Radiografía de medio siglo de desigualdad en España*. Informe de la Fundación La Caixa, enero de 2022, pp. 4 s.

[3] Cuando la economía está en recesión, la desigualdad crece rápidamente y cuando se expande se reduce poco. Cuando la economía se desacelera y crece el desempleo, el impacto sobre los hogares con rentas bajas es muy negativo. Tras la crisis de 2008, aún no revertida del todo, la pobreza en España, que históricamente se caracterizaba por ser recurrente pero transitoria, corre el riesgo de cronificarse. España es el país de la Unión Europea donde más aumentaron las diferencias entre las rentas más altas y las más bajas desde la crisis de 2008.

[4] *Ibidem,* p. 6.

[5] Se observa también (p. 7) que ha crecido la desigualdad en la mayoría de países desarrollados en las últimas décadas. Algunas causas: los trabajadores menos cualificados han visto caer sus remuneraciones al aumentar el peso económico de las importaciones de países con salarios más bajos (globalización); intensificación del cambio tecnológico, que ha ido desplazando la demanda laboral a trabajadores más cualificados; la desregulación de los mercados de trabajo ha reducido el efecto de algunos elementos institucionales que contenían el aumento de la desigualdad: salarios mínimos, costes de despido o extensión de la negociación colectiva, por ejemplo; también ha aumentado la desigualdad de las rentas de capital. Todos estos cambios no han podido ser compensados por el efecto redistribu-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

¿Puede explicarse el Derecho Constitucional sin tener en cuenta este contexto? ¿Es compatible con los valores constitucionales mantener enfoques positivistas, conservadores y formalistas obviando la realidad social y perpetuando, de ese modo, un *statu quo* desigual e injusto? ¡Por supuesto que hay un Derecho constitucional de la abundancia económica y otro de la escasez y que los operadores jurídicos no pueden mirar para otro lado! La democracia en sentido amplio incluye la libertad (Estado de Derecho), la igualdad (Estado social) y la participación política (Estado democrático en sentido estricto); las tres dimensiones, al máximo nivel posible y al mismo tiempo. Si esto no se da, *n´a point de démocratie*.

Dentro del Derecho general de la Igualdad se halla sobre todo, como ya se ha observado, el Derecho Antidiscriminatorio que, a pesar de su auge, se encuentra sometido a una obstinada paradoja. Si, de un lado, es la rama del Derecho constitucional con mayor capacidad de transformación del ordenamiento jurídico tradicional y de mayor desarrollo reciente, de otro lado, sigue siendo una materia bastante desconocida por profesores y profesionales jurídicos.

¿Por qué es esto así? La respuesta a esta pregunta no es complicada, es compleja. «Complicado» procede etimológicamente de *cum plicum*, «con pliegues». A su vez, «complejo», de *cum plexum*, con nudos. Lo «complejo», a diferencia de lo «complicado», no puede simplificarse, ni reducirse; no se puede intentar hacer simple lo complejo, sino que de lo que se trata es de «analizar», esto es, descifrar la complejidad, de encontrar los nudos que entrelazan la realidad observada. Pues bien, ¿cuáles son los nudos que explican por qué las bases teóricas del Derecho Antidiscriminatorio siguen siendo en gran medida ignoradas por muchos? Hay muchos, pero prestaré atención a cinco de ellos.

2. Primera idea: el derecho antidiscriminatorio es una creación norteamericana y no del derecho continental francés en que se inspiró inicialmente el derecho iberoamericano

En mi opinión, con permiso de la *Executive Order* 10925 del presidente Kennedy de 6 de marzo de 1961, que acuña el concepto de *affirmative action*, el acta de nacimiento del Derecho Antidiscriminatorio se debe expedir el 2 de julio de 1964, en el preciso momento en el que el Presidente norteamericano Lyndon B. Johnson promulga la *Civil Rights Act*, en presencia de diversas autoridades y líderes, entre los que se encontraba Martin Luther King. Se trata de una de las leyes más importantes de la historia por el cambio social que provocó, por su influencia

tivo del sistema de impuestos y prestaciones sociales, sobre todo por la reducción generalizada de tipos impositivos y la contribución decreciente de las prestaciones monetarias.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

posterior y por su contexto histórico. Propuesta por el Presidente John F. Kennedy, prohibía cualquier discriminación racial, sexual, religiosa o por origen nacional en los ámbitos electoral, laboral, escolar, de los servicios prestados al público (hoteles, restaurantes, etc.), habilitando a las autoridades federales a garantizar la igual protección jurídica que establece para todos los ciudadanos la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal en todo el territorial nacional, también en los Estados del Sur. Recuérdese que de todos los diputados y senadores sureños, tanto del Partido Republicano como del Demócrata, tan sólo un senador de Texas votó a favor de la Ley.

La Ley fue impugnada por invadir competencias de los Estados, pero el Tribunal Supremo federal falló a favor de su constitucionalidad considerando que el poder de comercio del Congreso federal abarca la regulación de los medios y las personas del comercio entre los Estados en Norteamérica En Estados Unidos, la competencia sobre el comercio dentro de los límites estatales le corresponde a cada Estado, pero la regulación del comercio interestatal y de los pueblos originarios le compete a la Federación. En virtud de esta cláusula, el Tribunal Supremo Federal ha ido ampliando los poderes de la Federación, como ocurre, precisamente, en materia de prohibición de discriminación[6].

El Derecho antidiscriminatorio se fue desarrollando en los Estados Unidos y, en general, en el mundo anglosajón, durante los años setenta y ochenta del siglo XX y desde ahí se ha ido irradiando a todo el orbe, a menudo a partir del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Por su parte, el Derecho de la Unión Europea también ha ido incorporando las categorías norteamericanas (vía derecho británico e irlandés) y las ha generalizado entre los Estados miembros. ¿Por qué el Derecho Antidiscriminatorio surge precisamente en los Estados Unidos? Porque mientras la idea de igualdad en Europa es, a lo largo del siglo XIX y bien entrado el siglo XX, una idea fundamentalmente *política* que se refiere sobre todo a la pugna entre obreros y burgueses, en Estados Unidos, una sociedad más homogénea desde ese punto de vista, una sociedad de propietarios, la idea de igualdad es, más bien, de corte *jurídico* y se refiere, sobre todo, a aquellos que eran allí «los otros»: la población afrodescendiente que había sido esclavizada desde que en agosto de 1619 un barco apareciera en el horizonte cerca de Point Comfort en

[6] En efecto, en *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964) el Tribunal argumentó que la discriminación racial dificultaba, y en ocasiones impedía, encontrar alojamiento a algunos viajeros. Y ello aunque los moteles tuvieran un carácter puramente local, ya que si recibían viajeros, entonces podía regularse por el Congreso para proteger el comercio interestatal de la discriminación racial. De igual modo, en *Katzenbach v. McClung* (1964), el Tribunal sostuvo la legitimidad de la aplicación de la Ley de Derechos Civiles a cualquier restaurante que sirviera comida a viajeros de otros Estados o, incluso, si una porción significativa de ella provenía del comercio interestatal (lo que estimó, precisamente, en el caso: el 46% de los alimentos habían sido suministrados desde otro Estado).

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Virginia con 20 esclavos africanos. La cuestión de la igualdad racial se convierte de este modo en los Estados Unidos en uno de los temas centrales de su construcción como Nación, lo que puede comprobarse en su importancia decisiva en dos momentos críticos: como espoleta de su Guerra de Secesión (el Presidente A. Lincoln declara la libertad de todos los esclavos de la Confederación mediante una Orden Ejecutiva de 22 de septiembre de 1862 y más tarde se prohíbe la esclavitud en todo el país por la Enmienda Decimotercera, de 18 de diciembre de 1865), y como tema central del movimiento por los derechos civiles (1955-1968), que, conseguida ya 90 años antes la igualdad *formal* entre blancos y negros, reivindicó la igualdad real y la prohibición de segregación en lugares públicos[7].

A partir de su impronta norteamericana y antirracista en origen, el Derecho antidiscriminatorio se ha ido generalizando en todo el mundo; constituciones, leyes, sentencias y opiniones doctrinales han ido incorporando en su acervo común las categorías centrales: igualdad de trato, de oportunidades, discriminaciones directas, indirectas, rasgos protegidos, acciones afirmativas, discriminaciones múltiples, acosos, etc. Ampliando, además, los rasgos especialmente protegidos desde el factor étnico/racial al de género (en la Unión Europea el camino ha sido el inverso: primero el género y después la etnia) y, desde ahí, a otros, sobre todo: orientación e identidad sexual, religión y convicciones, edad y discapacidad.

Así pues, el Derecho Antidiscriminatorio es una genuina aportación norteamericana al constitucionalismo de los derechos humanos y, de ahí, que su importación al Derecho iberoamericano esté resultando difícil, lenta y escasamente sistemática. En efecto, la mayoría de juristas de nuestra órbita cultural hemos sido adiestrados en el Derecho Público a partir de la categoría de igual ciudadanía que procede de la Revolución francesa y que se funda en una idea tan poderosa como abstracta de igualdad (frente a la diversidad de regímenes jurídicos por estamentos propia del *Ancien Régime*). Todos los ciudadanos, con independencia de ser hombres o mujeres, ricos o pobres, jóvenes o mayores, etc. somos iguales y lo que nos unifica es, precisamente, nuestra común pertenencia a la Nación. De ahí que to-

[7] Es el movimiento mundialmente famoso liderado por el pastor baptista Martin Luther King y su lucha no violenta contra la segregación racial y a favor de la igualdad. Este movimiento se inició cuando una joven de Montgomery (Alabama), Rosa Parks, se negó el 1 de diciembre de 1955 a dejar su sitio a otro pasajero en la zona reservada para blancos de un autobús público. Homer Plessy había hecho un gesto similar en un tren en 1896, pero el Tribunal Supremo federal había fallado en su contra, estableciendo la conocida y horrenda doctrina «separados pero iguales» (Plessy v. Ferguson, 1896). Rosa Parks fue condenada por infringir la ley local de segregación, lo que provocó un boicot de 381 días a los transportes públicos en el que Luther King jugó un papel destacado. Al reverendo King le dieron el Premio Nobel de la Paz en 1964 y fue asesinado el 14 de abril de 1968 en Memphis. El histórico discurso con el que concluyó frente al Capitolio de Washington la Marcha por el Trabajo y la Libertad, el 28 de agosto de 1963, titulado «Hoy tengo un sueño» debería ser de lectura obligatoria en todas las Facultades de Derecho del mundo.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

dos los parlamentarios representen a toda la Nación y nunca a un grupo en particular[8]. El modelo norteamericano de igualdad es, por el contrario, una igualdad de grupos y un contrato entre intereses particulares.

En cualquier caso, a esta fecha, el ideal jacobino de igualdad se halla en una crisis profunda. Nadie quiere ser hoy igual a nadie. Nuestro tiempo de la post-modernidad se caracteriza por el gusto por la diversidad, por la diferencia: étnica, lingüística, política, territorial, de género, ideológica, de capacidades… El individuo se siente más próximo a un grupo social en particular que del Estado en su conjunto para, a partir de ahí, identificar un pasado de agravios por parte del grupo social mayoritario (y del propio Estado) y pasar a reivindicar una justa compensación. La diversidad es, en este sentido y a menudo, la expresión «contable» de la dignidad. El Estado es un ente demasiado pequeño para poder decir algo significativo en el plano económico, pero es un ente demasiado grande para poder gestionar fácilmente la creciente complejidad cultural, étnica, ideológica, ética, etc. que existe en su seno. Nuestras democracias son hoy (como también lo fueron en 1789, pero ahora de modo más sincero), democracias de grupos (con intereses en conflictos) y no sólo de ciudadanos individuales (unidos armónicamente en un proyecto común de convivencia política).

En definitiva, el primer nudo es que el Derecho Antidiscriminatorio es una creación norteamericana que a duras penas casa con la tradición jacobina de igualdad en la que hemos sido cultivados los juristas iberoamericanos.

3. Segunda idea: la dificultad que supone un concepto de igualdad que comprende, al mismo tiempo, la exigencia de igualdad de trato y también la atención a la diversidad

Del derecho de igualdad se deriva la obligación de tratar jurídicamente de modo semejante situaciones de hecho similares, pero también de reconocer jurí-

[8] Hay que hacer notar, no obstante, que el modelo francés de ciudadanía y de representación era más teórico que real, en la medida en que el Parlamento que resulta del proceso revolucionario y que subsiste hasta bien entrado el siglo XX no representaba a todos los nacionales, sino, en virtud del sufragio censitario, sólo a los propietarios, a la burguesía, es decir, a un grupo social particular. El modelo liberal de representación política colapsa el concepto de ciudadano en un segmento bien determinado de la población: los varones, mayores, blancos y propietarios. La soberanía política no era más que la otra cara de la propiedad privada (de la tierra, fundamentalmente). Así pues, el concepto de igualdad que está en el corazón de la idea de ciudadanía en este periodo es profundamente nugatorio. De modo que no sería exagerado afirmar que nunca en la historia ha existido, en realidad, una representación universal, ideal, pura, de la Nación, sino que las instituciones políticas han sido siempre configuradas a partir de los intereses de grupos sociales particulares (que han hecho creer, para legitimarse, que representaban a todos).

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

dicamente de modo diverso situaciones que, de hecho, son disímiles. Eso es el sentido de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto, en realidad, una variedad de discriminación por indiferenciación que, evidentemente, sí existe aunque casi todos los tribunales siguen repitiendo que no puede darse. Y ese es también el sentido de las acciones positivas. Porque igualdad no es identidad.

Este es un punto central del Derecho Antidiscriminatorio que suele, sin embargo, inducir a tanta confusión conceptual que no es extraño que a veces se utilice la igualdad jurídica (cuando se entiende como identidad de trato) para impedir la igualdad de hecho. En un contexto social desigual, reclamar la identidad jurídica de trato para todos equivale a sacralizar las discriminaciones fácticas. Sigue siendo correcta la intuición platónica: justicia es tratar igual lo igual y desigual lo desigual.

De modo que de la prohibición constitucional de discriminar se derivan un derecho a la igualdad de trato, que comprende la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas, y un derecho a la igualdad de oportunidades que reclama atención a la diversidad. Igualdad de trato y de oportunidades han de complementarse, no de oponerse. Este es el enfoque más cabal para entender mejor la validez y los límites no ya sólo de las acciones positivas, sino de las posibles discriminaciones positivas.

4. Tercera idea: el derecho antidiscriminatorio tiene una dimensión individual, pero también grupal

La prohibición constitucional de discriminar es, por supuesto, un derecho fundamental individual (fundado en la dignidad) pero no se entiende sin el debido reconocimiento del contexto grupal al que pertenece la persona afectada: alude a grupos socialmente no incluidos, a *out-groups*.

En el ordenamiento norteamericano se suele construir la justificación teórica del Derecho antidiscriminatorio no tanto a partir de la idea de la dignidad personal, sino de otros marcos de pensamiento que tienen en cuenta, fundamentalmente, aspectos grupales y el déficit de ciudadanía que sufren las víctimas de la discriminación[9].

Varios autores han desarrollado las implicaciones de este principio. El más influyente ha sido, quizá, Owen Fiss (1976) con su *group-disadvantaging princi-*

[9] En efecto, suele citarse el voto discrepante del Juez Harlan en el caso del Supremo federal de los Estados Unidos, Plessy v. Ferguson (1896) —el que sentó la doctrina «separados pero iguales», que analizaré en el epígrafe dedicado a la segregación escolar racial—, como el primero en el que se trae la metáfora de las castas típicas de la India como un contra-ejemplo que no debería extenderse a los Estados Unidos. Es célebre la afirmación de Harlan: «*There is no caste here*» (en los Estados Unidos). «*Groups and the Equal Protection Clause*», en *Philosophical and Public Affairs*, vol. 5, n. 107, 1976.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

ple[10]. La discriminación sólo se comprende desde la perspectiva de la subordinación grupal que expresa y que provoca. El principio de anti-subordinación exige que las leyes «no agraven o perpetúen» la posición subordinada de un grupo especialmente desventajado, ni que dañen desproporcionadamente a miembros de grupos marginalizados (1976: 108). Esta teoría que comprende la cláusula constitucional de igual protección de la XIV Enmienda como un principio de anti-subordinación, ha sido desarrollada posteriormente también como principio anti-castas, anti-subyugación o anti-estigma.

Un año después del trabajo de Fiss, Kenneth L. Karst (1977) desarrolla, por ejemplo, la teoría del estigma[11]. Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la actitud con la que «los normales», «la mayoría» miran a aquellos que son diferentes. Citando a Goffman, Karst afirmará: «la persona víctima de un estigma no es del todo humano». No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llega a aceptar como «naturales» las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo.

Por otro lado, las minorías víctimas de discriminación, e incluso las mayorías en situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, son, en sentido estricto, «minorías aisladas y sin voz» en el proceso político. Como se sabe, la doctrina de las *discrete and insular minorities* fue acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano en la cuarta nota de pie de página de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.*, de 1938 (ponente: Stone) y ha sido formulada teóricamente por John Hart Ely (1977[12]). Según esta teoría, la prohibición constitucional de discriminación concierne principalmente a la protección judicial de aquellos grupos que son incapaces de defenderse por sí solos en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. Pero ya el trabajo de Owen Fiss también aludía a este déficit de democracia o ciudadanía debilitada de las minorías (sobre todo étnicas y particularmente la afro-americana).

---

[10] «*Groups and the Equal Protection Clause*», en *Philosophical and Public Affairs*, vol. 5, n. 107, 1976.

[11] «Equal Citizenship under the Fourtheenth Amendment», *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977, pp. 1-68.

[12] «Equal Citizenship under the XIV Amendment», *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, pp. 69 ss.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Todos estos puntos de vista remiten al contexto grupal del Derecho antidiscriminatorio, sin el que no puede entenderse. Cualquier discriminación lesiona el Estado de Derecho porque impacta arbitrariamente contra el sacrosanto principio de la generalidad de la ley, tanto en su establecimiento como en su aplicación; viola el Estado democrático porque considera a ciertos grupos sociales como no participantes y golpea al Estado social porque introduce o permite una desigualdad intolerable entre ciudadanos libres e iguales. La discriminación es la negación misma de la democracia.

De ahí que toda discriminación contenga elementos individuales (finalmente, es a una persona a la que se le lesionan sus derechos) y también grupales (configurando un sistema de democracia débil o imperfecta). El número y clase de discriminaciones realmente existentes es uno de los mejores indicadores de la calidad democrática de un país.

El carácter grupal de las discriminaciones, fundado en prejuicios ideológicos hostiles, en «estigmas» (machismo, racismo, xenofobia, homofobia, etc.), es la expresión de fenómenos sociales sistemáticos y estructurales. Sobre este punto volveremos más adelante.

La fundamentación teórica del Derecho antidiscriminatorio tiene una relevante aplicación práctica: la justificación de las medidas de igualdad de oportunidades que suponen un trato jurídico favorable a los grupos en desventaja. En mi opinión, eso es lo que pretendía, en el fondo, el trabajo de Owen Fiss y los posteriores. No basta sólo que el derecho impida los tratos diferentes y peores por razón de género o de etnia; dado que los grupos discriminados lo están desde hace siglos (Fiss escribió, en relación a la minoría negra, que estuvo esclavizada cien años y luego sufrió un sistema de castas los cien años posteriores) y de un modo muy potente, es preciso que el derecho se convierta en un instrumento de nivelación social de oportunidades. Como el propio Fiss escribiera[13], la cláusula constitucional de igualdad «expresa un punto de vista ético contra las castas, uno que hace indeseable para cualquier grupo social ocupar una posición de subordinación durante un periodo prolongado de tiempo». Superar la subordinación no sólo supone no permitir más tratos peores y distintos, sino también equilibrar, a través del derecho, la situación de los grupos en desventaja con el grupo mayoritario. Si el derecho no trata de modo diferente y mejor a quienes están de hecho peor, estaría consolidando y bendiciendo la subordinación.

Las bases teóricas del Derecho antidiscriminatorio han venido, incluso, a transformar el clásico pensamiento de izquierda que consideraba la equitativa redistribución de la riqueza como el ideal de justicia social. Junto con la «redistribución», tras la emergencia de este nuevo enfoque, se pone ahora el foco en el «reco-

[13] *Ibidem*, p. 150.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

nocimiento» de la subordinación (no sólo ni quizá principalmente económica) de ciertos grupos sociales. Nancy Fraser[14] ha descrito bien este tránsito. Habría cuatro diferencias entre el «reconocimiento» y la «redistribución»: el primero se enfrenta a diferencias culturales («humillación y falta de respeto», la segunda, a económicas («explotación, marginación, privación»); el primero propone como solución el cambio cultural y simbólico (valorando positivamente la diversidad cultural), la segunda, la reestructuración del sistema económico; el primero tiene como sujetos a grupos sobre los que recaen prejuicios culturales (mujeres, minorías étnicas y sexuales, etc.), la segunda, a clases sociales; el primero considera que las diferencias entre grupos sociales son variaciones culturales saludables, la segunda postula no reconocer las diferencias de grupos, sino abolirlas. Pues bien, Fraser, en opinión que comparto, propone una interpretación complementaria de ambas perspectivas: «una comprensión suficiente de la justicia debe englobar la lucha por el reconocimiento y la lucha por la distribución[15]». No habría reconocimiento sin redistribución ni ésta sin aquél (*ibidem*, 65). Al reconocimiento (de las diferencias culturales donde las minorías no deban asimilarse a la mayoría) y la redistribución (justa de los recursos), habría que añadir, además, la participación (en los procesos de toma de decisiones). Este análisis de «perspectiva dualista» es impugnado tanto por quienes creen que lo decisivo sigue siendo la redistribución (como el propio Alex Honneth en el libro-diálogo citado), como por aquellos que consideran que lo verdaderamente crucial es el reconocimiento, como es el caso, por ejemplo, de Iris Marion Young, quien llega a afirmar que «la injusticia deberá definirse principalmente en términos de los conceptos de opresión y dominación, antes que de distribución», de modo que «el racismo y el sexismo son la principal expresión de la forma de opresión en nuestros días[16]».

5. Cuarta idea: para comprender adecuadamente qué es una discriminación, es preciso entender que es una conducta resultado de un estereotipo particularmente negativo (prejuicio)

Para poder entender cabalmente cómo opera, en sentido estricto, cualquier discriminación especial, es, sin embargo, inevitable importar la gramática conceptual de otra rama del conocimiento, la Psicología Social. Porque no todo lo que en el lenguaje común, ni siquiera en la cultura jurídica corriente, se califica como

[14] ¿Redistribución o Reconocimiento?, ed. Morata y Fundación Paideia Galiza, Madrid, 2006, pp. 14 ss.

[15] *Ibidem*, p. 14.

[16] *La justicia y la política de la diferencia*, Universidad de Valencia, 2000, p. 323.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

«discriminación» lo es en realidad. El término tiene un significado mucho más preciso. En particular, hay que distinguir «estereotipo», «prejuicio» y «discriminación» (es corriente su uso indiferenciado). La discriminación es el acto final, una conducta, que viene precedida de dos elementos anteriores: de un modo de conocer la realidad (estereotipo) y de un elemento axiológico, valorativo o ideológico (prejuicio) sobre dicho estereotipo. El prejuicio es el corazón de la discriminación: su auténtico percutor. La discriminación es la manifestación del prejuicio ideológico. Por eso, no avanzaremos significativamente si solo trabajamos con los efectos (la discriminación) y no con sus causas (el prejuicio).

El estereotipo social es un esquema cognitivo sobre las características que supuestamente posee un conjunto de personas por su simple pertenencia a ese grupo. Es una generalización que se aplica a todos los miembros del grupo, aunque no los conozcamos directamente o sepamos algo de ellos. Es una imagen mental general y simple, muy arraigada (aunque pueda haber diferencias de intensidad o de tipo), sobre grupos, que se proyecta sobre las personas que pertenecen a ese grupo. Comprende creencias sobre rasgos físicos, de personalidad, roles profesionales, valores… Es una especie de «teoría ingenua» que guía nuestra actitud y conducta hacia ellos. Es una imagen mental sesgada y poco veraz (ya que algunos de los rasgos son difícilmente observables y porque es imposible que todos los miembros del grupo compartan al cien por cien la estereotipia). El primer autor que utilizó el concepto de estereotipo en las ciencias sociales fue Walter Lippman (1922), un periodista que toma el término del molde que utilizan los tipógrafos para reproducir, una y otra vez, las mismas imágenes o letras. Con esta analogía, pretendía hacer hincapié en el modo en que se reproducen las imágenes y creencias que la sociedad tiene sobre determinados grupos sociales a base de repetirlas una y otra vez.

Los estereotipos se aprenden, mantienen y modifican mediante el proceso de socialización y su transmisión se produce a través de diferentes fuentes (o agentes socializadores: familia, escuela, pares, medios) esto es, la cultura. Los estereotipos son un efecto del proceso psicológico básico de «categorización social», que permite organizar la complejidad del entorno que nos rodea organizándolo en diferentes conjuntos cuyos elementos comparten características. Estereotipar es algo más que categorizar, va más allá, porque incorpora expectativas sobre cómo son o comportan los miembros de un grupo. ¿Por qué categorizamos? Además de por reducir la complejidad (los seres humanos somos «tacaños cognitivos» ya que realizamos el menor esfuerzo cognitivo posible en la mayoría de las situaciones), la vida social plantea riesgos además de recompensas, de forma que los individuos deben ser selectivos a la hora de decidir con quién establecer relaciones. El proceso de categorización exagera tanto la similitud de los elementos comunes, como las diferencias entre categorías. Se tiende a percibir a los miembros de los otros grupos

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

de forma más homogénea que el propio (al que conocemos mejor). Otro sesgo de la categorización social, denominado «esencialismo», radica en que, una vez establecidas las categorías (que son culturales), se da la tendencia a percibirlas como «naturales», es decir, como se utilizan las clasificaciones que aplicamos a plantas o animales. El esencialismo es mayor respecto de grupos sociales definibles en función de claves físicas visibles (el color de la piel, por ejemplo). 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, o sí, pero con el coste de una gestión esquizofrénica de la propia existencia (como ocurre, por ejemplo, con una homosexualidad no abiertamente declarada).

Los prejuicios no son un modo de conocer, sino una actitud, un sentimiento, una emoción hacia los miembros de determinados grupos, y, como tal, implica una valoración cuya valencia puede ser positiva o negativa. Los prejuicios son ideología, entendida como falsa representación de la realidad. Y es una ideología sobre la que los psicólogos sociales nos advierten que es muy difícil cambiar, ya que se trata de una estructura cognitiva bastante rígida[17].

[17] En efecto, (1º) se tiende a prestar más atención a aquella información que confirma nuestras ideas y expectativas previas, ignorando la que las contradice. Los heurísticos son atajos mentales que utilizamos para simplificar la solución de problemas cognitivos complejos; pues bien, el heurístico de disponibilidad se utiliza para estimar la probabilidad de un suceso, la frecuencia de una categoría o la asociación entre dos fenómenos: si se nos ocurren muchos casos de ese suceso o categoría, será porque es muy frecuente o probable. Algunos errores comunes que cometemos al aplicar el heurístico de disponibilidad son el «error de muestreo»: consiste en basar los juicios en muestras reducidas y sesgadas, o incluso en los casos extremos de la muestra; la «correlación ilusoria»: en este caso lo que está disponible y se recuerda de forma más fácil es una fuerte asociación entre sucesos o atributos, lo que lleva a sobreestimar la frecuencia con la que ocurre dicha asociación (este fenómeno explica el origen de los estereotipos; por ejemplo ser gitano y cometer delitos) Casi siempre la relación se establece entre miembros de grupos con bajo status o minoritarios y conductas infrecuentes, que suelen ser negativas. Es más fácil que asociemos una conducta negativa a los inmigrantes, por ejemplo, que a los españoles. Los medios de comunicación suelen reforzar esta relación. (2º) Otro proceso que impide cambiar nuestros prejuicios es la tendencia a reinterpretar la información inconsistente o a considerar el caso como atípico (por ejemplo, si nuestro estereotipo es que los gitanos son mentirosos, si conocemos a uno que no lo es, atribuiremos esa conducta inconsistente con nuestro estereotipo a alguna razón personal («es que no parece gitano»).

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Los estereotipos convertidos en prejuicios sirven para categorizar; para defender el sistema de valores personal y también para generar diferencias en la valoración de unos grupos respecto de otros; contribuyen a la creación de una ideología de diferenciación entre grupos (entre un «nosotros» y un «ellos»). El prejuicio es, pues, la munición ideológica de la discriminación. En el campo de Derecho antidiscriminatorio, hablamos, nada menos, de prejuicios tan graves y arraigados en la sociedad como el racista, el machista, el homófobo, el xenófobo, el paternalista hacia estos grupos, etc. Hablamos de ideas realmente enfermas.

6. Quinta idea: no abundan las visiones sistemáticas del derecho antidiscriminatorio

La idea central que aquí se sostiene es que, a pesar de su creciente importancia, el Derecho Antidiscriminatorio no es adecuadamente conocido por la mayoría de los profesores y profesionales del orbe jurídico iberoamericano. Evidentemente, esta rotunda afirmación debe ser matizada porque es imposible ignorar diversos aspectos de dicha rama del Derecho. Cualquier jurista medianamente informado, tiene noticia, por ejemplo, de la regulación jurídica que intenta evitar y reprimir la discriminación por género, incluida la violencia de género. O de la temática del matrimonio entre personas del mismo sexo. O de los avances en materia de derechos de las personas transexuales. Por no hablar de los progresos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios o de la minoría gitana en España. O de los cambios que ha provocado en los ordenamientos nacionales la Convención de Naciones Unidas de Nueva York (2006) sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Lo que no es tan común es que esos mismos juristas conozcan las conexiones sistemáticas entre todos estos asuntos, ni las categorías centrales del Derecho Antidiscriminatorio, comunes a todos ellos, ni las maneras en que los diversos rasgos interactúan entre sí (por ejemplo, acumulándose, en el caso de las denominadas discriminaciones múltiples o interseccionales, pero también entrando en conflicto en diversos supuestos —religión y género, por ejemplo, en relaciones laborales), ni las garantías de todos ellos, etc. Por ejemplo, en Iberoamérica no se suele manejar el crucial asunto del reconocimiento de los derechos de las personas de pueblos originarios desde el enfoque del Derecho Antidiscriminatorio racial o étnico (lo que marca una diferencia capital con la situación en los Estados Unidos, que precisamente creó esta nueva rama del Derecho para hacer frente a su conflicto étnico/racial). Todo ello genera inevitablemente confusión conceptual. Para evitarlo, recomiendo la lectura del mejor texto sistemático relativo al Derecho Antidiscriminatorio, que es el Manual de Derecho Antidiscriminatorio europeo (la

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

primera edición es del 2010 y la segunda de 2018), elaborado por la Agencia europea de derechos fundamentales (organismo que pertenece a la Unión Europea) y por el Tribunal europeo de derechos humanos (entidad del Consejo de Europa).

7. Conclusión final: hace falta enseñar derecho antidiscriminatorio tanto en grado como en postgrado

Esta es, pues, mi conclusión final. El Derecho Antidiscriminatorio atesora una complejidad genuina que debe ser abordada con mayor rigor que hasta ahora. Es preciso comprender mejor qué es y cómo opera y, para ello, es preciso que se enseñe de modo permanente y sistemático en las aulas de nuestras Facultades de Derecho, tanto en grado como en postgrado y en formación pemanente. Sólo así podremos desatar los nudos brevemente descritos y seguramente muchos otros.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es