

La igualdad jurídica: viejos problemas, nuevas soluciones¹

Fernando REY MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid
Valladolideko Unibertsitateko Zuzenbide Konstituzionaleko katedraduna

1. INTRODUCCIÓN: LA IDEA JURÍDICA DE IGUALDAD ES PARADÓJICA

Cualquier pretensión de abordar en profundidad el concepto jurídico de igualdad, uno de los centrales de cualquier ordenamiento jurídico, se enfrenta a desafíos poderosos. Los objetivos intelectuales excesivamente ambiciosos suelen volverse, como un bumerán, contra quienes temerariamente los establecen. Sobre el principio de igualdad se han escrito miles de páginas y se escribirán muchas más, y no sólo desde una perspectiva estrictamente jurídica. Se presenta, en el plano de la realidad social, una interesante paradoja: el concepto jurídico de igualdad es más potente y denso que nunca, pero su vigencia en el plano de los hechos se halla en trance de devaluación a partir de la crisis económica de 2007, agravada después por los efectos de la pandemia por la COVID-19. Así

¹ Este texto corresponde, en líneas generales, a la conferencia que el autor pronunció en la Lección inaugural del Curso 2023/2024 de la Academia Vasca de Derecho el día 21 de noviembre de 2023. Ello explica la carencia de referencias bibliográficas que, no obstante, pueden encontrarse en el libro *Derecho Antidiscriminatorio*, editorial Aranzadi y Thomson Reuters, Pamplona, 2023 (2ª edición).

como la crisis derivada de los ataques terroristas del fundamentalismo islámico en 2001 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) del siglo XXI: hasta entonces, 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.

En esta conferencia intentaré plantear preguntas y respuestas con una intención mucho más modesta, la de hacer observar algunas paradojas que rodean a la idea jurídica de igualdad. Concretamente, identificaré, de entre todos los posibles, diez problemas que se plantean en la actualidad en torno a la igualdad y la prohibición de discriminación como conceptos jurídicos.

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

La contraposición entre la igualdad “formal” o “jurídica” y la igualdad “real” o de “oportunidades” es una 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, sobre todo los sociales, 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 *iusis 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 ideas antiguas.

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, alberga 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.

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.

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.

Ahora bien, 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.

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 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, los poderes públicos 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.

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 aquellos 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 la cláusula del 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.* (1.938, ponente: Stone), y retomada por John H. Ely, 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. Este 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, 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 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 Denninger 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 indirecta, que no operan respecto de los otros grupos sociales. Segundo, porque en relación con los grupos protegidos por la prohibi-

ción 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.

6. QUINTO PROBLEMA: LA IDEA DE IGUALDAD JURÍDICA ES DIFERENTE EN ESTADOS UNIDOS Y EN EUROPA

A partir de los años sesenta del siglo XX emergió en los Estados Unidos una nueva rama del Derecho, el Derecho antidiscriminatorio. 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 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 (a todos se garantiza “la igualdad protección de las Leyes”) a lo largo del territorial nacional, también en los Estados del Sur.

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.

El Derecho antidiscriminatorio se fue desarrollando en los Estados Unidos y, en general, en el mundo anglosajón, durante los años setenta y ochenta 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 ha ido incorporando las categorías norteamericanas 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 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 foco 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.

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, interseccionalidad, acosos, etc. Ampliando, además, los rasgos especialmente protegidos desde el factor 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: orientación y discriminación de género, edad o discapacidad, principalmente.

En Europa, sin embargo, la idea tradicional de igualdad es diferente: es una idea sobre todo política y no jurídica y, por ello, a diferencia de lo que sucedía en Estados Unidos, no ha servido hasta hace poco para sostener y ganar demandas judiciales. En el siglo XIX la utilizó la burguesía primero como igualdad “formal”, para igualarse en derechos con la aristocracia (un derecho igual para todos frente a los regímenes diversos de los estamentos del Antiguo Régimen: tanto en el momento de dictar la norma, que habría de ser general por sus destinatarios y abstracta por su repetibilidad indeterminada, cuanto en el momento de su aplicación) y, más tarde, para defender la tesis de que obrero y amo eran totalmente iguales en orden a contratar libremente lo que quisieran, legitimando de este modo el abuso y la explotación laboral depredadora del capitalismo manchesteriano. A finales del XIX y en el siglo XX, la idea de igualdad la utilizó el movimiento obrero para defender la igualdad real o de oportunidades y así se fue creando la idea del Estado social con los derechos aparejados. La idea de igualdad en la tradición europea es, por tanto, una idea central, pero fundamentalmente de tipo político, no jurídico. Una idea que originariamente aparece en panfletos y documentos políticos y que, a lo sumo, se transforma en políticas públicas sociales, pero no en resoluciones judiciales; es una idea que se ha ido concretando jurídicamente no hace tanto: tras la Segunda Guerra Mundial en la cláusula del Estado social y la igualdad de oportunidades, esto es, en la declaración de la validez de los tratos jurídicos diferentes y favorables a todos aquellas personas y grupos que se encontraran en alguna situación de desventaja fáctica. La igualdad de oportunidades ha sido tradicionalmente, en Europa, desde el punto de vista jurídico no una “regla”, como en Estados Unidos, sino, más bien, un “principio”. Obsérvese, además, que la tradición norteamericana de la igualdad pone en énfasis en los individuos concretos, mientras que la europea responde a una lógica más bien grupal (desde, inicialmente, los obreros a muchos otros grupos: mujeres, minorías sexuales, religiosas, etc.).

El modelo norteamericano de la igualdad, por su parte, se construye no a partir de la división fundamental europea entre obreros y patronos, dado que aquella es una sociedad homogénea de burgueses o de personas que aspiran a serlo. En Estados Unidos la lucha social radical ha sido siempre la racial. El “otro” no ha sido el obrero, sino el afrodescendiente y después otras minorías étnicas y más tarde las mujeres. Desde la óptica norteamericana, tan individualista y tan atenta a la idea de libertad y de mérito estrictamente personales, el concepto de Estado social, esto es, de tratos jurídicos favorables a personas y grupos desventajados de hecho, es, simplemente, incomprensible y, como mínimo, altamente sospechosa.

Esta última afirmación se puede demostrar fácilmente con las confusiones derivadas del concepto de *affirmative action*, que fue acuñado inicialmente en Estados Unidos. En el derecho europeo y español, la igualdad de oportunidades se entiende como el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en cualquier situación de desventaja fáctica. Tratos jurídicos mejores a personas que integran grupos sociales en situaciones de desventaja social, cultural, económica, política, etc. Es evidente su sentido redistributivo de bienes sociales (trabajo, educación, servicios sociales, etc.) entre los diferentes grupos dentro de una misma sociedad. Las acciones positivas son la verdadera medida del Estado social en general (art. 1.1 CE). Su código genético es “la igualdad real y efectiva” del art. 9.2 de nuestra Constitución, concretada más tarde en el catálogo de derechos y principios del Título I CE (sobre todo, aunque no sólo en su Capítulo III). Y las acciones positivas son de muy diversa naturaleza y de muy diferente intensidad. Una beca de estudios, de comedor o de transporte, una subvención para que jóvenes o mujeres emprendan alguna actividad empresarial, la gratuidad de servicios públicos como la educación obligatoria, la mayoría de prestaciones médicas y farmacéuticas en España, el derecho de la seguridad social, en fin, tantas y

tantas políticas de igualdad real que movilizan cuantiosos recursos públicos cotidianamente. De ahí que las acciones positivas no se den sólo en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio: afectan a toda la población y a todas las políticas públicas.

La igualdad de oportunidades es un mandato constitucional de “parificación” y, por ello, legitima un derecho desigual. Por el contrario, la igualdad *de iure* entendida como contrapuesta radicalmente a la igualdad *de facto* (es decir, entender la igualdad como identidad de trato) actuaría como un instrumento de conservación del statu quo desequilibrado entre personas y grupos. Un entendimiento sedicentemente “neutro” de la igualdad no es ni mucho menos “neutral”. Y, curiosamente, no deja de resultar un trágico sarcasmo que se invoque precisamente a la igualdad (formal) para no permitir que brille la igualdad (real). Frente a esto se erige precisamente el Estado social: el mejor intento político conocido hasta la fecha de conciliar igualdad formal e igualdad real o de oportunidades (que ahora muchos llaman, algo imprecisamente, equidad), de modo que sean dos caras de la misma moneda y no dos principios reñidos. Pero sin olvidar, desde el punto de vista opuesto, que, si bien la igualdad jamás puede entenderse como una cláusula de conservación del *statu quo*, tampoco como un ariete transformador de la realidad sin procedimiento ni límite alguno; la idea de igualdad no puede convertir automáticamente cualquier deseo de parificación social en un derecho subjetivo.

La igualdad del Estado social es una igualdad substantiva, que no sólo incluye la igualdad de “trato”, sino también “de oportunidades” e, incluso, en algunas ocasiones, “de resultados” (“discriminación positiva”). Mientras que la igualdad de resultados, en la metáfora de la carrera, enfoca la línea de llegada, asegurando que todos los corredores (del grupo subordinado de que se trate) la alcancen, la de oportunidades apunta a la línea de salida, impidiendo que algunos de ellos comiencen la competi-

ción varios metros más atrás. Si se igualan las oportunidades, el desarrollo de la carrera, el resultado, dependerá del mérito y trayectoria de cada corredor individual. La igualdad de oportunidades no impide resultados desiguales, sino una carrera injusta. Tiene la innegable ventaja de que los miembros de la mayoría social no podrán impugnarla por trato preferencial hacia los miembros de las minorías, ya que lo único que hace (que no es precisamente poco) es asegurar una competición justa desde el inicio. Si, por ejemplo, no se garantiza una educación de alta calidad y equitativa para todos los miembros de la sociedad, incluidos los grupos rezagados, se está impidiendo que tales personas puedan llegar a ser en el futuro profesionales de éxito y ciudadanos plenos. De ahí que todas las medidas de educación inclusiva específicas que se adopten para los alumnos que sufran algún tipo de desventaja social no sólo no lesionan el derecho formal de igualdad, sino justo lo contrario: si no se establecieran, la igualdad constitucional se fragilizaría. En el marco del modelo de los Estados sociales europeos, no puede haber disputa jurídica sobre la validez de las acciones positivas. Otra cosa es la discusión política sobre cuáles serían las mejores políticas para alcanzar ese objetivo.

7. SEXTO PROBLEMA: LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES Y DISCRIMINACIONES POSITIVAS

La idea de “acción positiva” es confusa ya desde su origen histórico, porque procede de la *affirmative action* del Derecho norteamericano, cuya acta de nacimiento es la *Executive Order 10925*, de 6 de marzo de 1961, del presidente John F. Kennedy. A través de esta norma, Kennedy crea el *Committee on Equal Employment Opportunity* (que en 1965 se transforma en la *Equal Employment Opportunity Commission* (la institución federal que aún hoy se ocupa de las políticas de igualdad: www.eeoc.gov) y ordena que todos los proyectos financiados con fondos federales “*take affirmative*

action” para asegurar la contratación y los derechos laborales de todas las personas sin discriminación racial. El problema deriva de que por *affirmative action* se ha traducido “acción afirmativa”, “acción positiva” e incluso (y en Estados Unidos, sobre todo) “discriminación positiva”, ya que algunas de las medidas adoptadas bajo ese nombre son, en realidad, “discriminaciones positivas” y no “acciones positivas”. Para un amplio sector social en Norteamérica, todas esas ideas son inquietantes porque favorecen a los miembros de la comunidad considerados por muchos como los más tramposos, vagos y advenedizos (a partir del balance de lo que el individuo aporta y lo que recibe de la comunidad). La idea de igualdad substancial carece de neutralidad; para no pocos, la idea de acción positiva se asimila a una clase de favoritismo incondicional garantizado a ciertos individuos simplemente a causa de su pertenencia a grupos socialmente en desventaja. Esta errónea asociación, ha contribuido a una reputación controvertida. De modo que no sorprende que en Estados Unidos todo trato diferente y mejor a quien se encuentre en desventaja, ya sea acción o discriminación positiva, sea mirado, en principio, con sospecha. En efecto, la línea dominante actual del Tribunal Supremo Federal, tal y como se muestra en la Sentencia sobre las políticas de admisión con mirada étnica de las universidades de Harvard y Carolina del Norte, de 29 de junio de 2023, es la interpretación indiferente al factor racial (*colorblind*).

Sin embargo, en la tradición europea continental, la validez de las acciones positivas (igualdad de oportunidades) no sólo no se discute, sino que las constituciones suelen promoverlas. Las dudas se contraen sólo al concepto de discriminaciones positivas (igualdad de resultados). Sólo a él, mientras que, en el modelo norteamericano, que tiende a identificar igualdad con identidad de trato, también las acciones positivas son “sospechosas” de lesionar la igualdad y, por tanto, de interpretación estricta. Y también este modelo norteamericano sin refinar y sin adaptación alguna al contexto cultural europeo es el que reciben las directivas de la Unión

Europea que fundan el Derecho antidiscriminatorio europeo. En efecto, el primer reconocimiento formal de la acción positiva en el derecho de la Unión Europea fue en el art. 2.4 de la Directiva, ya no vigente, 76/207 sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto del empleo, la promoción y las condiciones laborales (1976). Dicho precepto permitía a los Estados miembros “adoptar medidas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, sobre todo, removiendo las desigualdades que afectan a las oportunidades de las mujeres” en el ámbito laboral. Aunque el artículo aludía a la “igualdad de oportunidades”, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia fue perfilando el concepto de “acción positiva” como equivalente.

Más tarde, el art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2009) alude a la “plena igualdad en la práctica” entre mujeres y hombres en la vida laboral, aclarando que “el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Es interesante, sin duda, que se hable de *full equality*, “la plena igualdad”, pero la redacción del precepto sugiere que las acciones positivas (a las que no se nombra así) son una suerte de excepción de la igualdad de trato (que, de modo subyacente y por evidente influencia norteamericana, se confunde, a mi juicio, con la “identidad de trato” —ya sabemos que igualdad no es identidad—). Es evidente el pedigrí anglosajón, más que europeo-continental, del precepto. Invocar, además, el “sexo menos representado” tampoco ayuda en la configuración de una regla asimétrica porque claramente permite pensar que también los varones pueden ser discriminados por razón de sexo, como si en el mercado laboral no hubiera un desequilibrio en contra de las trabajadoras. Una redacción semejante se plasma en el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre igualdad entre mujeres y hombres.

Las directivas de igualdad acogen textos similares: art. 3 de la Directiva de género; art. 6 de la Directiva 2004/113; art. 5 de la Directiva de igualdad racial y 7 de la Directiva de igualdad en el empleo por razón de raza, orientación sexual, edad, discapacidad y religión. Todas ellas se remiten a las “acciones positivas” permitidas por el principio de igualdad de trato (sin concretar forma o contenido: esto se reenvía a cada Estado).

El art. 6.7 de la Ley Integral 15/2022 se refiere a las “medidas de acción positiva”, que define como aquellas “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan”. Esta definición es, a mi juicio, mucho más precisa conceptualmente que las de las directivas, sobre todo en su primera frase. Con la segunda, el legislador no ha evitado introducir, en la estela de la definición anglosajona de las directivas, un elemento de cautela (exigencia de temporalidad y de proporcionalidad) que no era necesario, salvo que, con mejor tino, se hubiera consagrado un artículo específico a las discriminaciones positivas. Entonces sí hubiera tenido todo el sentido. Mucho me temo que las confusiones conceptuales entre el modelo norteamericano y el europeo siguen estando vigentes. Como se demuestra también, por cierto, en la comparación en el tratamiento de las discriminaciones positivas en el derecho norteamericano y en el europeo. El modelo europeo acepta las discriminaciones positivas, como el norteamericano, también bajo sospecha, también bajo un escrutinio estricto, pero de un modo sensiblemente más generoso y abierto que el modelo norteamericano. Esto no es sorprendente dada la configuración fuertemente social del modelo europeo frente al norteamericano que, a priori, es más individualista y meritocrático.

Basta ver la discutible solución que, este mismo año, el Tribunal Supremo Federal ha proporcionado a la cuestión de si los sistemas de admisión de estudiantes de Harvard y North Carolina, que permiten tener en cuenta como elemento positivo (se habla de “plus” o de “tip”) su pertenencia a una raza minoritaria (sistemas, pues, *race-conscious*), son o no conformes con la cláusula de igual protección de la XIV Enmienda de la Constitución y con los precedentes del propio Tribunal. Se trata de dos casos acumulados y el recurrente es el mismo: una organización sin ánimo de lucro llamada *Students for Fair Admissions, Inc.* (en adelante, SFA), que, entre otros objetivos, se dedica a la litigación estratégica. El ponente de la Sentencia es el Presidente del TSF, el *Justice* John G. Roberts. Los tribunales de instancia, tanto la *District Court* como el *First Circuit*, aplicando la doctrina de la Sentencia *Grutter v. Bollinger* (2003), habían declarado la validez constitucional de los sistemas de admisión impugnados, pero el TSF falla que son inconstitucionales. A la Sentencia le acompañan tres opiniones concurrentes, de Thomas, Gorsuch y Kavanaugh, y dos opiniones discrepantes, de Sotomayor y Jackson.

El hilo argumental de la Sentencia es fácil de describir: (1) En primer lugar, se analiza el sistema de admisión de las dos universidades para identificar de qué modo la raza es determinante o no en el proceso, observando que lo es en grado sumo. (2) Después, el Tribunal interpreta el sentido constitucional de la cláusula constitucional de igualdad, en general, afirmando que la única lectura válida es la *colorblind*, y respecto de la admisión en centros estudiantiles, a la luz de los precedentes, sobre todo de las Sentencias *Regents of University of California v. Bakke* (1978) y de la ya citada *Grutter v. Bollinger* (2003), concluyendo que, de acuerdo con ellas, (3) las políticas de admisión conscientes del factor racial de las universidades de Harvard y de Carolina del Norte no cumplen ninguno de los requisitos de la jurisprudencia. Concretamente, no superan el estándar judicial del *strict scrutiny* (equivalente a nuestro juicio de proporcionali-

dad) porque no invocan ningún interés público *compelling* (convinciente), ni se articula una conexión clara (*narrowly tailored*) entre esas políticas y los beneficios educativos de la diversidad. Por otro lado, tampoco se cumplen los tres mandatos de la cláusula de igual protección: no utilizar la raza de alguien para perjudicarlo en un proceso de admisión universitaria, los poderes públicos no deben estereotipar racialmente y las eventuales medidas de *affirmative action* han de ser temporales, lo que no ocurre en el caso. En conclusión, el TSF falla que los sistemas de admisión impugnados lesionan la cláusula constitucional de igualdad de la XIV Enmienda.

Estoy en desacuerdo frontal con la tesis principal de la Sentencia, la lectura *colorblind* de la igualdad constitucional, esto es, su interpretación desde la indiferencia hacia el factor étnico según la cual, sería contraria a la igualdad constitucional toda regulación jurídica que diferenciase por la etnia de los destinatarios, sea de modo favorable o desfavorable a unos u otros. Esto presupone que toda desigualdad jurídica racial de trato es una discriminación inválida. Coincido, por el contrario, con las opiniones discrepantes de Sonia Sotomayor y de Ketanji Brown Jackson, que abrazan la interpretación de la igualdad constitucional desde la óptica del principio de anti-subordinación de ciertos grupos étnicos históricamente marginados. En efecto, ¿cómo no coincidir con Sonia Sotomayor cuando afirma: “Ignorar (jurídicamente) la raza no igualará una sociedad que es racialmente desigual”?

8. SÉPTIMO 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, al-

berga 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.

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 primeros reconocidos, los más asegurados (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*.

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.

9. OCTAVO 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, “interseccional” a finales de los años ochenta por algunas profesoras feministas afro-americanas de Estados Unidos. La más representativa ha sido Kimberlé Crenshaw, 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”. 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”. 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.

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*.

10. NOVENO 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 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 específica de prohibición de discriminación). 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 bidireccional idéntica para mujeres y hombres). No resulta indiferente 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 desproporción 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.

11. 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 ju-

diciales; 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 esta conferencia. En España, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación viene a colmar el déficit de garantías, sobre todo con la creación de la nueva Autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación, que apunta en la buena dirección.