

PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO Y DETERMINACIÓN DE LA DESVENTAJA*

Anti-Discrimination Principle and Determination of Disadvantage

María José Añón Roig

Resumen

El artículo examina algunos de los límites del derecho antidiscriminatorio en su actual configuración, a partir de las grandes tendencias que le dan soporte desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial. El texto plantea una reflexión sobre los principios interpretativos tradicionales y los problemas de incorporación en el juicio de igualdad de estándares de orden explicativo y justificatorio que permitan captar los patrones o estructuras sociales de discriminación e identificar de forma más precisa a los sujetos. A tal efecto propone la ampliación del espectro argumental de la discriminación indirecta y la igualdad material, a través de criterios interpretativos adicionales derivados de categorías como la discriminación estructural y la interseccionalidad de las discriminaciones.

Palabras clave

Desventaja, juicio de igualdad, discriminación indirecta, discriminación estructural, interseccionalidad.

Abstract

The paper examines some of the limits of non-discrimination law in its current form, in view of the major legislative and jurisprudential trends underpinning it. The text reflects on the traditional interpretative boundaries and the difficulty of including in equality tests explanatory and justificatory standards capable of capturing the patterns or social structures of discrimination and more accurately identify the subjects. To this end, it proposes to extend the spectrum of reasoning in

María José Añón Roig, Universidad de Valencia. Correspondencia: Facultad de Derecho. Edificio Departamental Occidental. Avda. dels Tarongers s/n, 46071, Valencia, España. Correo electrónico: mariaj@uv.es

* Agradezco a los profesores del seminario de Derecho del ITAM la atenta lectura, las observaciones y comentarios que hicieron al texto inicial de este artículo. Agradezco también las sugerencias y aportaciones de Emilia Bea y Pablo Miravet. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación PROMETEO/2010/099 de la Generalitat Valenciana y en el proyecto CONSOLIDER CSD2008-00007, El tiempo de los derechos, Ministerio de Educación y Ciencia.

terms of indirect discrimination and material equality, using additional interpretative criteria derived from categories such as structural discrimination and intersectionality discrimination.

Keywords

Disadvantage, equality principle, indirect discrimination, structural discrimination, intersectionality.

I. Cuestiones pendientes en el derecho antidiscriminatorio

Prácticamente desde sus orígenes, el derecho antidiscriminatorio ha tenido que hacer frente a una serie de cuestiones, algunas incluso dilemáticas,¹ en los distintos niveles y ámbitos –legislativo, judicial o dogmático– en los que se ha ido gestando, tanto en el espacio jurídico interno como internacional.² Se pueden plantear, entre otras, cuestiones de tres órdenes que constituyen el contexto o el trasfondo de esta reflexión sobre el derecho antidiscriminatorio y que presentaré como retos pendientes, ordenados de menor a mayor grado de abstracción.

En primer término, hay que señalar que el desarrollo legislativo y judicial se encuentra frente a una serie de interrogantes que, pese a todo, siguen precisando respuestas más depuradas. Así, el ordenamiento jurídico muestra dificultades para identificar correctamente las categorías específicas relativas a quiénes son discriminados. Dos son las cuestiones centrales a este respecto: la identificación de sujetos, clases y categorías, y el reconocimiento de que las claves de la discriminación residen en las estructuras sociales de opresión, dominación y subordinación. De ahí que, como apuntan Barrère y Morondo (2011, p. 35),

¹ Sobre los dilemas que plantea el derecho antidiscriminatorio, véase Fredman, 2011, pp. 109 y ss.

² En este sentido es importante reparar en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y preguntarse en qué medida los cambios en el orden jurídico internacional de los derechos humanos, tanto universal como europeo, han venido marcados por el desarrollo de categorías jurídicas en el armazón del derecho antidiscriminatorio. Véase Bamforth *et al.*, 2008, pp. 19-22, 95 y ss.

no se cuente por el momento con legislación o líneas jurisprudenciales claras en la justificación de la categoría “grupo desaventajado”.

En segundo término cabe referirse a cuestiones de orden conceptual y metateórico que exigen plantear cómo los sistemas jurídicos captan y abordan los procesos de discriminación, lo cual comporta distinguir entre la evolución legislativa y jurisprudencial –internacional o nacional– y el desarrollo doctrinal, más crítico y con propuestas que, con todo, pretenden no separarse demasiado de las normas. Nos encontramos en un terreno en el que un desarrollo teórico plural, sustantivo y crítico ha ido siempre por delante de las respuestas jurídicas. Es más, en muchas ocasiones, la recepción por parte de los sistemas jurídicos de estas teorías ha sido tardía y pobre. Trataré de realizar una aproximación al concepto de discriminación y a las diversas modalidades de los procesos discriminatorios tal y como los sistemas jurídicos los asumen, evidenciando, a su vez, las formas dominantes de reflexionar sobre aquélla.

En tercer lugar estaría una reflexión más general sobre el nexo entre discriminación e igualdad. Los casos sometidos a examen por los tribunales sobre cuestiones de igualdad y discriminación reflejan, en general, la forma de entender la igualdad en el contexto de cada sociedad. Es un debate abierto si el derecho antidiscriminatorio implica asumir una concepción material de la igualdad. La interpretación y aplicación de las cláusulas de igualdad, como advierte O’Cinneide (2008, p. 84), suele ser un proceso incierto y complejo que a menudo solo proporciona una protección mínima para los individuos y los grupos que sufren tratos discriminatorios. Aceptando este punto de partida, es importante reconocer también que la perspectiva del derecho antidiscriminatorio ha dado lugar a cambios en la interpretación de las cláusulas más formales de igualdad y parece fuera de duda que este sector del derecho no puede dejar de proporcionar protección a los grupos desaventajados frente a un trato discriminatorio. Protección que, por mínima que sea, ha de tener en cuenta la realidad social de la que parten estos grupos, así como el impacto de las normas y los efectos de las políticas sobre los mismos; y necesariamente debe ir más allá de una interpretación formalista de la igualdad, superada hace mucho tiempo en sede teóri-

ca y, al menos en parte, en su proyección práctica (Nussbaum, 2007). De ahí que se apunte que la aplicación por parte de los tribunales de este sector normativo puede suponer una contribución fundamental a la protección de los derechos humanos si logra articular, al menos, una idea clara de lo que constituyen formas inaceptables de desventaja, discriminación y desigualdad (O'Conneide, 2008, pp. 81-82; Barranco, 2011, pp. 38 y 39).

Estos puntos de partida pueden ser de utilidad para reflexionar sobre dos tipos de cuestiones. De un lado, que en el razonamiento sobre la cláusula antidiscriminatoria se dan elementos que obligan a superar la visión dicotómica sobre las clases de discriminación y a comprender que la distinción entre la discriminación directa e indirecta resulta limitada e insuficiente para captar los patrones sociales de discriminación o las estructuras de dominación. De otro, que el razonamiento propio del juicio de igualdad ha de introducir algunos parámetros que exigen la inclusión en la argumentación jurídica de conocimientos característicos de la igualdad material como son el contexto social, los efectos sociales y de todo orden de las normas jurídicas, los presupuestos estructurales que existen tras las normas o los estereotipos que siguen siendo utilizados para justificar el trato diferenciado. Esto es, resulta necesario asumir la ampliación del rango de argumentos justificatorios y tales argumentos encuentran su sentido y origen en enfoques que precisan tener en cuenta la discriminación sistémica o estructural y la perspectiva de la interseccionalidad en los procesos discriminatorios.

Una última precisión. En el examen de la argumentación en torno a la cláusula antidiscriminatoria acudiré a algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque el razonamiento también puede ser aplicable a la tarea del legislador. Parto de la premisa de que la clave para que el derecho sea capaz de entender y captar la discriminación exige reconocer las estructuras sociales de opresión, subordinación y dominación, algo que se ha de hacer a través de categorías o enfoques que tienen su origen en la discriminación estructural y la perspectiva de la interseccionalidad. Ahora bien, precisamente las características y la indeterminación de la discriminación estructural aumentan las dificultades del proceso judicial como medio de superación

de este tipo de discriminación o incluso de compensación de injusticias. El futuro de la no discriminación está ligado también, como sugiere Guiraudon (2009, p. 527), al desarrollo de normas sobre igualdad y a la acción de los actores de la sociedad civil y los agentes sociales para mantener esta cuestión en la agenda política. Pues junto a las dificultades de carácter más técnico para que el derecho incorpore categorías jurídicas, principios interpretativos y respuestas adecuadas para estos procesos de discriminación sistémica, no hay que minusvalorar las limitaciones del derecho mismo para remover las desigualdades más profundas.

II. La categoría “grupo desaventajado”

El enfoque de los grupos desaventajados o vulnerables se apoya en una serie de presupuestos teóricos y políticos que proponen incorporar a la idea de justicia social el análisis de la estructura social y el contexto institucional que a menudo contribuye a determinar los modelos de distribución. Fundamentalmente porque se trata de un planteamiento que valora la importancia del entorno institucional, estructural y relacional para la vida de los seres humanos.

Por su parte, como subraya Giménez Gluck (2004, pp. 171-173), la cláusula específica de no discriminación que se encuentra presente en textos jurídicos internacionales y constitucionales cumple una doble función. De un lado, prohíbe su utilización para perjudicar a determinados grupos o colectivos que, por su historia de minusvaloración, dominación o postergación social, no han formado parte, de hecho, de quienes participan en los procesos de formación de las normas. Grupos, como escriben Rey y Giménez (2010, pp. 23-24), “ausentes y apartados [...] por barreras informales pero de gran grosor.” De acuerdo con el ideal democrático, la sociedad está integrada por individuos que se reconocen entre sí como agentes morales de igual dignidad, y el proceso público de toma de decisiones responde al principio de la igual capacidad de autogobierno de las personas, del derecho de todos y cada uno a que su voz cuente igual. Sin embargo, existen grupos sociales a los que históricamente se ha tratado de manera desfavorable, alejándo-

los del poder, de los procesos de formación de las normas, del espacio público. La idea de “rasgos sospechosos” simboliza o explicita una historia de discriminación que ha suscitado y suscita importantes desventajas y prejuicios que constituyen el núcleo de la discriminación social.

De otro lado, la mencionada cláusula protege a esos mismos grupos a través de un juicio de igualdad exigente. Giménez Gluck (2004, p. 173) explica que, en el marco del modelo constitucional español, el Tribunal Constitucional puede adoptar dos niveles de juicio agravado (estricto e intermedio) y un juicio de mínimos. El juicio agravado puede ser juicio estricto para juzgar las normas, medidas o clasificaciones legislativas que utilizan el rasgo sospechoso para perjudicar a los colectivos protegidos. En este supuesto, la protección se concreta en una presunción de inconstitucionalidad o de ilegalidad de la norma, cuando dispensa un trato desfavorable a estos sujetos sobre la base de tales criterios. El juicio intermedio se aplica a las normas que benefician a estos grupos. Este razonamiento, por su parte, introduce el criterio de igualdad material (artículo 9.2 Constitución española) como elemento integrante de la finalidad constitucionalmente deseable justificadora del trato desigual. Finalmente, el nivel de juicio de mínimos se aplica a los casos en que la igualdad no tiene en cuenta ninguno de estos criterios, ni para perjudicar, ni para beneficiar, caracterizado por una presunción de constitucionalidad a favor del legislador.

La cuestión fundamental del derecho antidiscriminatorio es sin duda la identificación de la categoría “grupo desaventajado” o “grupo especialmente vulnerable”. Se trata de un tema central pero no resuelto ni cerrado. Tomando en consideración tanto las características básicas del grupo social a las que se refiere la filosofía política³ como aquellas que han sido aceptadas por algunos tribunales de referencia, es posible destacar básicamente tres: la determinación del grupo desaventajado, una historia de discriminación y una situación de desventaja pasada y presente.

³ Kymlicka, 1996; Fiss, 1999; Young, 2000; Villoro, 2001; De Lucas, 2004.

(a) El grupo social no está constituido únicamente por una serie de individuos, sino que en su seno se dan relaciones de interdependencia: “los sujetos se autoidentifican, explican quiénes son, como formando parte de él” (Fiss, 1999, pp. 138-142).⁴ La razón es que comparten algunos rasgos que los identifican como grupo. Esta característica no ha de ser involuntaria e inmutable pero sí definitoria –es decir, el rasgo del que se sirve una norma es la razón por la que el grupo ha padecido una historia de discriminación, ha sido marginado del proceso político de toma de decisiones y existen una serie de prejuicios sociales contra los miembros de esa clase (Giménez Gluck, 2004, p. 232).

La noción de grupo, sin embargo, no debería ser interpretada como una entidad esencialista o naturalista, caracterizada por un conjunto específico de atributos comunes. Esto es, no existiría algo así como una naturaleza común compartida por sus miembros (De Lucas, 2006, pp. 59-129). En el caso de las mujeres, como se ha señalado de forma constante, la idea de grupo es altamente controvertida. En este contexto, lo que confiere a la comunidad de género un valor de “grupo”, escribe Ballestrero (1996, pp. 91-107), es el hecho de que, respecto a situaciones determinadas –el empleo, las posiciones profesionales de nivel superior, los puestos de responsabilidad, el sufragio pasivo, etc.– las mujeres aparecen como “grupo desaventajado” en cuanto sistemáticamente infrarepresentado, constituyendo así una comunidad de género a la que es lícito atribuir significados e implicaciones diversas que, sin embargo, aún no está asumida. Tampoco resulta adecuado, en este contexto, acudir a la categoría jurídica de minoría como concepto análogo al de grupo. Barrère y Morondo (2011, pp. 35-36) llaman la atención también sobre las limitaciones que comporta una concepción del derecho antidiscriminatorio y de los grupos discriminados en términos de minorías, de acuerdo con el modelo de minoría étnica o **etnocultural**. Este concepto genera cierta ambigüedad en la identificación de las diferen-

⁴ Fiss abanderó, desde la década de 1970, una influyente doctrina académica sobre la necesidad de que el Tribunal Supremo norteamericano adoptara una interpretación de la cláusula de igual protección desde la noción de “grupo subordinado” (Fiss, 1999, pp. 138-142). En la actualidad Fredman y Young han argumentado en una línea similar. Al respecto, O’Cinneide, 2008, pp. 87-88.

cias, las desigualdades y las interrelaciones y resulta especialmente inadecuada cuando se aplica a las mujeres (Phillips, 2004). Las mujeres no son una minoría numérica ni comparten una concreta identidad, sino que componen la mitad de cualquier grupo, mayoritario o minoritario, y los parámetros del modelo conceptual de los derechos de las minorías étnicas se muestran inadecuados para las situaciones de subordinación y opresión de otras clases de sujetos, como por ejemplo, las mujeres.

Con todo, lo relevante, en atención a este primer requisito, es tener presente que los procesos de discriminación tienen una dimensión grupal o colectiva ineliminable. La discriminación como tratamiento diferenciado desfavorable o injusto hacia una persona por razón de su sexo, origen racial o étnico, religión, convicciones, edad, orientación sexual, etc., tiene carácter grupal o colectivo, puesto que parte y se experimenta desde características que una persona comparte con un grupo, a pesar de la heterogeneidad interna que se da en todo colectivo (Barrère, 1997; 2008, pp. 60-62). Es cierto que la tesis de la dimensión grupal de la discriminación se ha visto oscurecida por la afirmación de que las demandas de los grupos desaventajados sólo pueden articularse a través de derechos colectivos.⁵ En este caso, nuestra posición es otra. Se trata de tomar en consideración que la discriminación y la desigualdad estructural tiene una faceta o dimensión colectiva o grupal definitoria. El trato desigual e injusto es experimentado por personas individualmente consideradas, pero la razón de ese trato es que comparten o se les atribuyen unas características, rasgos o prejuicios propios de una colectividad.

⁵ Véanse los debates a propósito de esta categoría en Ansuátegui, 2002. La discusión sobre la categoría derechos colectivos enfrentó de forma excesivamente dicotómica a liberales y comunitaristas. La noción de derechos colectivos puede tener distintos sentidos: (i) derechos reconducibles a derechos individuales en tanto que las razones que los justifican son compartidas con las que justifican los derechos individuales; (ii) derechos que se reconocen a sujetos no individuales que tienen algún tipo de personalidad jurídica; (iii) derechos individuales que sólo pueden ejercerse a través de un grupo o donde el grupo es necesario para la efectividad del derecho como ocurre con el derecho a la lengua o el derecho de huelga; (iv) derechos cuyo titular sólo puede ser un sujeto colectivo que tiene un interés también colectivo cuya protección no puede realizarse como si se tratara de un interés individual. Ejemplos: derecho a la negociación colectiva, el derecho de autodeterminación política de los pueblos.

El reconocimiento de la dimensión colectiva o grupal de la discriminación se ha ido arraigando en una cultura jurídica que se encuentra impregnada de categorías jurídicas individuales. Por ello, el concepto de discriminación utilizado en los textos legislativos y jurisprudenciales supone que la discriminación es un conflicto entre individuos concretos y tiende a convertir el problema en una cuestión intersubjetiva (Rubio, 2003). Aunque hay avances, la lógica de la igualdad desarrollada por la vía de mecanismos judiciales, como escribe Squire (2009, p. 507), se encuentra encorsetada en un modelo de igualdad individualizado, escasamente preparado para implementar un concepto de igualdad *group-based* y hacer frente a aspectos estructurales de discriminación más complejos, como es el caso de la discriminación interseccional.

(b) En segundo lugar, el grupo ha de contar con una historia de discriminación que se proyecte sobre su situación actual y que pueda ser probada. Como ya se ha señalado, en estos casos los tribunales efectúan un juicio de igualdad agravado, o escrutinio estricto, que encuentra su justificación en la sospecha de que el legislador pueda haber regulado una situación de modo discriminatorio en virtud de dos criterios: “Porque puede constatarse una situación de postergación histórica y segundo, la desventaja social y/o política persiste” (Giménez Gluck, 2004, p. 174).

En este contexto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como otras cortes, propone una serie de parámetros dirigidos a identificar si existe una historia de discriminación basada en alguno de los criterios prohibidos respecto a un derecho particular que afecta al caso que examinan. Así, averiguar si el grupo ha sido excluido del acceso o del ejercicio de uno o varios derechos en el pasado, o si existe relación entre la regulación actual de un derecho o prestación y las normas o prácticas discriminatorias del pasado. Este tipo de cuestiones se han planteado profusamente en casos como el de los gitanos en Rumanía o la violencia sobre las mujeres en Turquía. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró en el caso *Timishev* que “la etnia y la raza son conceptos relacionados que se solapan. Mientras que el concepto de raza parte de la idea de la clasificación biológica de los seres humanos en

subespecies con arreglo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales, la etnia tiene su origen en la idea de los grupos sociales marcados por la nacionalidad, la afiliación tribal, la fe religiosa, la lengua compartida o los orígenes y antecedentes culturales y tradiciones comunes” (*Timishev vs. Rusia*, 13 de diciembre de 2005, párr. 55). En el caso *Sejdić y Finci vs. Bosnia Herzegovina*, de 22 de diciembre de 2009, tras reiterar la explicación sobre la relación entre raza y etnia añadió que “la discriminación debida al origen étnico es una forma de discriminación racial.” Por otro lado, uno de los casos en los que el Tribunal Constitucional español ha reconocido la categoría de grupo especialmente protegido, aun cuando no se encuentra expresamente enunciado como tal en el artículo 14 de la Constitución española, es el de las personas con discapacidad.⁶

(c) El tercer requisito exige la prueba de que el grupo se encuentra en una situación de subordinación. La posición social, económica y cultural que sus miembros ocupan en la comunidad, la persistencia en el tiempo de tal posición o los prejuicios sociales que reporta, evidencian el estatus subordinado.

El requisito de subordinación queda probado a través de la demostración de una situación social de desigualdad material, producida no sólo por una historia de desarraigo, sino también por la existencia en la actualidad de una visión infravaloradora del grupo o de alguna característica del mismo que permita concluir que existe un prejuicio social sobre el grupo. Así, la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* define “discapacidad” como la situación de aquellas personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español 269/1994, de 30 de octubre, sobre reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la Administración Canaria. El Tribunal (fj.4) considera que la discriminación impide la adopción de tratamientos que globalmente entorpecen la igualdad de trato o igualdad de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en estos sujetos de una serie de factores diferenciadores que el legislador considera expresamente prohibidos por vulnerar la dignidad humana. Pero el elenco de tales factores no es cerrado. Si el legislador utiliza el rasgo discapacidad para perjudicar al colectivo, el Tribunal considera que ello debe ser sometido a un estricto juicio de igualdad.

barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En el contexto de la prueba o en la búsqueda de evidencias de la situación de desventaja cobra cada vez mayor importancia la obtención de datos.⁷ En este sentido, diversas actividades, como el tratamiento de datos estadísticos, el trabajo de observatorios sobre discriminación,⁸ la actuación de organismos para la igualdad, las investigaciones, la exposición de casos sobre prácticas de discriminación y los modelos de buenas prácticas,⁹ son medios fundamentales para mostrar distintas formas de discriminación presentes en las sociedades. La Observación General 31 del Comité contra la Discriminación Racial *sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal*, subraya, de forma coincidente, la importancia de los indicadores fácticos y legislativos en la identificación de supuestos de discriminación y especialmente en el caso de la discriminación indirecta.¹⁰

⁷ El Informe del Parlamento Europeo sobre la Directiva 43/2000/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato sobre discriminación racial de 6 de julio de 2007 llama la atención sobre la obtención de datos en este ámbito. Parte de la importancia de contar con datos y hacerlo de forma desagregada, sobre todo para demostrar la discriminación indirecta, así como para diseñar políticas y desarrollar estrategias positivas. Pero al mismo tiempo suscita serios interrogantes éticos y jurídicos. En este sentido, establece como límite la intimidad (las identidades) de los individuos y su utilización como base para la elaboración de perfiles en función de la etnia o la raza (Guiraudon, 2009, p. 540). Al respecto, véase García Añón, 2013.

⁸ A título ejemplificativo se puede mencionar en el ámbito de Naciones Unidas la División Estadística de la Secretaría de Naciones Unidas y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías. En el espacio europeo, el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia y el Eurobarómetro. También cabe destacar el Eurostat Working Group dirigido por la EU DG Employment sobre medición de discriminación.

⁹ Desde sus inicios en 2000 el RAXEN red ha proporcionado datos y ejemplos sobre buenas prácticas a la *European Union Agency for Fundamental Rights* especialmente en el campo de las medidas antidiscriminatorias en el mercado de trabajo.

¹⁰ Se ha llamado la atención también sobre el hecho de que la medición de la discriminación presenta dificultades similares a las mediciones de la pobreza o el bienestar que cuentan con una mayor trayectoria y pueden servir como modelos a seguir (Wrench, 2008, p. 77; Guiraudon, 2009, pp. 538-539, 543).

III. Determinación de la desventaja y juicio de igualdad

La identificación de la discriminación como desventaja presenta ciertas limitaciones. La discriminación está articulada por procesos sociales difíciles de erradicar, arraigados en nuestros sistemas de socialización y con una gran capacidad de mutación y adaptación al medio que facilita su invisibilidad. Con el fin de superar en lo posible tales dificultades, atenderé a los factores, criterios y argumentos que, elaborados en el contexto del juicio de igualdad, permiten delimitar el sentido de la desventaja o de la subordinación.

El razonamiento característico de algunos tribunales de referencia en el juicio de igualdad, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), comprende fundamentalmente tres fases. La primera es en realidad una pre-fase en la que se debe determinar la intensidad del juicio –estricto, intermedio o de mínimos– como ya he señalado con anterioridad. En la segunda fase, denominada juicio de racionalidad, el tribunal aprecia si existe suficiente causa para la acción, es decir, si existe una situación de trato desigual que requiere justificación, y a tal efecto examina la racionalidad de la norma, su fundamento o razón de ser. La tercera es el juicio de proporcionalidad, y en ella el tribunal procede sobre la base de dos cuestiones: si la distinción persigue un objetivo legítimo y si existe proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que debe ser realizado. La tesis que aquí se propone supone introducir la determinación de la desventaja y lo que ello comporta en el segundo paso del razonamiento.

El razonamiento propio del juicio de racionalidad, como he indicado, tiene por objeto establecer la racionalidad, el fundamento o la razón de ser de una norma y de la clase de sujetos que toma en cuenta. Comporta identificar la desventaja del grupo, especificar patrones sociales de discriminación y precisar, como propone Timmer (2011, p. 722), los estereotipos o prejuicios sociales concretos, como paso previo a la argumentación sobre la justificación de la norma. Es en este momento donde procede examinar los factores más relacionados con la situación de desventaja: el contexto histórico del grupo,

los efectos pasados y presentes de la norma objeto de escrutinio y el prejuicio social o patrón de discriminación.¹¹

(a) El examen del contexto histórico evidencia que la gravedad de los patrones de dominación, los prejuicios o estereotipos dependen en amplia medida del entorno social en el que se producen. El TEDH ha dado muestras de ser consciente de ello. En el caso *Andrle vs. Czech Republic*,¹² donde se analiza el sistema de pensiones en la República Checa, el tribunal asume que tal sistema está basado claramente en el estereotipo del esquema varón proveedor y mujer responsable del hogar. En el caso *D.H. and Others vs. Czech Republic*,¹³ en el que se juzga la situación de segregación escolar de niños de etnia romaní en escuelas primarias, el tribunal constitucional estatal había manifestado, ante la acusación de falta de supervisión de la educación de estos niños y sus escasas posibilidades de acceder a escuelas con un currículum ordinario o estándar, que “no es papel (del Tribunal Constitucional) evaluar el contexto social” y que los padres de los niños no habían probado que tuvieran interés en que sus hijos progresaran en la enseñanza reglada (párr. 28).

(b) En relación con la valoración de los efectos actuales de la norma, el tribunal puede cuestionar qué tipo de perjuicio causa la norma y sobre qué sujetos, e investigar los efectos de la misma. Procede examinar los efectos sociales de todo tipo –de orden psicológico, económico, cultural– que pueden afectar al estatus material de las personas o a su

¹¹ La decisión que marca un cambio significativo en la jurisprudencia relativamente formalista del TEDH es *D.H. and Others vs. Czech Republic* (57325/00, 13 noviembre 2007). En ella el tribunal sostiene que las políticas educativas de la República Checa producen un resultado que de facto segrega a la población infantil gitana o romaní en escuelas especiales y ello resulta contrario al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Se trata de una interpretación que puede ampliar potencialmente el alcance de la Convención. Los votos disidentes señalan críticamente el hecho de que el tribunal realice una valoración del contexto social respecto a la posición de los gitanos en la sociedad checa. En sentido coincidente, en *Andrle vs. Czech Republic* (6268/08, 17 de febrero de 2011) los votos disidentes ponen en cuestión haber adoptado la perspectiva de “grupo desaventajado”, con el argumento de que se trata de una desviación del modelo representado por la igualdad formal que forma parte del corazón del estado de derecho en Europa. También puede verse el caso *Alajos Kiis vs. Hungary* (38832/06, 20 de mayo 2010, párrs. 42-44).

¹² Datos de identificación en la nota anterior.

¹³ *Idem*.

estatus social. Éste es el ámbito adecuado para plantear el enfoque interseccional de los efectos de la aplicación de las normas.

(c) Finalmente, el tribunal procede a “desenmascarar” el estereotipo, a determinar con mayor precisión el prejuicio, a especificar el patrón de discriminación estructural, dejando claras sus consecuencias adversas, así como las obligaciones internacionales de los Estados que pueden servir para combatir este tipo de discriminación. Este análisis pretende hacer explícito el tipo de experiencias que la sociedad considera como “naturales” y plenamente interiorizadas que, con frecuencia, forman parte de las razones que los Estados alegan para justificar las normas discriminatorias.

Estos tres pasos permiten determinar un estereotipo y valorarlo como erróneo o injusto –en definitiva, como un daño o un mal social–. Cook y Cusack (2010, p. 40) subrayan la necesidad de realizar este diagnóstico para poder pautar un tratamiento, así como su eliminación. La valoración del contexto, de los efectos de la norma y la especificación del patrón de discriminación es necesario no sólo para detectar los estereotipos, sino sobre todo, como advierte Timmer (2011, p. 718), para comprender hasta qué punto son perjudiciales.

Introducir en el juicio de racionalidad –esto es, en el razonamiento sobre la justificación de una norma jurídica– la identificación de los patrones de discriminación o los prejuicios sociales que subyacen a ella, de acuerdo con los elementos que he señalado, y llegar a la conclusión de que, efectivamente, se trata de una norma cuya razón de ser responde a tales patrones, puede tener consecuencias relevantes de orden argumentativo e introducir ciertas pautas interpretativas, entre las cuales subrayaría dos criterios.

De un lado, establecer que los prejuicios sociales negativos respecto a grupos vulnerables o la identificación de patrones de discriminación estructural no pueden ser considerados argumentos válidos para fundamentar una norma y por tanto no pueden ser aceptados como causas de justificación de un trato diferenciado. Los Estados deben ofrecer razones para justificar sus normas de acuerdo con criterios o principios racionales, y no sobre patrones sociales que susciben la necesidad de preservar pautas culturales, tradiciones o el *statu quo*. En *D.H.*

and Others vs. Czech Republic, que examina la segregación escolar de niños de etnia romaní en escuelas primarias, el tribunal muestra lo inadecuado del razonamiento de la autoridad educativa estatal que niega la existencia de discriminación y señala “la tendencia de una parte de los padres de niños Romaníes a tener una actitud más bien negativa hacia el trabajo escolar” (párr. 26) como argumento para justificar la política educativa examinada. Tampoco fueron aceptados por el tribunal europeo los argumentos de la corte constitucional rusa en el caso *Konstantin Markin vs. Rusia*,¹⁴ al afirmar que “respecto a los permisos parentales, el tratamiento diferenciado del personal militar masculino y femenino se justifica por el especial papel de las madres en la crianza de los niños” (párr. 48).

De otro lado, hay que cuestionar un elemento argumentativo que suele exigirse en el juicio de igualdad: el término de comparación. De acuerdo con este parámetro, existe discriminación allí donde se da un trato diferente a personas en una situación igual o comparable, sin razones objetivas y sin justificación razonable. La apelación a este criterio se ha puesto en evidencia por diversas causas. Entre ellas, porque no se aplica en la mayor parte de casos de discriminación indirecta, tampoco para probar la discriminación interseccional, o bien porque hay supuestos en los que no existe un término de comparación.¹⁵ En este punto, parte de la doctrina propone sustituir el test de comparabilidad por un “test de desventaja” (Gerards, 2005, pp. 669-675), al afirmar que la desventaja o el daño que se genera no depende de una comparación con otro grupo de personas (Golberg, 2011, p. 728) o bien apela a principios o criterios sustantivos que forman parte de las normas de derechos humanos que permite examinar un tratamiento a partir de un estándar teórico.

¹⁴ Konstantin Markin vs. Russia (30078/06, 7 de octubre de 2010).

¹⁵ Razonamiento que se evidencia en el caso Konstantin Markin vs. Russia, citado.

IV. Sobre los argumentos de orden justificatorio frente al trato discriminatorio

Atenderé a continuación a los argumentos que deben ser incorporados a un razonamiento propio de la cláusula antidiscriminatoria y que necesariamente exigen moverse en el ámbito de modalidades de discriminación que, de una parte, trascienden la división dicotómica entre discriminación directa e indirecta, y de otra, exigen plantear el principio antidiscriminatorio como norma de igualdad material. Me centraré en aquellas razones que puede proporcionar el enfoque de la discriminación indirecta y en qué medida ésta debe apoyarse en premisas que se plantean en el ámbito de la discriminación estructural e interseccional y que comporta una ampliación de los argumentos justificatorios frente al trato discriminatorio. Así, frente a los límites que exhibe el derecho antidiscriminatorio, cabe apelar a otros argumentos que encuentran su origen en enfoques más complejos que atienden a las estructuras sociales donde se dan estatus de subordinación.

1. Discriminación directa

Hablamos de discriminación directa para referirnos a aquel tratamiento jurídico diferenciado y perjudicial para una persona por razón de alguno de los factores prohibidos de diferenciación.¹⁶ Se trata de aquella situación en la que, en función de los rasgos especialmente protegidos, una persona es o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga o comparable.¹⁷ En estos casos el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distin-

¹⁶ La Directiva europea 78/2000/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 28.1.b de la Ley 62/2003 (ley de transposición de las directivas europeas de igualdad) ha incorporado de modo incompleto el artículo 2.2 de la Directiva 43/2000, que se refiere a la situación en que una persona sea tratada peor que otra sobre la base de los rasgos protegidos, también cuando haya sido tratada peor en el pasado y cuando pudiera serlo en el futuro. La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, transpone de forma más adecuada a lo largo de su Título I el contenido de las dos directivas europeas sobre discriminación.

¹⁷ Rey y Giménez, 2010, p. 33.

ción o exclusión —por ejemplo, cuando se prohíbe a las mujeres ejercer una profesión, o cuando se establecen distinciones raciales para el ejercicio de un derecho, o cuando se prohíbe a las personas con discapacidad acceder a un cargo o empleo público— e, inversamente, cuando se omite cumplir con una obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente. Por ejemplo, cuando en un lugar público, como un bar o un restaurante, expone un aviso prohibiendo la entrada a personas de una raza/etnia particular.

El núcleo de la discriminación directa es la diferencia de trato sufrida por una persona. Por lo tanto, el primer elemento de la discriminación directa es la prueba del trato menos favorable, que puede resultar relativamente fácil de identificar. Por ejemplo: denegación de entrada en restaurantes y tiendas, percepción de menores pensiones o remuneraciones, abusos verbales y violencia, denegación de paso en un control, exclusión de determinadas profesiones, denegación de derechos de herencia, exclusión del sistema educativo general, deportación, denegación o retirada de asignaciones de seguridad social. La prueba de discriminación directa comporta la nulidad de la norma o práctica en cuestión.

El núcleo del razonamiento de esta modalidad de discriminación se encuentra para los tribunales en la referencia comparativa. Dado que la discriminación requiere un trato menos favorable respecto a otra persona o clase de sujetos que se encuentre en una situación similar, se necesita una referencia comparativa: una persona o clase de sujetos que se encuentren en circunstancias sustancialmente iguales y cuya principal diferencia respecto a la otra persona sea un “motivo protegido”.¹⁸ Sin embargo, la exigencia de un término de comparación en los supuestos de discriminación directa por rasgos especialmente protegidos ha ido modificándose, como ocurre, por ejemplo, en el caso de embarazo en el contexto del empleo. Una larga jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, iniciada con el importante asunto *Dekker vs. Stichting Vommingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*¹⁹ establece claramente que si el perjuicio sufrido por una persona

¹⁸ TEDH, asunto *Luczak vs. Polonia* (77782/01, 27 de noviembre de 2007).

¹⁹ Asunto C-177 (1990) (Rec I-3941, 8 de noviembre de 1990).

se debe a su embarazo, la situación se califica como discriminación directa, sin necesidad de referencia comparativa.

2. Discriminación indirecta

La modalidad de discriminación indirecta parte de la existencia de una norma o una práctica basada en un factor de distinción considerado “neutro” y cuya aplicación da lugar a un efecto o resultado que excluye a un grupo o colectivo, sin justificación objetiva. La discriminación es consecuencia de los efectos sociales de la norma sobre un grupo especialmente protegido. A las discriminaciones indirectas también se las denomina de impacto, frente a las discriminaciones directas que lo serían de trato, porque, en definitiva, suponen una valoración del distinto impacto que una diferencia jurídica de trato (en principio neutral, es decir no marcada por los rasgos sospechosos especialmente protegidos) produce sobre los miembros del grupo a proteger respecto a los de la mayoría. A este fin, para valorar el impacto desigual, es posible y conveniente utilizar datos estadísticos.

Algunos de los rasgos o factores relevantes de la discriminación indirecta pueden contribuir a la identificación de la desventaja y tienen repercusión sobre la dimensión material de la igualdad. El núcleo del razonamiento de esta modalidad de discriminación supone, sin duda, y esto es lo que conviene apuntar en este momento, una ampliación de los argumentos justificatorios frente al trato diferenciado en tanto que comporta, en distintos grados, una valoración material de las desigualdades. Valoración que está estrechamente ligada a los rasgos caracteriológicos de esta clase de desigualdad. Así, (a) consiste en un trato discriminatorio que valora o centra su atención en los efectos sociales de las normas y en la aceptación previa de que tales efectos pueden ser resultados intencionales y no intencionales de los sujetos o autoridades que adoptan la norma o pauta; (b) enfatiza la dimensión colectiva o grupal de los procesos discriminatorios, tal como ya se ha indicado con anterioridad; (c) se ha desarrollado conjuntamente con otros principios reparadores. El desarrollo de categorías en el marco del derecho antidiscriminatorio se ha producido en relación con el re-

conocimiento de principios de protección y de reparación del daño que tienen una proyección fundamental en la efectividad de este conjunto de normas. Entre los principios podemos destacar por su relevancia el de indemnidad frente a la presentación de quejas, reclamaciones o denuncias relacionadas con el principio de igualdad de trato y no discriminación; el principio reparador de nulidad de todos los actos que causen discriminación,²⁰ y el principio de tutela judicial, como derecho a exigir la protección de los tribunales; (d) por su especial importancia hay que mencionar de forma separada el principio de distribución de la carga de la prueba que modifica los procedimientos probatorios y facilita el acceso a la justicia en este tipo de casos. Esteve (2008, apart. 5) subraya la importancia de aplicar correctamente el nuevo “reparto de la carga de la prueba”. Fruto de una larga construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de igualdad por razón de sexo,²¹ se ha reconocido un nuevo equilibrio probatorio que abandona el elemento intencional y basa su razonamiento en la constatación objetiva de la diferencia de trato. Excepto en el ámbito penal, como es obvio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que en el resto de áreas jurídicas las reglas de la prueba estaban privando a las víctimas de la posibilidad de hacer valer su derecho de acción.²²

²⁰ Directiva 2006/54/ce del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Este principio reparador se complementa, por un lado, con la obligación de indemnizar en caso de daño causado y, por otro, con un catálogo de sanciones a la persona que discrimine, que han de ser eficaces y desplegar un efecto disuasorio, pero que, en ningún caso, deben victimizar a las personas que sufren la discriminación.

²¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 27 de marzo 1980, asunto 129/79, “Jenkins.”

²² TEDH, Shanaghan vs. Reino Unido (37715/97, 4 de mayo de 2001). El tribunal reconoció las dificultades en la práctica de probar la “motivación racista”. El caso más emblemático es Nachova y otros vs. Bulgaria (43577/98 y 43579/98, 6 de julio de 2005) donde se señala que en los supuestos en que se invoque la discriminación racial, la carga de la prueba incumbe al gobierno demandado que con ayuda de elementos probatorios suplementarios o de una explicación plausible de los hechos deberá convencer de que los sucesos denunciados no han estado inspirados en una actitud discriminatoria prohibida.

En realidad, como sostiene Esteve, la eficacia de toda legislación antidiscriminatoria depende de su régimen probatorio, pero el desafío no sólo consiste en establecer un nuevo régimen jurídico, sino en conseguir hacer realidad un cambio de los procedimientos jurisdiccionales tradicionales por lo que respecta a la metodología y a la prueba. El artículo 8 de la Directiva 43/2000 no impone una inversión de la carga de la prueba, sino un nuevo reparto de dicha carga entre el demandante y el demandado;²³ en realidad supone que sólo cuando la parte demandada no pueda justificar el carácter legítimo y proporcionado de la medida, se podrá constatar la existencia de un trato discriminatorio. El demandante debe aportar suficientes indicios de la existencia de una medida discriminatoria. Con todo, la prueba de la discriminación indirecta es extremadamente compleja, su argumentación difícil y no siempre se ha aplicado consistentemente por parte de los tribunales que, de este modo, no extraen todo el potencial que puede tener esta institución jurídica (Bamforth *et al.*, 2008, p. 339).

En definitiva, el ámbito de aplicación de la discriminación indirecta comporta, como se ha visto, la necesaria ampliación de los argumentos justificatorios frente al trato discriminatorio.

3. Criterios interpretativos complementarios

La tesis que he venido sosteniendo afirma que la argumentación sobre la situación de desventaja de los sujetos y los grupos en la apreciación del trato discriminatorio impele a incorporar en el juicio de igualdad la determinación del patrón de discriminación estructural, o

²³ En el ordenamiento español, la disposición sobre la carga de la prueba se regula en el artículo 32 y 36 de la Ley 62/2003 que modifica la Ley de Procedimiento Laboral (art. 96). Con esta regulación queda establecida la modificación de la carga de la prueba en los ámbitos de la jurisdicción laboral, civil y contencioso-administrativa en una correcta adaptación de la normativa europea. No se aplica en los procedimientos penales en donde prevalece el principio de la presunción de inocencia. En la jurisprudencia del TC español ya se había incluido anteriormente el principio del reparto de la prueba en los procedimientos judiciales. La Sala Social del Tribunal de Casación francés, como indica F. Esteve (2008), es quien empezó a finales de la década de los 90 a integrar el enfoque comunitario, construyendo una teoría del acceso a la prueba en materia de discriminación sindical.

la identificación de los prejuicios sociales o los estereotipos que constituyen la razón de ser o el fundamento de la norma sometida a escrutinio. En esta labor de identificación son insuficientes los argumentos que proporcionan la discriminación directa e indirecta y son necesarias razones o criterios interpretativos auxiliares que se encuentran en el enfoque de la discriminación estructural y en la perspectiva de la interseccionalidad.

Aunque he evidenciado en distintos momentos la insuficiencia de la clasificación de los tipos de discriminación directa e indirecta, en tanto que clasificación exhaustiva, y sostengo que estos dos tipos de discriminación se han de apoyar o complementar con argumentos que proceden de otros enfoques sobre la discriminación, no pretendo sostener que el concepto de “discriminación estructural” sea reconocido como una categoría jurídica independiente y situada al mismo nivel que el concepto jurídico de discriminación indirecta. En este sentido, entiendo que es importante decir que el enfoque desde la discriminación estructural puede ser entendido como un estándar interpretativo adicional a la discriminación indirecta, porque encontramos razones de mayor peso o más justificadas si a la explicación que aporta la discriminación indirecta le sumamos o le incorporamos otras razones de apoyo que se encuentran en el concepto de discriminación estructural e interseccional.

La perspectiva de la discriminación estructural

El concepto de discriminación estructural es una propuesta doctrinal dirigida a redefinir el concepto jurídico tradicional de discriminación y a dar cabida en su denotación a la noción de opresión intergrupala (Barrère y Morondo, 2011, p. 17). Esta concepción del derecho antidiscriminatorio exige o se basa en el reconocimiento de los sistemas de opresión. El Derecho, por tanto, debe afrontar la discriminación “como acción cualificada o significada de dichos sistema” (Barrère y Morondo, 2011, p. 39; Torbisco, 2003).

Con esta expresión podemos hacer referencia a aquellas situaciones de desigualdad social, de subordinación o de dominación, en las que no es posible individualizar una conducta determinada o identificar un trato al que se imputa la prohibición jurídica de discriminación, siendo, por tanto, situaciones que quedan fuera del concepto jurídico de discriminación. Es un tipo de desigualdad basada en el estatus, el poder de definición de identidades y la toma de decisiones. Se trata de dinámicas sociales reiteradas que llevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos, incluso en ausencia de motivos discriminatorios explícitos amparados por el derecho. En este caso, de modo similar al supuesto de discriminación indirecta, acreditar la existencia de discriminación supone aportar datos empíricos o pruebas estadísticas que demuestren este sesgo “invisible” en la toma de decisiones.

Los rasgos característicos de la discriminación estructural muestran que se trata de procesos sociales difusos, sistémicos –al margen de la intencionalidad o voluntad de las personas individualmente consideradas–, que se reproducen institucionalmente por cuanto atraviesan o se proyectan en todas las dimensiones de la existencia, tanto en el ámbito público y social como privado doméstico y se entrecruzan a su vez, con las variables sociales de mayor relevancia. De ahí que su impronta sea profunda y que afecten a la capacidad misma de toma de decisiones y a la formación de preferencias. Desvelar los procesos de discriminación estructural y conocer con mayor precisión los condicionantes de la toma de decisiones permite interpretar la noción de oportunidades en términos de capacidad personal, reconocimiento o garantía de la autonomía y de poder de decisión y con ello superar los propios límites de la noción de oportunidad al atribuirle un significado más coherente con las exigencias del principio de igual dignidad (Morondo, 2004, p. 140).

Por otra parte, desconocer u ocultar los patrones de discriminación estructural puede llevar a presentar como una decisión libre, algo que, en realidad, no es sino una preferencia adaptativa o una decisión marcada por un estado de necesidad que invalida la presunción de consentir de manera libre e informada (Añón, 2010; Barrère y Morondo

2005).²⁴ El TEDH ha abordado este aspecto tan crucial en el caso *D.H. vs. Czech Republic*.²⁵ El Tribunal pone en cuestión la validez del consentimiento de unos padres de niños de etnia gitana o romaní para escolarizar a sus hijos en un tipo de escuelas que la ley denomina especiales, pero que fueron utilizadas para llevar a cabo la segregación escolar de grupos de niños de etnia romaní.²⁶ Lo interesante de estos sumarios es que en todos ellos los gobiernos correspondientes sostienen que no hay discriminación, puesto que la educación en escuelas separadas y especiales está amparada bajo el paraguas del consentimiento de los padres.²⁷ Tal consentimiento es el factor decisivo para decidir el lugar y el tipo de escolarización de los niños. Los argumentos del gobierno parten de la defensa del consentimiento de los padres frente a la acusación de discriminación, basándose en la tesis de que los padres son sujetos autónomos que tienen el derecho a decidir el tipo de educación que deseen para sus hijos, incluso si ello significa que la educación difiere de la que reciben otros niños o limita sus oportunidades futuras.

Este es un caso indicativo de una desventaja masiva o estructural que puede comprometer las capacidades individuales de dar un consentimiento significativo e informado relativo al nivel y tipo de la educación de los hijos. Es un hecho que existen asimetrías en la educación entre niños romaníes y el resto de niños y niñas; los primeros reciben

²⁴ M. A. Barrère y D. Morondo analizan, a propósito del consentimiento y la toma de decisiones, una interesante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso G. Gruber vs. Silhouette International Schimied GMB & KG, 14 de septiembre de 1999. Asunto C-249/97.

²⁵ Véase *supra*, nota 11. Otras decisiones concordantes son *Sampanis et al., vs. Greece* (5 de junio de 2008); *Orsus vs. Croatia* (16 de marzo de 2010) y *Horvath and Kiss vs. Hungary* (29 de enero de 2013).

²⁶ El tribunal señala que la administración escolar del Estado checo situó a los padres de los niños gitanos frente a un dilema que les obligaba a adoptar decisiones que comportarían la renuncia a un derecho y por tanto, una decisión que no puede ser considerada válida. Sobre ello, párr. 204.

²⁷ La Observación General 13 sobre el derecho a la educación describe entre las acciones que son constitutivas de discriminación: “b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado”.

una educación más pobre en su currículum y con menores posibilidades de futuro. Esta asimetría probada en la educación se da también en la información de que se dispone y en la capacidad de decisión. Lo destacable de estos casos es que el Tribunal europeo se plantea la capacidad y la agencia de los padres teniendo en cuenta el contexto de discriminación y las condiciones de marginalidad severa en las que éstos toman decisiones. En este contexto, Kosko (2010) propone, como criterio interpretativo, la idea de umbral. En las sentencias examinadas, el TEDH rechaza el consentimiento paterno y lo hace porque, de un lado, considera que no está claro que los padres, personas extremadamente marginalizadas, consientan de una forma libre de coacción y con pleno conocimiento de las consecuencias. De otro, asume que ciertos derechos, como la libertad frente a la discriminación en la educación, son de tal importancia que pueden quedar fuera del alcance del consentimiento de los padres. El consentimiento de los padres es y debe ser importante, sostiene Kosko, pero solo más allá de un umbral que marcaría la línea por debajo de la cual se puede ocasionar un daño inasumible a niños y niñas. En este sentido, no puede ser un triunfo frente a los derechos educativos de los niños ni una defensa de la educación que se ofrece porque supondría, en definitiva, una renuncia a los derechos. Dónde se sitúa este umbral, sin embargo, es algo que hay que establecer a través de una deliberación amplia y de base pública en cada supuesto concreto.

La desigualdad estructural es un criterio interpretativo que sitúa el origen del estado de privación en el que se encuentra la mayoría de grupos marginados en los procesos sociales y en las prácticas culturales que definen su estatus, condicionando sus opciones vitales. La desigualdad estructural es algo distinto de la idea de desventajas transitorias y fortuitas que podrían ser el producto de la mala suerte o derivar de decisiones individuales desacertadas. En este sentido, el enfoque desde la discriminación estructural puede ser entendido como un criterio interpretativo de apoyo de la discriminación indirecta, porque para comprender el sentido o para valorar, en este caso, el consentimiento de los padres encontramos razones de mayor peso o más justificadas si el argumento que aporta la discriminación indirecta se auxilia de otras

razones de apoyo que se encuentran en el concepto de discriminación estructural.

El enfoque de la interseccionalidad

La discriminación interseccional puede fortalecer los argumentos que sirven para identificar los patrones de discriminación de las normas que son consideradas como discriminatorias. Fundamentalmente porque es un punto de vista que permite dar cuenta de estructuras de discriminación en los sistemas de opresión o subordinación. La perspectiva que proporciona la discriminación entrecruzada o interseccional consiste precisamente en hacernos reflexionar sobre tres aspectos importantes: (a) cuestionar los modos dominantes de pensar la discriminación, al considerar que los sistemas jurídicos sólo parcialmente reconocen las estructuras de discriminación; (b) explicitar cómo los sistemas jurídicos esbozan sus propias normas antidiscriminatorias a través de tipos y paradigmas de trato desigual que se muestran incapaces de identificar correctamente las categorías específicas de quienes son discriminados;²⁸ (c) determinar la desventaja como forma de identificación de categorías o clases de sujetos.

El desarrollo doctrinal del concepto de discriminación interseccional tiende a subrayar la tesis de que nos encontramos ante dos o más fuentes de discriminación que al combinarse dan lugar a una situación de desigualdad cualitativamente distinta de la suma de las partes o de las formas de discriminación consideradas por separado (Squire, 2009, p. 497; Serra, 2013). Barrère y Morondo (2011, pp. 34-35) depuran más el concepto con el fin de darle la mayor intensidad posible y superar o evitar las críticas que sobre esta categoría se han vertido. El concepto ha de ser lo suficientemente preciso para no dar lugar a una “fragmentación potencialmente infinita de los grupos discriminados de graves

²⁸ El planteamiento originario de esta cuestión proviene de Crenshaw (1989), quien analiza la discriminación de las mujeres negras y habla, en aquel momento, de una “doble discriminación”, porque el paradigma de discriminación por razón de género son las mujeres blancas y el paradigma de la discriminación racial son los hombres negros, y el tratamiento doctrinal y judicial de los casos responde a esta teorización.

consecuencias”, para evitar que se establezcan jerarquías o prioridades de discriminación (Verloo, 2006) y preservar una posible inflación del derecho antidiscriminatorio. Se trata más bien –como advierten las dos autoras– de “superar las formas contextuales o puntuales de discriminación para encontrar nexos en las estructuras o categorías (en los sistemas de opresión) que puedan explicar sus manifestaciones culturales, de clase, religiosas, etc.” “Lo relevante son las prácticas de subordinación y discriminación con patrones (de género, de raza, etc.) que sostienen a las normas jurídicas” (Barrère y Morondo 2011, p. 35). Sin desconocer las críticas que afectan a este concepto, que son de diverso orden y alcance, procede valorar la importancia del mismo en los esfuerzos por identificar las categorías o clases de sujetos discriminados a través de la demostración de las desventajas de todos los miembros de esa categoría.

V. Notas conclusivas

Una reflexión final exige volver sobre la relación apuntada al inicio entre discriminación e igualdad, especialmente respecto a la igualdad material. Teniendo en cuenta la ambigüedad de conceptos básicos como son el de igualdad de oportunidades o la noción de igualdad material y consciente de que la interpretación y aplicación de las cláusulas de igualdad constituye un proceso complejo e incierto, se puede alcanzar algunas consideraciones.

Sobre las dimensiones de la igualdad y la discriminación. El concepto de discriminación que ha ido abriéndose paso en el ámbito internacional, así como buena parte de las técnicas de derecho antidiscriminatorio, presuponen que la igualdad en derechos trasciende la igualdad formal, incluso entendida en sentido amplio. Aunque se trata de una afirmación no exenta de reticencias y de dificultades, tanto por parte de la legislación como de las decisiones de los tribunales; tomar decisiones en el marco del derecho antidiscriminatorio comporta reconocer que la lucha por la igualdad tiene distintas dimensiones (Ruiz Miguel, 1998, pp. 131-144; Barranco, 2011, pp. 38-39). De un lado, la igualdad de trato y la prohibición de cualquier forma de discriminación. De

otro, la igualdad de oportunidades en sentido estricto o en sentido amplio –igualdad de resultados–, esto es, el mandato a los poderes públicos de adoptar medidas que equilibren la posición de desventaja social de ciertos grupos sobre los que recaen prejuicios hondamente arraigados.²⁹ Todos estos ámbitos mantienen puntos de contacto, solapamientos que, en todo caso, trascienden la esfera de la igualdad formal.

Sobre las implicaciones de la dicotomía discriminación directa e indirecta. De un modo un tanto ambiguo los textos internacionales de derechos humanos afirman con frecuencia que existe igualdad de oportunidades en ausencia de discriminación directa o indirecta.³⁰ Se trata de una idea que conceptualmente puede debilitar interpretaciones más cercanas a la dimensión material de la igualdad, pero también permite desarrollar una perspectiva articulada desde la noción de discriminación indirecta que, como hemos examinado, supone la incorporación de la igualdad material en los sistemas jurídicos o la valoración material de las desigualdades. La perspectiva del derecho antidiscriminatorio está relacionada con el impacto del derecho y de las políticas sobre

²⁹ Los artículos 4 y 5 de la CEDAW parecen abrazar esta tesis. El artículo 5 de la CEDAW prescribe a los Estados adoptar las medidas adecuadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.” Los Estados Parte, establece la Observación General del Comité de la CEDAW, tienen diversas obligaciones: (i) garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujeres en las leyes tanto en el ámbito público como privado y que esté garantizada su protección a través de autoridades y tribunales; (ii) mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces; y (iii) hacer frente a las relaciones prevaletentes entre los géneros, a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer a través de actos individuales, a través de las leyes y a través de las estructuras jurídicas y sociales (Medidas especiales de carácter temporal CEDAW, párr. 7).

³⁰ Como ejemplo de ello el artículo 1.1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) establece “se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”. Las normas derivadas de la Convención y la legislación española sobre derechos de las personas con discapacidad proporcionan las bases para sostener que el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 4 LIONDAU) implica: (a) ausencia de discriminación directa e indirecta, (b) ausencia de acosos, (c) cumplimiento exigencias de accesibilidad, (d) realización de ajustes razonables y (e) cumplimiento de medidas de acción positiva. Al respecto R. Jiménez Cano, 2010, pp. 83 y ss.

los grupos desaventajados y se centra particularmente en los tipos específicos de prejuicios y de discriminación, pero también se orienta a la prevención de las desventajas y a la transformación de las estructuras de desigualdad. En este sentido, se puede afirmar que se desenvuelve en el ámbito material de la igualdad.

Sobre el alcance del derecho antidiscriminatorio. Desde el momento, tal como vengo afirmando, que el derecho antidiscriminatorio se orienta al reconocimiento de las estructuras de dominación y subordinación, a la denotación de la noción de opresión intergrupala y a la identificación de la desventaja y se cuestiona abiertamente los modos dominantes que tienen los sistemas jurídicos de pensar los procesos de discriminación es posible concluir que el principio antidiscriminatorio puede ser entendido como norma de igualdad material. Es más, ha de ser entendido como una norma de igualdad material si resulta necesario introducir en el razonamiento jurídico todos aquellos argumentos encaminados a mostrar un patrón de discriminación, a identificar la situación de desventaja de los sujetos y los grupos y con ello a valorar las oportunidades vitales en términos de capacidades, autonomía y poder de decisión.

Referencias bibliográficas

- Ansuátegui, F. Javier (ed.), 2002: *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Añón, María José, 2010: “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica” en Ramiro, M.A. y Cuenca, P., *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, (eds.). Madrid, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas.
- Ballestrero, Maria Vittoria, 1996: “Acciones positivas. Punto y aparte”. *Revista Doxa*, núm. 19, pp. 91-111.
- Bamforth, Nicholas, Bindman, Geoffrey, Malik, Maleiha y O’Cinneide, Colm, 2008: *Discrimination Law: Theory & Context, Text and materials*. Londres, Sweet & Maxwell.

- Barranco, María del Carmen, 2011: *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Madrid, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas.
- Barrère, María Ángeles y Morondo, Dolores, 2005: “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE”, en *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*. Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Dykinson.
- _____, 2011: “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, pp. 15-42.
- Barrère, María Ángeles, 1997: *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid, Cívitas.
- _____, 2008: “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, en Mestre, R. (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Prólogo de M. J. Añón. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Cook, Rebeca y Cusack, Simone, 2010: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia, University of Pennsylvania.
- Crenshaw, Kimberle, 1989: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *University of Chicago Legal Forum* (on line).
- De Lucas, Javier, 2004: *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*. Barcelona, Icaria.
- _____, 2006: “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en Campoy, I. (ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, pp. 59-129.
- Esteve, Francina, 2008: “Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. análisis comparativo de su transposición en España y en Francia”. *Revista de Derecho europeo comparado*, año 5, núm. 10, julio-diciembre.
- Fiss, Owen, 1999: “Grupos y cláusula de igual protección”, en Gargarella, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa.
- Fredman, Sandra, 2011: *Discrimination Law*. 2ª ed., Oxford, Clarendon Press.

- García Añón, José, 2013: “Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: La identificación por perfil étnico”, en García Añón, José y Ruiz Sanz, Mario (eds.), *Discriminación racial y étnica: balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 281-316.
- Gerards, J. H., 2005: *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, pp. 669-675.
- Giménez Gluck, David, 2004: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona, Bosch.
- Golberg, Suzanne B., 2011, “Discrimination by Comparison”. 120 *Yale Law Journal*, pp. 728-812.
- Guiraudon, Virgine, 2009: “Equality in the Making: Implementing European Non-discrimination law”. *Citizen Studies*, vol. 13, núm. 5, octubre, pp. 527-549.
- Jiménez Cano, Roberto, 2010: “Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad”, en Cuenca, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid, Dykinson, pp. 65-102.
- Kosko, Stacy J., 2010: “Parental Consent and Children’s Rights in Europe. A Balancing Act”. *Journal of Human Development and Capabilities*, núm. 3, pp. 425-448.
- Kymlicka, Will, 1996: *Ciudadanía multicultural*. Trad. de Carme Castells. Barcelona, Paidós.
- Morondo, Dolores, 2004: “Parità” e ‘pari opportunità’ nel pensiero femminile”, en Calfano, L. (ed.), *Donne, politica e processi decisionali*, Turín, Giappichelli, pp. 131-144.
- Nussbaum, Martha, 2007: “Foreword: Constitutions and Capabilities: “Perception” Against Lofty Formalism”. 121 *Harvard Law Review* 4.
- O’Cinneide, Colm, 2008: “The Right to Equality: A Substantive Legal Norm or Vacuous Rhetoric?” *UCL Human Rights Review*, vol. 1, pp. 78-101
- Phillips, Anne, 2004: “Defending Equality of Outcome”. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, núm. 1.

- Rey, Fernando y Giménez Gluck, David, 2010: *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectiva*. Madrid, Fundación Ideas.
- Rubio, Ana, 2003: “Las políticas de igualdad: de la igualdad formal al *mainstreaming*”, *Políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Junta de Andalucía*. Sevilla, Junta de Andalucía.
- Ruiz Miguel, Alfonso, 1998: “La justicia como igualdad”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2, pp. 131-144.
- Serra, Rosario, 2013: “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”, en *Multidiscriminación en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Squire, Judith, 2009: “Intersecting Inequalities”. *International Feminist Journal of Politics*, diciembre, pp. 496-512.
- Timmer, Alexandra, 2011: “Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”. *Human Rights Law Review*, 2011, 11/4, pp. 707-738.
- Torbisco Neus, 2003: “La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia”, en Boullard, Alfredo y otros, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Verloo, Mieke, 2006: “Multiple Inequality, Intersectionality and the European Union”. *European Journal of Women's Studies*, 13, 3, pp. 211-228.
- Villoro, Luis, 2001: *De la libertad a la comunidad*. México, Ariel-ITESM.
- Wrench, John, 2008: “Diversity management and discrimination: experiments in diversity management in the European Union”, en Fassin, É. y Halpérin, J.-L. (dir.), *discriminations: pratiques, savoirs, politiques*. París, La Documentation française, «Études et recherches», pp. 165-177.
- Young, Iris Marion, 2000: *La justicia y la política de la diferencia*. Trad. de S. Álvarez. Valencia, Universidad de Valencia.

Recepción: 6/12/2012

Revisión: 4/06/2013

Aceptación: 2/07/2013