

Fernando REY MARTÍNEZ,
Derecho antidiscriminatorio,
Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019, 573 pp.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: igualdad, no discriminación, grupos vulnerables
Keywords: equality, no discrimination, vulnerable groups

En esta obra, titulada *Derecho antidiscriminatorio*, Fernando Rey Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, nos ofrece un panorama completo y documentado sobre la temática de igualdad y no discriminación, con especial referencia a la legislación y jurisprudencia española y europea y con las inevitables referencias en esta materia al Derecho antidiscriminatorio norteamericano. Una de las mayores cualidades de esta obra, además de su pormenorizado tratamiento de los temas y actualidad de los casos y doctrina utilizados, es que no omite la toma de posición de temas muy controvertidos, siguiendo el criterio propio del autor, aunque no esté de moda o no sea popular. Es decir, es un académico que fundamenta y justifica sus posiciones y ofrece argumentos a favor y en contra para, finalmente, manifestar una toma de posición justificada.

El prólogo se inicia con la parte más personal del libro, donde el autor rememora su relación con el tema de la igualdad desde sus facetas de jurista teórico y práctico, cuando este tema no estaba tan en el *mainstream*, como ahora está. Concluye su enfoque con estas palabras: “yo confieso ser un fanático del tema de la igualdad, pero no por ello es menos sugerente y acuciante, creo, la idea de que el Derecho antidiscriminatorio debiera llegar a estudiarse más y mejor en nuestras Facultades de Derecho” (...) porque es un hecho que los operadores jurídicos, a pesar de los ímprobos esfuerzos de numerosas personas y entidades, siguen, por lo general, sin conocer los rudimentos básicos de esta materia” (p. 17).

Se puede afirmar que “la explosión del Derecho antidiscriminatorio es sintomática de la evolución social y política” (p. 22). Y que actualmente las materias de este libro son objeto de especial atención en la academia y en la agenda política. Desde hace unos años, se está dando una especial sensibilidad por los temas de igualdad y no discriminación y están evolucionando ciertos valores sociales. En este sentido, el Profesor Rey Martínez propone tres ejemplos, donde se ven el alcance y las limitaciones del Derecho antidiscriminatorio.

El primero es el caso del Alarde de Irún, se trata de un desfile con vestimenta y organización militar, dentro de una fiesta popular, que exclusivamente protagonizan hombres. Un grupo de mujeres quiso participar en el desfile. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco da la razón a las mujeres, porque recibía fondos públicos. Pese a esta sentencia, el resultado práctico fue que el Alarde “tradicional” –mayoritario– se siguió organizando, sin ningún tipo de subvención pública y, a la vez, hubo un desfile del Alarde –minoritario– y de carácter mixto.

Un segundo ejemplo tiene que ver con el caso de los pescadores de El Palmar. Se trata de la comunidad de pescadores de El Palmar de la Albufera de Valencia, una asociación de Derecho privado, que se rige desde finales de siglo XIII por las propias costumbres. Las mujeres están excluidas y demandaron estar dentro de esta comunidad. El Tribunal Constitucional les dio la razón, basándose en que esta comunidad se encargaba “de la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola”¹ Como plantea Fernando Rey, ¿qué hubiera pasado si esta asociación fuera de un ámbito estrictamente privado? ¿se hubiera decidido el caso de forma distinta? (p. 37).

El tercer ejemplo es el famoso caso del pastelero de Denver que se negó a vender una tarta de boda a una pareja gay. Este conflicto ha sido resuelto por el Tribunal federal norteamericano en la sentencia *Masterpiece Cake Shop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* (2018). El Supremo falla a favor del pastelero y en contra de la pareja gay. Se ha dado otro caso “semejante, pero no idéntico” (p. 38), fallado por el Tribunal Supremo de Reino Unido, en la Sentencia *Lee v. Ashers Baking Company*, de 10 de octubre de 2018. También en el caso británico se falla a favor de los panaderos, el matrimonio MacArthur, un par de devotos cristianos que se niegan a vender una tarta al señor Lee en Irlanda del Norte con el mensaje “Apoya el matrimonio gay”.

¹ Auto del Tribunal Constitucional de 20 de septiembre de 2001.

Fernando Rey analiza estos dos casos desde el siguiente enfoque: “el derecho a la libertad religiosa y a no sufrir discriminación por este motivo comprende el derecho a no ser obligado a manifestar públicamente opiniones que uno no comparte en absoluto. Los pasteleros tienen el derecho a rechazar un mensaje (en este caso, de apoyo al matrimonio gay) contrario a sus convicciones. Del mismo modo que unos pasteleros liberales podrían rechazar hacer una tarta con un mensaje de apoyo al matrimonio tradicional. Por eso, a mi juicio, el caso británico (el problema era el mensaje) está correctamente decidido pero el norteamericano (el problema eran los mensajeros) no” (pp. 38-39)².

A continuación, el Profesor Rey Martínez destaca los fundamentos teóricos del derecho antidiscriminatorio, en su dimensión individual, la noción de igual dignidad y en la dimensión grupal, el principio de anti-subordinación. Este último ha sido desarrollado por Owen Fiss especialmente con la perspectiva de su *group-disadvantaging principle*. Kenneth L. Karst desarrolla, por su parte, la *teoría del estigma*, donde el derecho de igual ciudadanía, basado en la idea de igualdad, garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Sandra Fredman ha sintetizado los factores de la igualdad en la siguiente forma: corregir las desventajas; contrarrestar los prejuicios, los estigmas, los estereotipos, la humillación y la violencia basada en alguno de los rasgos protegidos; mejorar la participación y la visibilidad social, compensando tanto la exclusión social como la política y, por último, reconocer las diferencias y conseguir un cambio estructural.

Catharine A. MacKinnon ha intentado replicar la visión multifactorial de Sandra Fredman. Coincide con ella en la defensa de una idea sustantiva de igualdad, pero, a diferencia de Fredman, MacKinnon considera que el principio subyacente contra el que se dirige todo el Derecho antidiscriminatorio es, en realidad, uno solo, el de jerarquía social. Concluye este panorama Fernando Rey, afirmando: “a mi juicio, ambas tienen razón y sus posturas no son, en realidad, incompatibles; son miradas válidas parcialmente distintas y complementarias de una misma realidad” (p. 46).

Como afirma el Profesor Rey Martínez, el acoso discriminatorio es una variedad de discriminación directa, reconocida expresamente como tal en

² En mi opinión, me parece útil el uso de la Regla de Oro para estos conflictos interculturales: “¿Podría un panadero homosexual negarse a hacer un pastel con mensajes de una religión, por ejemplo, con referencias a la Semana Santa o al *Yom Kippur*?”.

las directivas de igualdad, que consiste en “toda conducta no deseada en relación con el género, el origen étnico/racial, la discapacidad, etc. que se produzca con el propósito o el resultado de violar la dignidad de una persona creando un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (p. 59).

El acoso sexual también puede clasificarse en dos tipos, distinguiendo entre el llamado “chantaje sexual, de intercambio o *quid pro quo*, y el acoso sexual ambiental en atención al clima soez, desagradable u odioso que origina”, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999, de 13 de diciembre, que contiene la justificación constitucional de la prohibición y de los elementos que componen el acoso sexual (p. 60).

La expresión de *lenguaje del odio* o *discurso del odio* es criticada por el Profesor Rey Martínez, en estos términos: “es una expresión que casa mejor con la gramática periodística y política que con la jurídica. Me permitiré añadir, además, que induce a una inevitable confusión conceptual” (p. 64). En cambio, propone utilizar, de forma más “útil y precisa” el término “discurso discriminator”. Esto es debido a que: “el odio es una actitud interna del sujeto que se puede traducir en una conducta discriminatoria que, a su vez, puede ser o no violenta. El odio sería, pues, la munición ideológica de la discriminación. Y la violencia es una especie del género discriminación. En otras palabras, el concepto central es el de la discriminación” (p. 64).

Sobre el tema de si el odio tiene grados, cómo se miden y cuál es el papel del Derecho Penal en su castigo, Fernando Rey en el caso de “si un alcalde llama, por ejemplo, en un discurso político a los gitanos rumanos de la propia localidad lacra o ladrones” (p. 66), afirma que las sanciones civiles o administrativas podrían ser una buena solución. En concreto, dice “la alternativa que propongo es la de transponer correctamente el modelo europeo de lucha contra la discriminación y, en consecuencia, la de sancionar por vía administrativa ese tipo de infracciones derivadas de discursos discriminatorios a través de un órgano autónomo de lucha contra la discriminación (que pudiera ser, según la experiencia europea, un órgano específico o, incluso, la propia figura de los defensores del pueblo, como en Francia, previas las reformas normativas que se requiriesen)” (p. 66).

Sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es interesante la crítica que realiza Rey Martínez ya que se ha introducido “una deriva conceptual de la noción de discurso de odio en nuestro país” (p. 75). De esta forma, “en la STC 177/2015, el Tribunal considera que quemar en

acto público la foto de los Reyes es una variedad de discurso de odio no amparada por la libertad de expresión y, en la STC 112/2016, sostiene que el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo aplicado en un caso de homenaje público a un etarra ya fallecido es también una forma válida de lucha contra el discurso del odio” (p. 75) El lenguaje del odio, tal y como ha sido tradicionalmente concebido por la doctrina y la jurisprudencia, está compuesto por “únicamente los discursos dirigidos contra los miembros de los grupos sociales protegidos por la cláusula específica de prohibición de discriminación, es decir, las minorías étnicas, las sexuales, las religiosas, las personas con discapacidad y los inmigrantes. *Nadie más*” (pp. 64-65)³.

Es interesante el análisis de las diversas herramientas y nociones sobre igualdad y no discriminación, que han ido aumentando la complejidad y sofisticación de la materia en los últimos años. Se trata de elementos como las discriminaciones indirectas, la igualdad de oportunidades, las acciones positivas, las discriminaciones positivas e inversas, discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación, discriminaciones institucionales y sistemáticas y las discriminaciones múltiples o interseccionales.

Entre las garantías institucionales sobre igualdad y no discriminación destacan los Organismos de igualdad. Fernando Rey propone crear “un órgano especializado en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia” (p. 133), basándose en los elementos que su composición refleje a la sociedad, sea independiente del Gobierno, disponga de fondos suficientes y su financiación deba someterse a la aprobación anual del Parlamento.

El autor afirma que la discriminación sufrida por las mujeres es “la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores –se trata mejor a las mujeres porque se las considera más débiles), la que afecta al mayor número de personas (las mujeres no son una minoría, sino la mayoría social) y la más primaria porque siempre se añade a las demás discriminaciones (combinando diversas formas de discriminaciones múltiples)” (p. 147).

Sobre la –a veces controvertida– cuestión de la discriminación positiva o inversa, el Profesor Rey Martínez hace un repaso de los principales argumentos a favor, en esta ocasión, las cuotas electorales de género, cuando sostiene: “las asambleas políticas deberían reflejar la presencia de los princi-

³ Énfasis añadido.

pales grupos sociales y ya que las mujeres son la mitad de la población, deberían ocupar la mitad de los escaños; la representación política no se refiere sólo a mérito y competencia, sino a representar a la gente; ¿cómo se puede justificar, si las mujeres tienen el derecho a una igual representación, que los varones dispongan de casi todos los cargos parlamentarios?; las cuotas no discriminan, más bien compensan las barreras y mecanismos de exclusión que todavía existen para las mujeres; las cuotas no discriminan a los varones, sino que limitan la tendencia de los partidos de proponer casi siempre a varones” (p. 169).

Asimismo, el autor de *Derecho antidiscriminatorio* muestra algunos de los argumentos que comúnmente se utilizan en contra de las cuotas electorales de género: “la representación política tiene por objeto ideas e intereses, no grupos sociales; la representación es cuestión de mérito (dejemos que gane el mejor candidato para el trabajo); en la medida en que las cuotas dan prioridad a un grupo, lesionan la igualdad de trato y de oportunidades para todos; son discriminatorias porque favorecen a un grupo a expensas de candidatos mejor cualificados de otro; lesionan el derecho de los partidos de elegir sus propios candidatos; son antidemocráticas porque los votantes deberían tener la última palabra sobre quién les representa” (p. 169-170).

La discriminación múltiple o interseccional suele combinar los criterios étnicos/ raciales y los de género. Como afirma Rey Martínez, el concepto de discriminación múltiple, al que se refieren diversos textos normativos de la Unión Europea, apenas ha encontrado, sin embargo, por el momento, reconocimiento judicial. La demanda de María Luisa Muñoz Díaz permitía al Tribunal europeo apreciarlo por primera vez: “la demandante es tratada de modo distinto y peor que las viudas que sí han contraído matrimonio legalmente” (p. 215) porque es gitana y es mujer al mismo tiempo, es decir, porque es una mujer gitana.

Sobre la discriminación racial “como afirma R. Dworkin, la discriminación racial es la más odiosa de todas porque expresa desprecio y es profundamente injusta... es completamente destructora de las vidas de sus víctimas... no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir” (p. 233).

En cuanto a si se da un prejuicio discriminatorio en la visión de la persona con discapacidad como un incapaz, se argumenta en favor del tránsito del modelo médico al modelo social, cuando el autor afirma: “la persona con disca-

pacidad, que no es un discapacitado, sino alguien que tiene una discapacidad, que no es lo mismo, porque la discapacidad no es el rasgo esencial, trascendente y definitorio de una persona, no es por ello necesariamente un incapaz. De ahí que la discapacidad sea, en efecto, un constructo social, un estigma, que debe superarse para que las personas con ella no se vean reducidos a ciudadanos de segunda clase, no se sometan a un paternalismo que, en realidad, parece proteger sólo porque se considera que valen menos (minusvalía), que pueden menos, que no son seres humanos completos” (p. 276).

Sobre la orientación sexual, Rey Martínez afirma que se ha dado un auténtico “cambio de paradigma” desde las épocas de la criminalización, que aun pervive en algunos países, al actual reconocimiento jurídico del matrimonio de las personas del mismo sexo. De esta forma, el Profesor Rey Martínez sostiene: “la cuestión de la igualdad jurídica de los homosexuales ha venido a adquirir estatura constitucional y a convertirse a velocidad de vértigo en uno de los asuntos sociales y jurídicos más importantes del comienzo de siglo, tanto en España como en la mayoría de los países de nuestro entorno.” (p. 298).

Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que tuvo que analizar la constitucionalidad del matrimonio homosexual, Fernando Rey realiza el siguiente análisis: “el punto crítico es si la nueva regulación del matrimonio desnaturaliza el matrimonio. El Tribunal considera que la regulación constitucional del matrimonio, que procede de 1978, se refiere al matrimonio heterosexual. Pero observa que, aunque el art. 32 CE se refiere a “hombre y mujer” como titulares del derecho (porque perseguía, sobre todo, la plena igualdad jurídica entre el casado y la casada), no prohíbe tampoco expresamente la posibilidad del matrimonio homosexual. A partir de esta falta de prohibición expresa, la Sentencia acude a la interpretación evolutiva, a la doctrina de la Constitución como un árbol vivo (según la conocida expresión de la jurisprudencia constitucional canadiense), para concluir que la nueva regulación desarrolla la institución del matrimonio conforme a la cultura jurídica actual, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea (F. Jco. 9)” (pp. 314-315).

El Profesor Rey Martínez también analiza la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que excluye a los menores para la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre y sobre esta complicada cuestión ha de pronunciarse el Tribunal Constitucional. De esta forma, este Tribunal considera que la prohibi-

ción de rectificar la mención registral de sexo y nombre a los menores de edad es, por un lado, un límite al principio constitucional de desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), ya que, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos (y también en la del Supremo español, en la del Tribunal federal alemán, en el Consejo de Europa y en la propia finalidad de la Ley 3/2017), observa que la propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana (F. Jco. 4º). Y, de otro lado, restringe el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) porque la transexualidad es una de esas circunstancias relevantes que la persona tiene derecho a proteger frente al conocimiento ajeno. Pues bien, tratándose de un límite a un derecho fundamental del que son titulares los menores, aplica el juicio de proporcionalidad (finalidad legítima, adecuación, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), concluyendo que, en general, la prohibición de la rectificación registral es un límite válido porque protege el interés superior del menor frente a una decisión precipitada, salvo que el menor tenga madurez suficiente y tenga una situación estable de transexualidad (F. Jco. 8º). Después de este análisis, el comentario de Fernando Rey es el siguiente: “es evidente que el legislador deberá modificar la redacción del art. 1.1 de la Ley 3/2007 para permitir la rectificación registral de sexo y nombre de los menores que cumplan estas condiciones; y deberá hacerlo precisando o concretando estas categorías tan abiertas como la madurez o la estabilidad en la transexualidad” (pp. 324-325).

Sobre cuestión del secularismo, el Profesor Rey Martínez afirma con rotundidad sobre el famoso caso *Lautsi v. Italia* resuelto por el Tribunal Europeo de derechos humanos: “la presencia del crucifijo en escuelas y sedes judiciales es un resto fósil de regímenes fuertemente confesionales y sociedades homogéneas. Son restos del naufragio confesionalista. En una sociedad crecientemente diversa, el principio de laicidad no puede colapsarse por completo por el juego de la cláusula de reconocimiento del hecho religioso o el deber de cooperación con la Iglesia del art. 16.3 de la Constitución española, y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de religión o convicciones degradarse a simple regla general de igualdad. No basta que exista una diferencia razonable, del tipo argumento histórico o mayoritario (que además siempre beneficia a los mismos, configurando una ciudadanía de primera y de segunda división), sino que el trato jurídico estatal diferente y más favorable a una confesión en particular deberá someterse a un escrutinio de justificación mucho más estricto. En caso contrario, se incurriría en

discriminación ideológica y religiosa, prohibida por el art. 14 CE. Es verdad que España es un país de laicidad débil, incluso de laicidad difícil, pero es muy fina la línea que le puede llegar a convertir directamente en un Estado de laicidad fallida” (p. 348).

Sobre la discriminación por motivos de edad, que aparece como un nuevo rasgo en el Derecho antidiscriminatorio, el autor plantea algunas cuestiones: “¿Realmente puede equipararse a los otros rasgos como el género o la etnia? No hay aquí una subordinación histórica de un grupo con perfiles determinados; no hay una minoría aislada y sin voz en el proceso político; estamos en presencia de un rasgo de discriminación tan reciente como peculiar. El Informe de *Equinet* observa cómo la discriminación por edad a menudo es vista como una forma “menos severa” o “ligera” de discriminación respecto de otras como la sexual o la racial. La edad no es un rasgo sospechoso “binario”, es decir, no delimita una frontera entre dos categorías cerradas de personas: blancos y negros, mujeres y hombres, etc., sino que “refleja un continuum” en la vida de todos los seres humanos. Por supuesto, la discriminación por edad se exacerba con los estereotipos y prejuicios ligados a ciertos momentos de la vida, sobre todo, la vejez. ¡Paradójicamente, en un tiempo en el que, por la mejora de las condiciones de vida, la gente tiene mayor esperanza de vida y, por tanto, hay más personas mayores en la sociedad!” (pp. 350-351).

Esta obra aborda diversas cuestiones sobre la igualdad y no discriminación desde la legislación, jurisprudencia y doctrina relevante, formando un buen panorama de utilidad para juristas teóricos y prácticos. Lejos de ser un producto aséptico, es un brillante ejercicio de argumentación en favor de las tesis que defiende el autor, de forma equilibrada dando voz a las diversas visiones enfrentadas. Al principio del libro, Fernando Rey se definía como un fanático del tema de la igualdad y considero que una de las mayores virtudes del libro es su capacidad argumentativa y pedagógica fruto del buen hacer académico y razonabilidad general de las posiciones planteadas. Cabe la duda de si los lectores se convertirán así en otros fanáticos por el tema de la igualdad, si bien, afortunadamente, estos temas ya van formando parte de la senda a transitar con la ética pública en las sociedades democráticas.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: oscar.perez@uc3m.es