

REY, Fernando, *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Navarra, 1ª ed., 2019, 373 pp., ISBN: 978-84-1308-709-2.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp373-380](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp373-380)

El autor de esta obra, Fernando Rey es catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, escritor de una extensísima bibliografía, ha centrado sus investigaciones sobre todo en los derechos fundamentales. Su interés por la igualdad y el principio de no discriminación han dado como fruto esta excelente obra «Derecho antidiscriminatorio» donde aborda el nacimiento de esta nueva rama del derecho en el ámbito de los derechos fundamentales. El autor a lo largo de este libro mostrará las relaciones de semejanza y de diferencia, entre el concepto de «discriminación» respecto del más general y clásico de «igualdad».

Esta obra tiene una composición muy completa en la que plasma con mucho acierto, el devenir de un derecho (reciente), haciendo hincapié en la situación de ciertos grupos sociales sobre los que recaen profundos prejuicios y que se encuentran en clara desventaja social.

El libro comienza con un prefacio en el que el autor de una manera cercana y sincera nos relata el nacimiento de esta obra, dejando al lector conocer los motivos que le llevaron a crearlo y los acontecimientos que le rodearon,

además de mostrar los profundos agradecimientos a sus maestros y compañeros. La lectura de este preámbulo no sólo aporta un cierto conocimiento sobre su brillante trayectoria como académico e investigador, sino que también deja asomar la excelente calidad como ser humano y su profunda inquietud por las injusticias y las discriminaciones sociales.

Fernando Rey ha estructurado el libro en dos grandes bloques; una parte general y una parte especial. La parte general, está compuesta por una extensa y muy completa introducción, en la que aborda el desarrollo del concepto clásico de igualdad al nuevo derecho antidiscriminatorio como una nueva rama emergente del derecho, llevando a cabo una interpretación de la cláusula constitucional de igualdad y no discriminación. En el segundo apartado de esta parte, tratará el sentido y alcance del Derecho Antidiscriminatorio, analizando el contenido, los tipos de discriminación, las garantías y los rasgos protegidos del Derecho Antidiscriminatorio.

En la parte especial se ocupa de dar a conocer los tipos de discriminación más importantes, como son; la discriminación por género, por razón de

raza/etnia, por discapacidad, por orientación e identidad sexual, por religión y por edad.

Para ir desgranando el desarrollo de este libro, vamos a comenzar por explicar de una manera más detallada la primera, donde hemos visto que Fernando Rey, abarca desde el concepto clásico de igualdad hasta el nuevo Derecho Antidiscriminatorio. El autor considera que pocos derechos fundamentales han tenido un desarrollo tan amplio como la igualdad, porque hasta hace poco no tenía reconocido un contenido sustancial, sino que lo aplicaban con carácter relacional con el resto de derechos. De la misma manera que con el tiempo el reconocimiento de la igualdad como derecho formal ha adquirido mayor peso hasta la consecución de una igualdad real y efectiva, se empieza a tomar conciencia no sólo para garantizar esta igualdad como derecho fundamental si no como principio de no discriminación, así E. Denninger (1994, 69) ha observado —una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad, es decir, por las diferencias entre los hombres como uno de los nuevos fenómenos que expresan la síntesis post-moderna del Derecho Constitucional.

El autor explica el concepto jurídico de la igualdad en la Constitución española desde una triple perspectiva, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), como principio (art. 9.2) y como derecho fundamental (art. 14). Relata que, a pesar de ser conceptos diferentes, reconocidos en artículos distintos, a su juicio no cabe contraponerlos: considera que «la igualdad real en un estado

social se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad “real” es la misma igualdad “final” cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador».

Fernando Rey también se detiene a analizar el papel que juegan la igualdad y la prohibición de discriminación en las relaciones entre los particulares. Existen muchos casos de discriminación en estas relaciones, y así lo demuestra el autor en una exposición de sentencias del Tribunal Constitucional sobre casos de discriminación por género, étnia, edad, discapacidad, entre otras, «porque la igualdad y la prohibición de discriminación constitucionales no juegan el mismo modo frente al poder público que respecto de otros particulares, porque en este caso es de aplicación la autonomía de la voluntad, que es como se concreta en el Derecho privado la libertad constitucional» (pág. 18). Como ejemplo de estas relaciones entre los particulares, el autor hace hincapié, en la igualdad en las relaciones laborales, en el ámbito de la contratación o el derecho de asociación entre otros. Uno de los casos que explica es el de El Palmar de la Albufera de Valencia vs asociación de derecho privado, que es digno de estudio.

Cuando aborda, en otro de sus apartados, el derecho a la desigualdad: por indiferenciación o igualación, expone que la discriminación, en general, se produce «cuando dos o más situaciones semejantes se les dispensa un trato jurídico diferente» (pág. 23). Pero el autor va más allá, cuando explica que

se puede dar la situación a la inversa, que sería cuando a dos situaciones diferentes de hecho se les aplica el mismo régimen jurídico, lo que denomina «discriminación por igualdad». Fernando Rey acompaña la explicación de ambos conceptos con mucha jurisprudencia, no sólo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino también de tribunales nacionales, incluida jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, lo que permite entender claramente estas discriminaciones.

En esta primera parte general, el autor también va a tratar los fundamentos teóricos del derecho antidiscriminatorio en una dimensión individual: Igualdad y dignidad y en una dimensión grupal: el principio de anti-subordinación, es decir, la discriminación como subordinación de ciertos grupos sociales. En la primera cuestión que plantea la Igualdad y Dignidad, hace una brillante exposición sobre el concepto de dignidad, pues considera que «el derecho antidiscriminatorio está estrechamente vinculado, desde el punto de vista individual, al concepto de dignidad humana, pero también se halla unido a consideraciones de índole grupal». Para el estudio de este concepto, Fernando Rey parte del pensamiento de Kant, para después completar esta idea con la dignidad como autonomía, desde el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad como exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (como vivir bien) y la dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral, es decir, vivir sin humillaciones.

En la segunda parte se ocupa de la discriminación como subordinación

de ciertos grupos sociales, Fernando Rey se centra en el ordenamiento norteamericano, para explicar esta discriminación, porque considera que «se suele construir la justificación teórica del Derecho antidiscriminatorio no a partir de la idea de dignidad, sino de otros marcos de pensamiento que tienen en cuenta, fundamentalmente, aspectos grupales y el déficit de ciudadanía que sufren las víctimas de la discriminación» (pág. 28). También en este apartado cita a varios autores que tratan este tema, como Owen Fiss (1976) con su *group disadvantage principle*, para explicar que la discriminación sólo se comprende desde la perspectiva de la subordinación grupal que expresa y que provoca. El principio de anti-subordinación exige que las leyes —no agraven o perpetúen la posición subordinada de un grupo especialmente desventajado, ni que dañen desproporcionadamente a miembros de grupos marginalizados (1976, 108). También nombra a Kenneth L. Karst (1977) que desarrolla, por ejemplo, la teoría del estigma. «Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante» (pág. 28).

El último apartado de esta primera parte general trata la prohibición de discriminación en sentido amplio, lo que considera el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación en sentido estricto como el derecho antidiscriminatorio.

Fernando Rey se plantea una cuestión crucial en este apartado, respecto

a las causas de discriminación reconocidas en el artículo 14 de la CE ¿por qué el constituyente ha identificado precisamente esos rasgos, género, raza, etc. y no otros? El autor considera que la «Constitución española protege más intensamente la prohibición de discriminación por raza, género... que la igualdad en general» (pág. 31) y sostiene esta teoría realizando un detallado análisis descriptivo sobre las semejanzas y diferencias de los conceptos de discriminación, estereotipos y prejuicios, que ayuda al lector a entender claramente los aspectos que diferencian estos términos.

El segundo apartado de esta primera parte lo dedica a «El sentido y alcance del Derecho antidiscriminatorio» donde va a concretar más detalladamente el contenido, la tipología y las garantías de esta nueva rama del ordenamiento jurídico.

El contenido del Derecho antidiscriminatorio lo centra en el derecho fundamental a no sentir ningún tipo de discriminación por ninguna de las causas tipificadas, por lo que separa este tema en tres subapartados: uno que trata sobre la igualdad de trato, otro sobre la igualdad de oportunidades y, por último, las discriminaciones positivas e inversas.

La igualdad de trato abarca las discriminaciones directas o de trato y las discriminaciones indirectas o de impacto, que son muy importantes para el derecho antidiscriminatorio. Así en las discriminaciones directas tratará el acoso discriminatorio y las instrucciones para discriminar y, hace una detallada descripción del discurso del odio como acoso discriminatorio. Fernando Rey considera que «en España no

se utiliza bien el concepto de delito de odio y, además, se hace, a menudo, para limitar indebidamente, la libertad de expresión» (pág. 42).

En el caso de las discriminaciones indirectas, que las considera muy importantes para esta nueva rama del derecho, realiza, un detallado recorrido sobre el nacimiento de la definición de este concepto y, como a lo largo del desarrollo de toda su obra, fundamenta todas sus teorías y opiniones sobre abundante bibliografía y jurisprudencia, no sólo del ámbito nacional, sino que amplía el abanico al ámbito internacional, lo que aporta al lector una explicación clara y concisa sobre la complejidad de los conceptos que maneja el autor en este libro.

En el apartado de la igualdad de oportunidades, centra su desarrollo en las acciones positivas. Fernando Rey considera que «la igualdad de trato debe completarse con la igualdad de oportunidades» y que esta última es «el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en cualquier situación de desventaja fáctica» (pág. 61).

Y, en el tercer apartado del contenido, las discriminaciones positivas e inversas, desarrolla como ejemplos el modelo norteamericano y el modelo europeo.

En cuanto a los tipos de discriminación, realiza una clasificación entre discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación, otra sobre discriminaciones institucionales y sistemáticas y, por último, las discriminaciones que derivan de la interactuación de dos o más rasgos protegidos, así a su vez las divide en discriminaciones

múltiples o interseccionales, y el conflicto entre dos o más rasgos, como el problema del uso del hijab islámico en establecimientos públicos.

El autor se ocupa de explicar también, el marco de garantías del derecho antidiscriminatorio, que son de dos tipos procesales e institucionales. Se detiene a matizar el alcance y aplicación de cada una de ellas, así como los organismos de igualdad y sus funciones.

Como último apartado de esta parte general, Fernando Rey hace referencia a los rasgos protegidos por el derecho antidiscriminatorio que «cuentan con una tutela política y jurídica reforzada, frente a otros rasgos de diferenciación jurídica entre personas y grupos» (pág. 105). Y realiza, de nuevo, un estudio magistral sobre los posibles rasgos que podrían incluirse a la lista taxativa de causas de discriminación, como por ejemplo la pobreza.

La segunda parte de esta obra la dedica a la parte especial, donde se centra en los tipos de discriminación. Las causas a no sufrir discriminación que establece la Unión europea son; el género, la raza/etnia, orientación/identidad sexual, edad, discapacidad y religión/convicciones, y son las que Fernando Rey analiza con mayor profundidad.

En primer lugar, el autor se centra en el desarrollo de la discriminación por razón de género, realiza un completo estudio sobre la situación del problema y el marco normativo, ya que como dice «la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que afecta al mayor número de personas (las mujeres

no son una minoría, sino la mayoría social)», acompaña esta interesante introducción al tema con un apartado dedicado a la necesaria reforma constitucional sobre la supresión de la preferencia masculina de acceso al trono, para completar esta primera causa de discriminación, con una abundante jurisprudencia muy relevante sobre el tema.

Por otro lado, dedica un apartado a las cuotas electorales de género, otro a la educación diferenciada por género y a la igualdad constitucional ya la diferente sanción penal de conductas semejantes, cuando se trata de idénticos hechos o de dos hechos diferentes.

Por último, pero no menos importante, se centra en algunos ejemplos de discriminaciones múltiples de género, en primer lugar, explica el de las mujeres gitanas, cuya discriminación múltiple procede del conflicto más clásico, desde el punto de vista doctrinal del «género» y la «etnia», en segundo lugar, realiza un pormenorizado estudio sobre otro grupo de mujeres, las que ejercen la prostitución. En este apartado describe los diferentes casos que se dan y las diferentes regulaciones jurídicas que se quieren abordar. El autor clasifica la prostitución como trabajo, para lo que deben reivindicarse derechos laborales y cuando se está hablando de una prostitución no forzada. En nuestro país la defensa de la prostitución como trabajo es defendida muy activamente, desde una óptica estrictamente empresarial por la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne (Anela).

El autor considera que «el ordenamiento jurídico debe establecer un

enfoque específico y coherente, que integre, de modo armónico, elementos de prohibición, de reglamentación, de abolición e, incluso, de normalización jurídico-laboral en algunos casos muy limitados». En cualquier caso, en lo que se refiere a nuestro país, el autor opina que, en consecuencia, con lo establecido en la Sentencia de la Sala de lo Penal de 26 de julio de 2019, «debería prohibirse por completo una de las formas de prostitución más comunes como es la que se lleva a cabo en clubes por mujeres inmigrantes sometidas a una explotación flagrante. Es inadmisibles que se siga tolerando en un país democrático este tipo de esclavitud moderna».

En segundo lugar, Fernando Rey explica la discriminación por razón de raza/etnia, partiendo de lo que afirma R. Dworkin (2000, 407), «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».

Para lo que analiza el prejuicio racista ahondando entre el viejo y nuevo racismo, para después explicar que la situación de las minorías étnicas en España es mejor que en otros países, lo que ha reforzado a nuestros actores políticos considerando que el racismo no es un problema.

España ha ratificado diversos tratados de la Unión Europea, con lo que cuenta con un amplio marco normativo internacional y nacional.

El autor analiza los informes periódicos sobre España de la Comisión

europea contra el racismo y la Intolerancia, y destaca diversas situaciones preocupantes; los prejuicios sobre los musulmanes, los gitanos y las personas LGTB, y continúa haciendo un interesante y necesario análisis sobre la Comunidad gitana y la situación de desventaja y de discriminación que sufren.

Fernando Rey dedica otro apartado a resaltar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, explicando las sentencias que hay sobre discriminación racial. Además, se adentra en los escenarios de conflicto de la discriminación racial dedicando una apartado a la brutalidad policial racista, a las agresiones vecinales, a la deficiente tutela judicial posterior, a la expulsión de caravanas y también aborda la discriminación en frontera y la discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados, así como también se detiene en el discurso racista y la libertad de información, en el matrimonio gitano y el derecho a la pensión de viudedad, explica el origen étnico como causa de inelegibilidad electoral, la esterilización sin consentimiento informado y la segregación racista, todo ello muy bien fundamentado en múltiples sentencias, que aportan al lector un gran conocimiento sobre el tema.

En el siguiente apartado, el autor se detiene en la segregación escolar racial en España, porque considera que el ámbito educativo es un escenario tradicional de la discriminación racial, así lo demuestra la jurisprudencia principal que da origen al Derecho antidiscriminatorio en los Estados Unidos, la segregación racial que han

sufrido y aún, a día de hoy sufren los afro-americanos y las minorías étnicas. Esta segregación, en palabras del autor, «es una clara discriminación que se asienta y se mantiene en la siguiente generación» (pág. 206). Así Fernando Rey destaca que «las consecuencias de la segregación educativa étnica son devastadoras porque aquí, a diferencia de otros casos de segregación, sí son evidentes las pérdidas de oportunidad del aprendizaje no sólo en términos de socialización democrática sino de resultados y logros» (pág. 209).

La tercera discriminación en la que se detiene el autor es la discriminación por discapacidad, considerándola «como un problema social y constitucional importante porque afecta en España a cuatro millones de personas» (pág. 213). Fernando Rey destaca el ámbito laboral como uno de los mayores aspectos que afectan a las personas con discapacidad, como dice De Lorenzo «La relación entre empleo, discapacidad y pobreza es estrecha».

Uno de los avances más significativos que destaca el autor es la modificación de la ley electoral mediante la L.O. 02/2018, de 5 de diciembre que garantiza el derecho de sufragio a toda persona con discapacidad.

Continúa el desarrollo de esta discriminación tratando el concepto de discapacidad del modelo (individual) médico al modelo (contextual) social, para continuar con la accesibilidad: el diseño universal y ajustes razonables como garantía frente a discriminaciones individuales, para acabar realizando un análisis muy exhaustivo sobre el problema de los centros de educación especial.

La siguiente discriminación de la que se ocupa el autor es la discriminación por orientación sexual e identidad sexual. Fernando Rey se plantea la emergencia y centralidad del problema relativo al lugar constitucional de la homosexualidad, por lo que se cuestiona si la homosexualidad está protegida por la Constitución. También habla de la relación entre la homosexualidad, la intimidad y la libertad y de la homosexualidad e igualdad y realiza un estudio francamente interesante de la Sentencia del caso Atala Riffo y niñas contra Chile, de 24 de febrero de 2012, de la Corte Interamericana de Derechos humanos. También trata el contenido de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, en especial, el problema del matrimonio entre personas del mismo sexo y, por último, centra su estudio en la discriminación por identidad sexual.

Otra de las discriminaciones a las que presta atención es la discriminación por religión/ convicciones y opinión. Realiza un breve repaso a la jurisprudencia europea que trata este tema y se cuestiona si es discriminatoria la presencia de símbolos religiosos permanentes en los centros educativos públicos.

A la hora de explicar la discriminación por edad el autor parte del art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que incluye especialmente la edad entre los rasgos más protegidos frente a la discriminación, para a continuación, realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema.

La última de las discriminaciones que trata es por origen nacional/

extranjería, destaca, entre otros aspectos, que la Constitución española de 1978 fue una de las más abiertas en cuanto al reconocimiento de derechos de los extranjeros en nuestro país. Y así lo matiza la doctrina del Tribunal constitucional, de acuerdo con lo que se establece en el art. 13.1 de la CE, los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales, salvo la excepción del derecho de sufragio no municipal.

Fernando Rey realiza un trabajo extraordinario, la investigación que lleva a cabo es exhaustiva, relata de una manera clara y precisa toda la terminología que acompaña a esta nueva disciplina, permitiendo al lector conocer todas las singularidades de este derecho mediante el manejo de una amplísima jurisprudencia (tanto del ámbito internacional como nacional) y bibliografía que enriquece aún más el relato de la obra.

Clara Souto Galván

Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

REY, Fernando, *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Navarra, 1ª ed., 2019, 373 pp., ISBN: 978-84-1308-709-2.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp373-380](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp373-380)

Copyright

Estudios de Deusto es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado

Estudios de Deusto is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.