

¿RECONOCIMIENTO O ANTIDISCRIMINACIÓN? UNA SÍNTESIS JURÍDICO-POLÍTICA*

RECOGNITION OR ANTI-DISCRIMINATION? A LEGAL-POLITICAL SYNTHESIS

PIER-LUC DUPONT
Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 22-1-14

Fecha de aceptación: 27-4-14

Resumen: *En el último medio siglo, los Estados democráticos han desarrollado una serie políticas encaminadas a combatir la discriminación de categorías sociales definidas en función de rasgos no elegidos como el sexo, la raza, la orientación e identidad sexual, la discapacidad y la edad. Sin embargo, los estudios sociológicos muestran que estas medidas no han acabado con la discriminación. A la luz de la teoría filosófico-política del reconocimiento formulada por Nancy Fraser, este trabajo pretende identificar las limitaciones intrínsecas de las principales estrategias antidiscriminatorias actuales y proponer algunas vías de mejora. En particular, se subraya la necesidad de prestar más atención a los determinantes del prejuicio y se destaca la contribución potencial del multiculturalismo a la eliminación de las formas de discriminación más encubiertas y cotidianas.*

Abstract: *Over the past half century, democratic States have been implementing a range of policies aimed at combating discrimination against social categories defined by non-elective traits such as sex, race, sexual orientation, sexual identity, disability and age. However, sociological research shows that such measures have not put an end to discrimination. In the light of Nancy Fraser's political-philosophical theory of recognition, this paper seeks to identify the intrinsic limitations of existing antidiscrimination strategies and clear the path for future improvements. In particular, it highlights the need to pay more attention*

* Este trabajo se ha realizado con el apoyo de una beca de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y se enmarca en el proyecto Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos (DER2012-31771) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

to the determinants of prejudice and underlines the potential contribution of multiculturalism to the elimination of covert, routine forms of discrimination.

Palabras clave: reconocimiento, discriminación, prejuicio, multiculturalismo, justicia social.
Keywords: recognition, discrimination, prejudice, multiculturalism, social justice.

1. INTRODUCCIÓN

Junto con el origen socioeconómico, la posesión de rasgos estereotipados y no elegidos tales como el sexo, la raza, la orientación e identidad sexual, la discapacidad y la edad posiblemente constituye una de las principales fuentes de desigualdad en las sociedades democráticas del siglo XXI. En la Unión Europea, las mujeres actualmente cobran un 16% menos que los varones y están masivamente infrarrepresentadas entre los legisladores y gobernantes nacionales (de los que conforman la cuarta parte), los administradores de grandes empresas (el 15%) y sus presidentes (el 3%¹). Aproximadamente un 15% de la población gitana completa la educación secundaria, la tercera parte está desempleada y el 90% vive por debajo del umbral de la pobreza². El 78% de las personas lesbianas, gais, transexuales o bisexuales (LGTB) recuerda haber presenciado frecuentes discriminaciones durante su escolarización y el 6% informa haber sufrido agresiones o amenazas en el último año³. El grueso de las personas con discapacidad intelectual se educa en establecimientos segregados, carece de empleo y debe superar obstáculos significativos para formar una familia, acceder a los servicios de salud o participar en actividades de ocio⁴. En cuanto a los mayores, se les veta muchas oportunidades de reciclaje, ascenso y formación, y

¹ COMISIÓN EUROPEA - DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, *Progress on equality between women and men 2012*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013, pp. 17, 28 y 25.

² AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), *The situation of Roma in 11 EU Member States - Survey results at a glance*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012, p. 12.

³ FRA, *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey - Results at a glance*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013, pp. 19 y 22.

⁴ FRA, *Choice and control: the right to independent living - Experiences of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems in nine EU Member States*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013, pp. 25, 27 y 29-31.

resultan especialmente vulnerables al despido⁵. Además, existen pruebas de que la pertenencia simultánea a varios colectivos estereotipados tiende a generar desventajas más graves o irreducibles a la suma de los estigmas individuales⁶, un problema sociológicamente infra-teorizado que se ha venido abordando en el ámbito jurídico bajo el rótulo de la discriminación múltiple o interseccional⁷.

Incitados por sus obligaciones internacionales⁸ y por las presiones de la sociedad civil⁹, varios Estados ya han reconocido la gravedad de la discriminación y la necesidad de combatirla activamente con medidas legislativas y administrativas. En España, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres desarrolla un ambicioso programa de políticas públicas para favorecer la participación y representación de las mujeres en el sistema educativo, la producción artística e intelectual, los medios de comunicación, el deporte, los consejos de administración y los órganos de gobierno. Aunque menos detallada, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad también establece una obligación para los poderes públicos de diseñar medidas de acción positiva, sensibilización y formación y defensa jurídica a favor de los discapacitados. En cuanto a las minorías étnicas, cuentan con la extensa Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas co-

⁵ B. VAN BALEN, N. CROWLEY y H. RONALD, *Older Workers, Discrimination and Employment*, Informe del Network of socio-economic experts in the anti-discrimination field, 2011.

⁶ R. CRISP y M. HEWSTONE, "Multiple social categorization: Context, process, and social consequences", en R. CRISP y M. HEWSTONE (eds.), *Multiple Social Categorization: Processes, Models and Applications*, Psychology Press, Hove, 2006, pp. 3-22.

⁷ F. REY MARTÍNEZ, "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista española de derecho constitucional*, vol. 28, núm. 84, 2008, pp. 251-283; M. A. BARRÈRE UNZUETA y D. MORONDO TARAMUNDI, "Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42; M. A. BARRÈRE UNZUETA, "La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, 2010, pp. 225-252; R. SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Multidiscriminación en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁸ Vid. la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

⁹ AMINISTÍA INTERNACIONAL, *Convivir con la diferencia: marco para combatir la discriminación en Europa*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2009.

nexas de intolerancia¹⁰, donde se reconoce el papel de la discriminación en la perpetuación de sus desventajas y se plasman decenas de intervenciones específicas en todas las áreas de competencia estatal.

Dada la creciente institucionalización de las medidas de lucha contra la discriminación, es razonable esperar que se acaben convirtiendo en unas herramientas fundamentales para la consolidación democrática y la protección de los derechos humanos. Sin embargo, la concepción distributiva o economicista de la justicia social que tradicionalmente ha dominado la filosofía política¹¹ sigue dificultando la articulación moral y estratégica de estas intervenciones, lo que repercute negativamente en su aceptabilidad social, continuidad y eficacia a largo plazo. Mientras que el trato diferenciado de los ciudadanos más desfavorecidos (fundamentalmente mediante la progresividad fiscal, pero también a través de programas y servicios específicos) generalmente se considera legitimado por la relevancia intrínseca de esta característica¹², el de los colectivos más expuestos a la discriminación frecuentemente se condena por innecesario¹³, peligroso¹⁴ o injusto¹⁵. Además, muchos de los teóricos genuinamente preocupados por la discriminación se encuentran polarizados por la polémica en torno a las políticas de la igualdad (o los derechos individuales) y de la diferencia (o los derechos colectivos), frecuentemente entendidas como mutuamente incompatibles o contradictorias¹⁶.

¹⁰ MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*, Subdirección general de información administrativa y publicaciones, Madrid, 2011.

¹¹ I. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 15.

¹² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, edición revisada, Oxford, 1999, pp. 81-86.

¹³ B. BARRY, *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Polity Press, Cambridge, 2001.

¹⁴ P.-A. TAGUIEFF, *Les fins de l'antiracisme*, Éditions Michalon, Paris, 1995.

¹⁵ D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁶ Algunas aproximaciones esclarecedoras a este debate se pueden encontrar en J. DE LUCAS, "El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)", *Derechos y libertades*, vol. 1, núm. 1, 1993, pp. 261-279; M. J. AÑÓN, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; J. DE LUCAS, "La realidad actual de las minorías en nuestra sociedad", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 15, 2001, pp. 109-126; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001; y R. DE ASÍS ROIG y P. CUENCA, "La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad", en L. CAYO PÉREZ BUENO (ed.) y G. ÁLVAREZ RAMÍREZ

La reflexión que sigue pretende contribuir al acercamiento de estas posturas mediante la evaluación de las prácticas antidiscriminatorias actuales a la luz de la teoría del reconocimiento formulada por Nancy Fraser. Aunque sus raíces filosóficas se hundan hasta Hegel, el concepto de reconocimiento irrumpió en la teoría política a principios de los años 90, cuando se definió como una obligación ética por parte de los poderes públicos de proteger la autoestima de los colectivos estigmatizados¹⁷. Esta propuesta normativa descansaba en la premisa empíricamente cuestionada de una relación causal sistemática entre estigma y autodesprecio¹⁸, que Fraser rechazó a favor de una conceptualización más directamente vinculada al problema de la discriminación.

En esta última versión, el reconocimiento se concibe como un imperativo moral cualitativamente distinto pero parcialmente dependiente de la redistribución, derivado de la existencia de injusticias culturales o simbólicas. Arraigadas en sistemas de representación, interpretación y comunicación, estas injusticias pueden consistir en la dominación cultural (sumisión a sistemas de interpretación y comunicación ajenos u hostiles a la propia cultura), el no reconocimiento (desatención por parte de las representaciones, comunicaciones e interpretaciones de la propia cultura) y la falta de respeto (calumnias o desprecio transmitidos mediante las representaciones estereotípicas o las interacciones diarias)¹⁹. Al mermar el estatus de ciertos colectivos, estas prácticas los vuelven vulnerables a una serie de tratos desfavorables, desde la evitación hasta la agresión física, pasando por el acoso, la exclusión de la vida política o asociativa y la denegación de empleos. Para remediar estas injusticias, el Estado debería promover la transformación de los patrones de valor cultural que obstaculizan la participación de los colectivos estereotipados. En algunos casos, este objetivo se podría alcanzar mediante la dilución de sus diferencias; en otros, se trataría más bien de visibilizar un rasgo que

(coord.), 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, 2012, pp. 59-75.

¹⁷ C. TAYLOR, "The politics of recognition", en A. GUTMANN (ed.), *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994, pp. 25-73; A. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*, trad. de Manuel Ballester, Crítica, Barcelona, 1997.

¹⁸ M. CROCKER y B. MAJOR, "Social Stigma and Self-Esteem: The Self-Protective Properties of Stigma", *Psychological Review*, vol. 96, núm. 4, 1989, pp. 608-630.

¹⁹ N. FRASER, "From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a post-socialist age", *New Left Review*, I/212, 1995, p. 71.

había permanecido oculto, subrayar la no universalidad de las características del colectivo dominante o modificar los criterios de categorización social²⁰.

Una de las ideas fundamentales que se pueden desprender de la argumentación de Fraser es que el reconocimiento constituye un requisito imprescindible, aunque no suficiente, de cualquier estrategia holista y eficaz de los poderes públicos contra la discriminación. En efecto, si la enfermedad que se quiere curar es la discriminación, y si los Estados democráticos ya cuentan con varias herramientas jurídico-políticas para hacerlo, ¿por qué otorgar tanta importancia al reconocimiento? La respuesta más plausible es que las demás medidas, sencillamente, no bastan. El problema radica en que Fraser no demuestra esta tesis, ni siquiera la formula explícitamente, tal vez dándola por sentada o porque el nivel de abstracción de su teoría, centrada en el vínculo entre reconocimiento, redistribución y justicia, difícilmente podría acomodar el análisis detallado de prácticas concretas. Incluso en el plano filosófico, sin embargo, la omisión proporciona armas a los que consideran el reconocimiento como un mero adorno, un capricho idiosincrático, no necesariamente incompatible con el proyecto moderno pero tampoco exigido por sus criterios deontológicos.

Para arrojar luz sobre esta cuestión, se empezará describiendo las principales formas de discriminación que atraviesan las democracias actuales. A continuación, se presentarán y evaluarán consecutivamente tres estrategias jurídico-políticas adoptadas para combatirlos: la disuasión, la compensación y la educación. Esta tipología, elaborada a partir de las descripciones detalladas proporcionadas por la doctrina, se presentará de forma apriorística como marco conceptual capaz de reflejar algunas propiedades de las medidas antidiscriminatorias más significativas sin excesiva distorsión. En último lugar, se abordarán las leyes y políticas enmarcadas en el paradigma del reconocimiento, prestando una atención especial a la relación que mantienen con las medidas anteriores y el multiculturalismo.

2. UN RETRATO GENERAL DE LA DISCRIMINACIÓN EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Aunque el significado del concepto de discriminación se ha dado por sentado hasta ahora, cabe especificar que subsisten considerables discre-

²⁰ N. FRASER, "Rethinking recognition", *New Left Review*, vol. 3, 2000, pp. 113 y ss.

pancias al respecto. La definición jurídica que mayor resonancia ha tenido plausiblemente es la que se encuentra formulada en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: es decir, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en un motivo prohibido y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil u otra. En las ciencias sociales, algunos autores se han mantenido fieles a esta definición²¹; otros, sin embargo, han acotado el objeto de estudio ciñéndose a un ámbito concreto de discriminación (más frecuentemente, el empleo²²), han mantenido la globalidad de la definición legal pero reduciéndola a unos términos básicos, o han prescindido de su primer componente (basada en...) para centrarse en el segundo (que tenga por resultado²³...).

En línea con la tercera de dichas estrategias, la discusión que sigue abordará la discriminación como trato menos favorable otorgado a una persona o categoría de personas debido a la posesión de rasgos no elegidos²⁴. Sea cual sea su voluntad de sencillez, ninguna definición está libre de ambigüedades interpretativas. El cometido de esta sección consistirá en despejar las que pueda suscitar la formulación elegida y destacar algunos resultados de la investigación empírica llevada a cabo en esta área.

La mayor indeterminación tal vez esté vinculada a la categoría de “rasgos no elegidos”, deudora de una tradición moral que censura las desventajas causadas por motivos ajenos a la voluntad individual²⁵. Estrictamente

²¹ S. GARGANTÉ et. al., *La discriminación racial: propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, Icaria, Barcelona, 2003.

²² K. KRAAL, J. ROOSBLAD y J. WRENCH (eds.), *Equal Opportunities and Ethnic Inequality in European Labour Markets: Discrimination, Gender and Policies of Diversity*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2009.

²³ D. PAGER y H. SHEPHERD, “The sociology of discrimination: racial discrimination in employment, housing, credit, and consumer markets”, *Annual Review of Sociology*, núm. 34, 2008, pp. 181-209.

²⁴ Esta formulación se acerca a la temprana propuesta de P. BREST, “Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle”, *Harvard Law Review*, vol. 90, núm. 1, 1976, pp. 1-54.

²⁵ N. BOBBIO, “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes”, en D. CAICEDO TAPIA y A. PORRAS VELASCO (eds.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, pp. 191-195.

hablando, ninguno de los rasgos actualmente protegidos por el derecho antidiscriminatorio resulta absolutamente imposible de modificar u ocultar; no obstante, los rasgos que se consideran como criterios ilegítimos de trato menos favorable se suele determinar en función del grado relativo de autonomía con que se adquieren y mantienen. También se tiene en cuenta la presencia o ausencia de interés legítimo del Estado en la modificación del rasgo²⁶. La religión, la etnicidad, la nacionalidad, la lengua, el estado civil y el patrimonio son algunos de los rasgos difícilmente mutables que se han incluido en una zona intermedia de protección jurídica²⁷.

Otra expresión que puede dificultar la delimitación del concepto de discriminación es la de "trato menos favorable". Aunque la idea de trato generalmente evoca interacciones y cercanía física, la mayoría de los tratos discriminatorios no se produce en presencia de sus destinatarios. Así ocurre, por ejemplo, cuando los tertulianos de un programa de radio expresan opiniones homofóbicas, cuando los electores rehúsan votar a una presidenta, cuando los empleadores descartan el currículum de una persona sexagenaria o cuando unos compradores evitan la tienda de "los chinos". Pero incluso cuando el individuo discriminado presencia la acción que lo perjudica, generalmente no puede concluir con certeza que se haya producido una discriminación. En efecto, un trato desfavorable puede atribuirse a muchos motivos alternativos, como el marco institucional, la conducta de la persona lesionada, el estado de ánimo del agente y la estructura de oportunidades asociada con una u otra línea de actuación. Además, muchas discriminaciones no adoptan la forma de tratos francamente desfavorables sino meramente neutros o incluso ligeramente favorables²⁸. En estos casos, el daño consiste en denegar un beneficio que se habría concedido a una persona de otra categoría social. Dada la dificultad de detectar y demostrar las discriminaciones, no es de extrañar que muy pocas acaben denunciándose²⁹.

²⁶ FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2ª edición, Oxford, 2011, p. 132.

²⁷ A título ilustrativo, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (2000) prohíbe la discriminación por razón de orígenes sociales, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, patrimonio y nacimiento (art. 21.1).

²⁸ M. BREWER, "The Psychology of Prejudice: Ingroup Love or Outgroup Hate?", *Journal of Social Issues*, vol. 55., núm. 3, 1999, pp. 429-444.

²⁹ CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO..., *Informe anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2012.

La discriminación es un fenómeno multifacético que atraviesa todas las esferas de la vida social: así lo recalcan los títulos de los tratados internacionales contra “todas las formas” de discriminación y la enumeración de las esferas “política, económica, social, cultural, civil u otra” en que se producen. Sin embargo, las heterogéneas conductas que abarca comparten una misma causa más o menos inmediata: el prejuicio. Los psicólogos sociales definen el prejuicio como una actitud, es decir, una predisposición a actuar de una determinada manera hacia una categoría social³⁰. Estas actitudes están arraigadas en un conjunto de creencias y emociones aprendidas desde la infancia, aunque también se pueden modificar a lo largo de la vida, y que se activan automáticamente a la hora de evaluar a una persona³¹.

El término de “prejuicio” suele reservarse para describir las actitudes globalmente negativas. Sin embargo, se ha observado que muchos prejuicios no son uniformemente negativos sino que comportan estereotipos de signo opuesto en las dimensiones de competencia y simpatía. Por ejemplo, los mayores, los discapacitados y las amas de casa tienden a percibirse como simpáticos pero incompetentes, mientras que los judíos, los asiáticos y las mujeres profesionales tienen una imagen de competencia y frialdad. Dos factores estructurales aparecen especialmente determinantes en la configuración de los estereotipos sobre un colectivo: la posición social que ocupa y la naturaleza cooperativa o competitiva de sus relaciones con el resto de la sociedad. Así pues, las categorías sociales percibidas como poderosas suelen asociarse con estereotipos de competencia, mientras que las que ocupan una posición subordinada suelen considerarse como incompetentes. Por otro lado, los individuos suelen caer más simpáticos y agradables en la medida en que pertenecen a categorías sociales aparentemente cooperativas y bienintencionadas; inversamente, resultan fríos o distantes cuando sus objetivos parecen colisionar con los de los demás³². Ahora bien, la relación entre la posición estructu-

³⁰ J. DOVIDIO *et. al.*, “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”, en ID. (eds.), *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Sage, Londres, 2010, pp. 3-28.

³¹ S. FISKE y S. NEUBERG, “A continuum of impression formation, from category-based to individuating processes: influences of information and motivation on attention and interpretation”, en M. ZANNA (ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, Academic Press, San Diego, 1990, pp. 1-69.

³² S. FISKE, A. CUDDY, P. GLICK y J. XU, “A Model of (Often Mixed) Stereotype Content: Competence and Warmth Respectively Follow From Perceived Status and Competition”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 82, núm. 6, 2002, pp. 878-902.

ral y los estereotipos de un colectivo no es directa, sino que resulta mediada por la forma en que las instituciones mediáticas, educativas, culturales y políticas representan esta posición ante sus respectivos públicos.

Los matices que distinguen cada tipo de prejuicio se plasman en patrones específicos de discriminación. En concreto, los colectivos estereotípicamente competentes y fríos tienden a despertar envidia y una combinación de ayuda pasiva (es decir, tratos motivados por el interés propio pero que redundan en beneficios colaterales para sus destinatarios) y daño activo (tratos deliberadamente perjudiciales para el destinatario). En cambio, las categorías percibidas como incompetentes y simpáticas suscitan lástima y reciben ayuda activa (explícitamente concebida para beneficiar al destinatario) pero daño pasivo (ignorancia, negligencia y distanciamiento)³³. Las estructuras de oportunidades específicas de cada colectivo también vienen determinadas por el nivel de compatibilidad entre sus estereotipos y los requisitos asociados con determinados roles³⁴. Dado que los estereotipos de género atribuyen más empatía y menos capacidades analíticas a las mujeres que a los varones, las primeras tienden a ser evaluadas de forma más favorable en las profesiones vinculadas al cuidado y menos favorable en las que comportan tareas matemáticas³⁵. Del mismo modo, la presunta sensibilidad de los varones homosexuales puede facilitar su inserción en la industria cultural pero excluirlos de la policía o el mundo deportivo. Las recompensas derivadas del desempeño de roles estereotípicos crean incentivos para invertir en la adquisición de las competencias correspondientes³⁶, contribuyendo así a la perpetuación de la segregación estructural.

El contexto normativo en el que se enmarca la discriminación también determina las formas que adopta. En particular, el desarrollo del derecho antidiscriminatorio y el descrédito de las ideologías basadas en jerarquías biológicas han fomentado la sustitución parcial de las hostilidades abiertas

³³ A. CUDDY, P. GLICK y S. FISKE, "The BIAS Map: Behaviours From Intergroup Affect and Stereotypes", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 92, núm. 4, 2007, pp. 631-648.

³⁴ A. EAGLY y A. DIEKMAN, "What is the Problem? Prejudice as an Attitude-in-Context", en J. DOVIDIO, P. GLICK y L. RUDMAN (eds.), *On the Nature of Prejudice: Fifty Years after Allport*, Blackwell Publishing, Londres, 2010, pp. 19-35.

³⁵ D. GINTHER y S. KAHN, "Women in Economics: Moving Up or Falling Off the Academic Career Ladder?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 18, núm. 3, 2004, pp. 193-214.

³⁶ C. STANGOR y G. SECHRIST, "Conceptualizing the Determinants of Academic Choice and Task Performance Across Social Groups", en C. STANGOR y J. SWIM (eds.), *Prejudice: The Target's Perspective*, Academic Press, San Diego, 1998, pp. 105-124.

y directas por sesgos más indirectos y encubiertos, racionalizados con argumentos ligados a las diferencias culturales³⁷. En muchas ocasiones, estos sesgos no solo pasan desapercibidos por sus víctimas y posibles testigos sino también por sus propios agentes, cuyas convicciones explícitas pueden ser igualitarias³⁸. Una de sus manifestaciones más comunes y gravosas es la evitación de la interacción con individuos estigmatizados, debido en parte al temor de revelar posibles prejuicios³⁹.

Hasta ahora, la exposición se ha centrado en los casos de discriminación donde el papel causal del prejuicio es inmediato, es decir, donde la actitud y la conducta se reúnen en el mismo individuo. Sin embargo, existen muchas formas de discriminación donde lo que cuenta no es la actitud del agente sino la de otras personas. Estos procesos se pueden agrupar en dos categorías diferenciadas: la discriminación estructural, que surge como efecto secundario de la búsqueda de beneficios en el mercado, y la discriminación institucional, arraigada en normas jerárquicamente impuestas en el seno de las organizaciones públicas y privadas⁴⁰.

El caso paradigmático de discriminación estructural es la tendencia de los empleadores a tener en cuenta las preferencias de sus empleados y clientes a la hora de contratar, asignar tareas o conceder ascensos⁴¹. Dado que estas preferencias suelen estar condicionadas por los prejuicios socialmente vigentes, las empresas pueden verse incitadas a discriminar estratégicamente para prevenir el acoso de sus trabajadores atípicos o evitar una pérdida de prestigio ante sus clientes⁴². Otra forma de discriminación estructural es

³⁷ T. PETTIGREW y R. MEERTENS, "Subtle and blatant prejudice in western Europe", *European Journal of Social Psychology*, vol. 25, 1995, pp. 57-75.

³⁸ P. DEVINE, "Stereotypes and prejudice: their automatic and controlled components", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 56, núm. 1, 1989, pp. 5-18.

³⁹ W. STEPHAN y C. STEPHAN, "Intergroup Anxiety", *Journal of Social Issues*, vol. 41, núm. 3, 1985, pp. 157-175.

⁴⁰ Para una definición análoga, vid. L. CACHÓN RODRÍGUEZ, "Discriminación en el trabajo de las personas inmigradas y lucha contra la discriminación", en S. GARGANTÉ, S. et al., *La discriminación racial...*, cit., p. 50.

⁴¹ G. BECKER, *The Economics of Discrimination*, University of Chicago Press, 2ª edición, Chicago, 1971.

⁴² R. GREGORY, *Women and Workplace Discrimination: Overcoming Barriers to Gender Equality*, Rutgers University Press, Londres, 2003; J. MACDONNELL, "Comparative life histories of nurses who advocate for lesbian health in a Canadian context: sexual orientation discrimination as a factor in career and workplace dynamics", en M. BADGETT y J. FRANK (eds.), *Sexual Orientation Discrimination: An international perspective*, Routledge, Londres, 2007, pp. 118-135.

la llamada discriminación estadística, que se produce cuando un rasgo no elegido se encuentra fuertemente correlacionado con una característica relevante desde el punto de vista del rendimiento laboral. Por ejemplo, en una sociedad donde las mujeres dedican más tiempo al trabajo doméstico que los varones, los empleadores tenderán a utilizar el sexo como indicador de disponibilidad horaria, sobre todo cuando la búsqueda de información individualizada resulta costosa⁴³. En cuanto a la discriminación oportunista, se basa en la explotación del menor poder de negociación que tienen los individuos estigmatizados, ofreciéndoles salarios más bajos o peores condiciones de trabajo⁴⁴.

La discriminación estructural no se cierra al mercado laboral sino que también atraviesa los mercados inmobiliarios, financieros y de bienes de consumo⁴⁵. Por ejemplo, existen pruebas de que los bancos estadounidenses conceden menos hipotecas a los residentes de los barrios donde se concentran las minorías raciales, lo que se puede deber a la disminución esperada del valor de sus propiedades o a una menor confianza en su capacidad de devolver los préstamos. También se muestran reticentes a financiar las empresas de propiedad hispánica o afroamericana. Al mismo tiempo, estos mismos colectivos constituyeron el blanco principal de los préstamos abusivos que desembocaron en la crisis financiera de 2007⁴⁶.

En contraste con la ubicuidad de la discriminación individual y estructural, la discriminación institucional actualmente constituye un fenómeno relativamente marginal en las sociedades democráticas, en parte gracias a los límites impuestos por los instrumentos de protección de los derechos humanos a la actividad legislativa, administrativa y económica. Por su carácter formal, sistemático y jerarquizado, la discriminación institucional no solo puede tener impactos devastadores sino que también resulta más difícil de disimular. La penalización de la homosexualidad, la denegación del derecho

⁴³ H. FANG y A. MORO, "Theories of Statistical Discrimination and Affirmative Action: A Survey", en J. BENHABIB, M. JACKSON y A. BISIN (eds.), *Handbook of Social Economics*, Elsevier, North-Holland, 2011, pp. 133-200.

⁴⁴ A. NILSSON y J. WRENCH, "Ethnic inequality and discrimination in the labour market", en K. KRAAL, J. ROOSBLAD y J. WRENCH (eds.), *Equal Opportunities and Ethnic Inequality in European Labour Markets*, cit., p. 39.

⁴⁵ D. PAGER y H. SHEPHERD, "The sociology of discrimination: racial discrimination in employment, housing, credit, and consumer markets", cit.

⁴⁶ G. DYMSKI, "Discrimination in the credit and housing markets: findings and challenges", en W. RODGERS (ed.), *Handbook on the Economics of Discrimination*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, pp. 215-259.

de voto a las mujeres, la firma de convenios impidiendo la venta de viviendas a determinadas minorías o la realización de experimentos con discapacitados intelectuales son algunas de las formas especialmente graves de discriminación institucional que no tendrían cabida en el orden jurídico actual. Sobre este trasfondo, sin embargo, varias normativas más o menos ocultas siguen castigando la posesión de rasgos no elegidos. Por ejemplo, la identificación por perfil étnico sigue siendo practicada a gran escala por los cuerpos policiales⁴⁷; las reglas que rigen el empleo público y privado obligan a los trabajadores a abandonar sus puestos cuando alcanzan una edad determinada⁴⁸; las personas homosexuales y las mujeres se encuentran formalmente excluidas de muchas actividades religiosas y militares. Diseñadas y aplicadas desde las instancias con mayor poder político, económico y cultural, estas discriminaciones suponen una amenaza directa para la consolidación de normas igualitarias.

En el plano normativo, quedaría por aclarar un dilema terminológico que inevitablemente deriva de la equiparación entre discriminación y trato menos favorable, a saber, que extiende la carga negativa del concepto a las discriminaciones inversas que favorecen a la categoría social habitualmente desfavorecida. Por ejemplo, ya se ha mencionado que los individuos más expuestos a la discriminación también pueden verse premiados cuando desempeñan roles estereotípicos. Aunque benefician directa e inmediatamente a sus destinatarios, dichos tratos también contribuyen a mantener los determinantes estructurales del prejuicio y, por lo tanto, no parecen merecer mucho respaldo moral. No ocurre lo mismo, sin embargo, con las políticas diseñadas para promover la participación de los colectivos estereotipados en actividades de las que tradicionalmente habían sido excluidos. Dado que muchos juristas apoyan en principio estas medidas, se muestran reticentes a calificarlas como discriminatorias, sobre todo teniendo en cuenta el aura de ilegalidad que rodea el término⁴⁹.

Una solución al problema de las discriminaciones inversas consistiría en distinguir entre sus formas pro-estereotípicas, compatibles con e incluso arraigadas en las otras formas de discriminación, y sus manifestaciones anti-

⁴⁷ J. GARCÍA AÑÓN *et. al.*, *Identificación policial por perfil étnico en España: informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁴⁸ D. O'DEMPSEY y A. BEALE, *Age and Employment*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.

⁴⁹ M. A. BARRERE UNZUETA, "Igualdad y discriminación positiva: Un esbozo de análisis teórico-conceptual", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, pp. 1-27.

estereotípicas, fruto de un esfuerzo estratégico para socavar los fundamentos y contrarrestar las consecuencias de todas las otras formas de discriminación. De ahora en adelante, por afán de simplicidad y apego a la terminología establecida, las segundas se designarán como acciones positivas.

3. ANTIDISCRIMINACIÓN: TRES ESTRATEGIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Partiendo de la descripción anterior de las prácticas que se pueden considerar inequívocamente condenables desde una interpretación minimalista del principio antidiscriminatorio⁵⁰, esta sección aborda las medidas que se han puesto en práctica para contrarrestarlas hasta el momento. Aunque todavía no se han generalizado e institucionalizado de forma comparable a las leyes y políticas de naturaleza distributiva, dichas actuaciones sí han generado extensos y acalorados debates académicos. Aquí no se pretende repasar o zanjarlos sino únicamente recuperar y desarrollar algunos de sus argumentos en aras de identificar la contribución original del reconocimiento a la lucha contra la discriminación.

3.1. La disuasión

La inclusión definitiva de la discriminación en el ámbito de actuación del aparato coercitivo de los Estados miembros de la Unión Europea se produjo en 2008 mediante la Decisión marco 2008/913/JAI⁵¹, que insta a la penalización de la incitación pública a la violencia o al odio, ya sea oralmente o por la difusión de escritos, imágenes u otros materiales (art. 1.1 a y b); la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, de guerra o contra la humanidad, de una forma que pueda incitar a la violencia o al odio (art. 1.1 c y d); así como la presencia de motivaciones racistas o xenófobas en cualquier conducta delictiva (art. 4). En términos generales, las conductas discriminatorias consideradas como suficientemente graves para

⁵⁰ Entre otros aspectos, dicha interpretación pasa por alto el importante problema de la discriminación indirecta, donde un trato igualitario genera consecuencias desigualitarias para distintos colectivos. Desde el punto de vista normativo, la discriminación indirecta plantea dificultades de ponderación específicas que no se pueden abordar en este trabajo, pero que se reflejan abundantemente en la doctrina. Vid., p. ej., C. TOBLER, *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2008.

⁵¹ Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

ser objeto de sanciones disuasorias se pueden agrupar en tres categorías: la incitación al odio, el delito de odio y el acoso.

La penalización de la incitación al odio, y en particular el odio racista, tiene una larga trayectoria en derecho internacional y nacional. El artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. El artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial también declara como acto punible “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial [...] y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”. En Francia, la Ley sobre la libertad de prensa pena con un año de prisión y/o 45.000 euros de multa la provocación al odio o la violencia por motivos de etnicidad, nacionalidad, raza, religión, sexo, orientación o identidad sexual o discapacidad mediante discursos, gritos o amenazas proferidos en público, así como escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes o cualquier soporte escrito, oral o pictórico vendido, distribuido o expuesto en público⁵².

En los discursos políticos y mediáticos, las minorías étnicas frecuentemente se asocian con estereotipos de ilegalidad, fraude, crimen, violencia, pasividad, inadaptación, ignorancia, pobreza, retraso cultural, superstición, agresividad y autoritarismo⁵³. Dado que la percepción de amenaza constituye uno de los principales catalizadores de las hostilidades intergrupales⁵⁴, la penalización de la incitación al odio teóricamente podría desempeñar un papel importante en la lucha contra la discriminación por motivos de raza. Hasta ahora, sin embargo, estas posibilidades han quedado reducidas a su mínima expresión por las amplias interpretaciones judiciales del derecho fundamental de libertad de expresión. Entre los argumentos aducidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para anular las condenas de los tribunales estatales se pueden citar las responsabilidades políticas y las intenciones legítimas del sujeto del discurso, el interés público de los debates,

⁵² Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 23 y 24.

⁵³ T. VAN DIJK, *Elite Discourse and Racism*, Sage, Londres, 1993, pp. 283 y ss.

⁵⁴ B. RIEK, E. MANIA y S. GAERTNER, “Intergroup Threat and Outgroup Attitudes: A Meta-Analytic Review”, *Personality and Social Psychology Review*, vol. 10, núm. 4., pp. 336-353.

la base fáctica de las afirmaciones, la libertad y pluralidad de la prensa y el derecho a la información⁵⁵.

La figura jurídica del delito de odio puede abarcar cualquier delito motivado en alguna medida por el prejuicio. Sus formas específicas van desde el vandalismo, la agresión y la violación hasta los asesinatos en serie y el genocidio⁵⁶. Al igual que la incitación al odio, se creó inicialmente para luchar contra la discriminación racial, étnica, nacional o religiosa, antes de extenderse a otras categorías sociales estigmatizadas. En 2009, 37 Estados miembros de la OSCE habían penalizado algún tipo de delito de odio; prácticamente todas las normativas cubrían la motivación racista o religiosa, 11 incluían la orientación sexual, siete mencionaban la discapacidad y seis, el sexo⁵⁷. En el plano legislativo, la motivación discriminatoria puede tipificarse como delito sustantivo o como circunstancia agravante del delito al que da lugar, la opción más extendida. Una de las desventajas de la agravante es que, a diferencia del delito sustantivo, dificulta la recopilación de estadísticas oficiales sobre la prevalencia de los delitos de odio, debilitando así la función expresiva del derecho penal. Sin embargo, resulta más sencilla de aplicar de forma flexible a una gran diversidad de delitos. Además, en caso de incapacidad de demostrar la motivación discriminatoria, se mantiene intacta la acusación relativa al delito básico⁵⁸.

Dado que el delito de odio siempre coincide con otro delito sustantivo, algunos autores han cuestionado la legitimidad de asignarle una pena específica, alegando una vez más el derecho a la libertad de opinión y expresión⁵⁹. Sin embargo, existen motivos para pensar que los prejuicios que subyacen en un delito efectivamente aumentan su nivel de gravedad. Para sus víctimas inmediatas, generan una mayor percepción de vulnerabilidad, debido a la inmutabilidad de la característica que incitó al acto. Los daños psicológicos

⁵⁵ A. WEBER, "The case-law of the European Court of Human Rights on Article 10 ECHR relevant for combating racism and intolerance", *Actas del Expert seminar: Combating racism while respecting freedom of expression, European Commission against Racism and Intolerance*, Estrasburgo, 2007, pp. 97-113.

⁵⁶ OSCE/ODIHR, *La lucha contra los delitos de odio en la región OSCE: una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas nacionales*, Movimiento contra la intolerancia, Madrid, 2005, p. 10.

⁵⁷ OSCE, *Hate crime laws: a practical guide*, OSCE Office for democratic institutions and human rights, Varsovia, 2009, p. 43.

⁵⁸ OSCE, *Hate crime laws: a practical guide*, cit., pp. 35-36.

⁵⁹ J. JACOBS y K. POTTERS, *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, Cary, 2000.

pueden desembocar en casos de ansiedad o depresión. Los demás miembros de su categoría social también pueden llegar a temer por su propia seguridad. Finalmente, los delitos de odio contribuyen a exacerbar las tensiones internas de la sociedad en conjunto⁶⁰. Otra justificación de orden pragmático es la tendencia de los operadores jurídicos a racionalizar estos delitos de acuerdo con los estereotipos vigentes. Desde este punto de vista, la agravante puede ayudar a contrarrestar los sesgos de los propios jueces y garantizar el acceso de los colectivos estigmatizados a la justicia⁶¹.

A diferencia de las dos figuras anteriores, la prohibición del acoso no surgió como respuesta al racismo sino a manifestaciones seculares de sexismo que se empezaron a denunciar a partir de los años 70⁶². En las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea, el acoso se define como “un comportamiento no deseado relacionado con [el sexo, la raza o el origen étnico, la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual] que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo⁶³”. Aunque no se incluyó en la posterior Decisión Marco 2008/913/JAI, el acoso generalmente ha sido tratado por los legisladores y los tribunales como una forma especialmente grave de discriminación. Por ejemplo, el artículo 173 del Código Penal español⁶⁴ sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años a la persona que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realice contra otra de forma reiterada actos hostiles o humillantes. La misma pena se aplica a la que lleve a cabo actos hostiles o humillantes que tengan por objeto impe-

⁶⁰ F. LAWRENCE, “Enforcing bias-crime laws without bias: Evaluating the disproportionate-enforcement critique”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, núm. 49, 2003, pp. 50-51.

⁶¹ OSCE, *Hate crime laws: a practical guide*, cit., pp. 21-22.

⁶² C. MACKINNON, *Sexual Harrassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, New Haven, 1979; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Equality in Employment and Occupation, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 1988.

⁶³ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, art. 2.3; Directiva 2000/78/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, art. 2.3; 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), art. 2c).

⁶⁴ Modificado por el número trigésimo octavo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

dir el legítimo disfrute de la vivienda. En los casos en que estos actos se cometan por motivos discriminatorios, también se debería aplicar la agravante del artículo 22.4⁶⁵, lo cual convertiría técnicamente el acoso en un delito de odio. En sus formas más benignas, el acoso generalmente se sanciona mediante la normativa civil. Aún así, los tribunales han reconocido el considerable perjuicio emocional que causa, así como la intencionalidad reflejada en la reiteración de los actos, mediante la concesión de elevadas indemnizaciones a las víctimas⁶⁶.

En la medida en que se acepte la gravedad del daño causado por la incitación al odio, los delitos de odio y el acoso, la legitimidad del recurso a la coerción estatal en aras de luchar contra algunas formas de discriminación difícilmente se puede rechazar de pleno. Sin embargo, subsiste una profunda tensión entre la vocación de excepcionalidad de las sanciones punitivas y el carácter endémico que, como se ha visto en la sección anterior, reviste la discriminación en las democracias actuales⁶⁷. Por ejemplo, los estudios recientes indican que las formas más comunes de acoso consisten en criticar a una persona a sus espaldas, tratarla como si fuera transparente o invisible, despreciar su rendimiento, difundir rumores sobre ella, criticar su trabajo continuamente, limitar sus posibilidades de expresión, cuestionar sistemáticamente sus decisiones, asignarle tareas muy por debajo de su capacidad, lanzar miradas y hacer gestos despectivos y rechazar el contacto por alusiones y gestos⁶⁸. Aunque pueden tener repercusiones considerables en la salud mental de la víctima, sobre todo cuando se producen de forma continua y acumulativa, muchas de estas conductas están tan extendidas que la intervención penal supondría una violación flagrante de los principios de proporcionalidad y regularidad en la

⁶⁵ “Son circunstancias agravantes: [...] Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”

⁶⁶ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, cit., p. 293: “The Court of Appeal has set out three bands of award for injury to feelings: a top band (£18.000-£30.000) for the most serious cases, such as a lengthy campaign of sexual harassment”; N. BAMFORTH, M. MALIK y C. O’CINNEIDE, *Discrimination Law: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008, p. 1249: “Harassment cases often involve the type of fact situations that justify additional awards for aggravated damages”.

⁶⁷ J. LANDA GOROSTIZA, “Racismo, xenofobia y Estado democrático”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 18, 2004, pp. 59-71.

⁶⁸ G. DE RIVERA, *El maltrato psicológico. Como defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, Espasa, Madrid, 2003.

aplicación de la ley. Del mismo modo, la racionalización y el encubrimiento de los discursos racistas bajo una retórica de hospitalidad, comprensión y tolerancia generalmente permite ocultar sus motivaciones discriminatorias⁶⁹. Los elevados estándares de prueba que caracterizan el derecho penal, en línea con su énfasis en la presunción de inocencia y la intención del agente⁷⁰, imposibilitan la sanción de estas discriminaciones ocultas.

De este modo, incluso las definiciones más amplias de las figuras jurídicas tratadas en este apartado necesariamente se deben ceñir a una fracción ínfima de las conductas que contribuyen a la subordinación de los colectivos estigmatizados. Por consiguiente, la gran debilidad del enfoque disuasorio radica en su impacto marginal sobre las causas o las consecuencias de la discriminación. Castigar a los discriminadores equivale a atribuir a unas cuantas personas la responsabilidad de todas las acciones rutinarias y aparentemente benignas que contribuyen directa e indirectamente a la perpetuación de los prejuicios. Además, las sanciones penales de tipo económico generalmente revierten en beneficio del Estado y no de las víctimas, lo que reduce sus posibilidades de resarcimiento y sus incentivos para litigar⁷¹. Teniendo en cuenta estas desventajas, no es de extrañar que la gran mayoría de las medidas antidiscriminatorias actualmente vigentes se enmarquen en el paradigma compensatorio propio del derecho civil y de las políticas que se explorarán en el apartado siguiente.

3.2. La compensación

Ante la inadecuación del método coercitivo para hacer frente a un problema social tan generalizado y escurridizo como el de la discriminación, muchos Estados han centrado sus esfuerzos en la compensación de las víctimas por los perjuicios sufridos. Esta lógica de intervención se puede desprender de la predominancia del derecho antidiscriminatorio civil respecto al penal, así como en la adopción de acciones positivas que favorecen a las categorías sociales discriminadas en el reparto de bienes como la vivienda, la educación, el empleo, los cargos políticos o algunas prestaciones⁷².

⁶⁹ T. VAN DIJK, *Elite discourse and racism*, cit., p. 283.

⁷⁰ J. SUK, "Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe", óp. cit., pp. 14-15.

⁷¹ J. SUK, "Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe", *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 14, 2012, p. 12.

⁷² W. LEITER y S. LEITER, *Affirmative action in antidiscrimination law and policy: an overview and synthesis*, State University of New York Press, 2ª edición, Albany, 2011.

Debido a su alcance internacional, las directivas de igualdad de la Unión Europea⁷³ resultan especialmente ilustrativas de las tendencias actuales en materia de derecho antidiscriminatorio civil. Por un lado, tres de ellas⁷⁴ protegen una única categoría social, lo que se puede explicar por el mayor relieve político que ha adquirido la discriminación sexual y racial desde los años 60⁷⁵. Por otro lado, la mitad de las directivas⁷⁶ solo se aplican al ámbito del empleo, plausiblemente por la responsabilidad social específica que pueden asumir los agentes económicos que controlan importantes recursos. En particular, la atribución de responsabilidades civiles a las empresas cuyos directivos o empleados cometen actos discriminatorios puede incrementar considerablemente el importe de las indemnizaciones⁷⁷.

En materia laboral, la Directiva 2000/78 prohíbe la discriminación ejercida por cualquier persona perteneciente a un organismo público o privado en relación con las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción; el acceso a la orientación profesional, la formación profesional y el reciclaje; las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración; y la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta (art. 3). En el caso de la discriminación racial, la Directiva 2000/43 también abarca la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda (art. 3.1). Asimismo, la Directiva 2004/113 prohíbe la discriminación por sexo a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan dentro o fuera del ámbito de la vida privada y familiar (art. 3.1).

⁷³ Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE, cit.; y Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

⁷⁴ Directivas 2000/43, 2004/113 y 2006/54.

⁷⁵ Civil Rights Act (1964); Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

⁷⁶ Directivas 2000/78 y 2006/54.

⁷⁷ O. DE SCHUTTER, "The liability of legal persons in anti-discrimination law", *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 6-7, 2008, p. 36.

Las Directivas obligan a los Estados miembros a establecer un régimen de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, pero este último requisito generalmente no se cumple en la práctica, en parte por la modestia de las indemnizaciones concedidas y en parte por la capacidad financiera de las organizaciones que las desembolsan⁷⁸. Aun así, la litigación civil indudablemente ofrece mayores posibilidades de resarcimiento que la vía penal. También abre la puerta a una reducción de los estándares de prueba e incluso a una inversión de la carga, una herramienta esencial para superar la dificultad de identificar las motivaciones del discriminador y la asimetría informativa que suele producirse en el ámbito del empleo⁷⁹.

Sin embargo, la adjudicación judicial se puede considerar como una herramienta antidiscriminatoria de alcance muy restringido. Junto con el bajo nivel de las reparaciones financieras y los problemas de prueba, el principio de imposición de costas al perdedor que rige en todos los Estados europeos⁸⁰ y la lentitud inherente al procedimiento judicial, cuya duración suele oscilar entre uno y tres años⁸¹, limita enormemente el número de casos que se resuelven por la vía de los tribunales. Para ilustrar la inadecuación del remedio a la enfermedad, incluso se ha llegado a compararlo con un sistema fiscal donde los pobres tendrían que demandar a los ricos para que pagaran sus impuestos⁸².

Desde esta perspectiva, las acciones positivas aparecen como una prolongación de la lógica compensatoria subyacente en el derecho antidiscriminatorio civil, rompiendo a la vez con el individualismo metodológico de la actuación judicial. Para las políticas de acción positiva, la posesión de un rasgo estigmatizado se convierte en un factor comparable a la renta en la determinación de la posición social de un individuo y de su correspondiente derecho a determinados bienes y servicios. Reconociendo la legitimidad de

⁷⁸ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, cit., p. 293; I. CHOPIN y T. UYEN DO, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe: The 27 EU Member States, Croatia, Former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein, Norway and Turkey compared*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012, p. 99; N. BAMFORTH, M. MALIK y C. O’CINNEIDE, *Discrimination Law: Theory and Context*, cit., p. 1224.

⁷⁹ F. PALMER, “Redressing the Balance of Power in Discrimination Cases: The Shift in the Burden of Proof”, *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 4, 2006, pp. 23-30.

⁸⁰ J. SUK, “Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe”, cit., p. 18.

⁸¹ FRA, *Access to justice in cases of discrimination in the EU: Steps to further equality*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2012, p. 44.

⁸² L. MASON, “The hollow shell of European race discrimination policy: The EC Race Directive”, *American Behavioural Scientist*, vol. 53, núm. 12, 2010, p. 1741.

este criterio, las Directivas de igualdad de la Unión Europea especifican que “con el fin de garantizar la plena igualdad [...], el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas [ocasionadas por la posesión de algún rasgo estigmatizado]⁸³”. En principio, las acciones positivas se pueden llevar a cabo tanto desde las organizaciones públicas como privadas, pero la intervención estatal suele ser más frecuente y una precondition para el involucramiento de las empresas.

Un estudio reciente sobre ocho países europeos, Estados Unidos, Canadá y Sudáfrica sugiere que la gran mayoría de las acciones positivas actualmente vigentes se encuentran directamente vinculadas a la distribución del empleo⁸⁴. Sin embargo, una de las esferas donde más calado han tenido las acciones positivas hacia las mujeres es la de la política. En 2008, las leyes belgas, francesas, eslovenas y españolas establecían cuotas por género en las elecciones nacionales, regionales y locales; además, algunos partidos políticos de Alemania, Polonia, Suecia y el Reino Unido habían adoptado cuotas voluntarias⁸⁵. La proporción mínima de mujeres – o de candidatos de cada sexo – establecida por las cuotas legales oscilaba entre el 20 y el 50% y para las voluntarias, alrededor del 30%⁸⁶. En los Estados Unidos, las acciones positivas se han utilizado para facilitar la admisión de las minorías raciales en la universidad, promover su integración residencial en los barrios de mayoría caucásica y favorecer a sus empresarios en la licitación de contratos públicos⁸⁷.

Por su carácter colectivo y su movilización de los recursos humanos y materiales de todas las ramas de la administración pública, las acciones positivas tienen la capacidad de mejorar las condiciones de vida de un número mucho mayor de individuos discriminados que la adjudicación judicial. Además, los bienes y servicios que ponen a su disposición –empleos, educación, viviendas, cargos políticos– frecuentemente tienen un valor económico muy superior a las indemnizaciones concedidas por los tribunales o difícil-

⁸³ Directiva 2000/43, art. 5; Directiva 2000/78, art. 7; Directiva 2004/113, art. 6.

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, *International perspectives on positive action measures: A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2009, p. 55.

⁸⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *Electoral gender quota systems and their implementation in Europe*, Bruselas, 2008, p. 11.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁸⁷ W. LEITER y S. LEITER, *Affirmative action in antidiscrimination law and policy*, cit.

mente se pueden adquirir con medios financieros. Otra ventaja es que sus costes recaen en el conjunto de la población, lo que parece más acorde con el carácter difuso de la discriminación.

Ahora bien, las compensaciones posibilitadas por las acciones positivas también se encuentran limitadas por varios factores. El más fundamental es que muchas de las oportunidades vetadas a los colectivos discriminados desbordan el alcance de las políticas públicas. Por ejemplo, uno de los aspectos en que más perjudicados pueden resultar los discapacitados, las minorías étnicas, las personas LGTB o los mayores es el de las relaciones interpersonales⁸⁸. Sin embargo, el Estado no tiene la posibilidad de distribuir la estima y el afecto de forma equitativa. Del mismo modo, el impacto del trato preferente de una minoría étnica en la concesión de viviendas públicas necesariamente se verá determinado por la calidad de las viviendas ofertadas y su peso relativo en el conjunto del mercado inmobiliario. En el ámbito del empleo, la trascendencia de las acciones positivas aumentará de forma proporcional a la intervención estatal en la economía.

La otra limitación es que los tribunales, en lugar de considerar las acciones positivas como una obligación derivada de una comprensión multidimensional de la igualdad, las han tratado como una medida excepcional que debe ser sometida a un test más o menos estricto de proporcionalidad⁸⁹. Por ejemplo, el tribunal constitucional belga estableció cuatro condiciones para su admisibilidad: responder a una situación de desequilibrio de poder manifiesto y durable, estar previstas en la legislación, no ser desmesuradas y tener carácter temporal, abandonándose en cuanto se alcance el objetivo propuesto. En Finlandia, la constitución prohíbe cualquier tipo de acción positiva en el empleo público⁹⁰. Incluso en los Estados Unidos, el país con mayor trayectoria en la materia, la Corte Suprema considera la raza y el sexo como criterios inherentemente sospechosos de actuación estatal, cuyo uso

⁸⁸ J. SWIM, L. COHEN y L. HYERS, "Experiencing Everyday Prejudice and Discrimination", en C. STANGOR, y J. SWIM (eds.), *Prejudice: The Target's Perspective*, cit., pp. 37-60.

⁸⁹ Vid. M. BARRÈRE UNZUETA, "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, pp. 1-26; M. J. ANÓN, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", Ponencia presentada en las jornadas *Integración y derechos en tiempos de crisis*, Valencia, el 15 de noviembre de 2012.

⁹⁰ M. DE VOS, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2007, p. 38.

debe restringirse al máximo y perseguir un interés fundamental⁹¹. A no ser que cambien radicalmente las interpretaciones judiciales del principio de igualdad, parece poco probable que las acciones positivas lleguen a aplicarse a gran escala en un futuro próximo.

Además de contrarrestar solo una pequeña fracción de los daños causados por la discriminación, las medidas compensatorias tienden a beneficiar a una parte reducida de los colectivos estigmatizados: es decir, a los individuos que solicitan los bienes incluidos en los dispositivos de acción positiva o los que disponen de pruebas y recursos suficientes para acogerse a las leyes antidiscriminatorias. Un corolario de esta selectividad es que, al igual que muchas políticas sociales, suelen dejar fuera a los que más las necesitan. La paradoja se plantea de forma especialmente obvia en relación con los costes del procedimiento judicial, pero también ha sido subrayada por los críticos de las acciones positivas⁹².

Por otra parte, las medidas compensatorias carecen en principio de vocación preventiva. Salvo en casos específicos que se abordarán más adelante, se diseñan como remedios para las discriminaciones pasadas, ya sea en el plano histórico o, de forma más convincente, durante el período vital de los beneficiarios. Sin embargo, también se suelen considerar como transitorias, destinadas a desaparecer al mismo tiempo que la desventaja de la categoría social a la que favorecen. Dado que su diseño generalmente no contempla su contribución efectiva a la eliminación de dicha desventaja, tienden a perpetuarse mucho más tiempo del previsto por sus instigadores⁹³.

⁹¹ Caso *Grutter v. Bollinger* [2003] 539 US 306, Sup Ct.

⁹² W. J. WILSON, *When work disappears*, New York, Alfred A. Knopf, 2000, p. 197. Según el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, "quien mejor aprovecha las medidas de acción afirmativa es el segmento más afortunado de los grupos beneficiarios. Por ejemplo, la acción afirmativa en el caso de las mujeres con frecuencia beneficiará a un mayor número de mujeres blancas de clase media que a mujeres de una clase inferior de otro origen étnico. Si favorece a una categoría amplia como los hispanos o los norteamericanos de origen asiático, sacarán más provecho algunos grupos étnicos que otros dentro de esas categorías porque ya tienen una situación económica, de educación o de empleo mejores. En otras palabras, los programas de acción afirmativa tienden a favorecer a los miembros más pudientes y menos desfavorecidos de un grupo." CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *El concepto y la práctica de la acción afirmativa*, 17 de junio de 2002, p. 83.

⁹³ T. SOWELL, *Affirmative action around the world: an empirical study*, Yale University Press, New Haven, 2004, pp. 3-7.

3.3. La educación

Pese a la prohibición legal de la discriminación y al reconocimiento oficial de sus impactos negativos, las encuestas indican una tendencia generalizada a subestimar su alcance y desconocer sus manifestaciones concretas⁹⁴. Esta situación no solo plantea problemas para la eficacia del derecho antidiscriminatorio sino que también obstaculiza la autorregulación de los prejuicios mediante dos importantes incentivos no jurídicos: la voluntad de actuar de forma acorde a los propios valores y la de cumplir con las expectativas de los demás⁹⁵. Con vistas a difundir las normas antidiscriminatorias en el conjunto de la ciudadanía, las Directivas de igualdad de la Unión Europea han impuesto a los Estados miembros la obligación de adoptar “medidas adecuadas para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales⁹⁶”. En el caso de la discriminación por sexo, también prevén que se aliente a los empresarios a que fomenten la igualdad de trato de forma planificada y sistemática en el lugar de trabajo. Uno de los métodos preconizados es la presentación periódica a los empleados y/o a sus representantes de información adecuada sobre la igualdad sexual en la empresa, incluyendo propuestas de mejora y un inventario sobre su presencia en los diferentes niveles de la organización y sus salarios⁹⁷. Para asegurar la efectividad de estas políticas, las Directivas establecen la creación de organismos administrativos especializados con competencias para realizar estudios sobre la discriminación, publicar informes y formular recomendaciones⁹⁸.

En la actualidad, todos los Estados miembros de la Unión cuentan (por lo menos formalmente) con un organismo de igualdad⁹⁹. Más de la mitad de estos organismos abarcan como mínimo los motivos de raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual¹⁰⁰. Sus fun-

⁹⁴ CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO..., *Informe anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*, Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, pp. 42 y ss; FRA, *Data in Focus Report: Rights Awareness and Equality Bodies*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010.

⁹⁵ E. PLANT y P. DEVINE, “Internal and external motivation to respond without prejudice”, *Journal of personality and social psychology*, vol. 75, núm. 3, 1998, pp. 811-832.

⁹⁶ Directiva 2000/43, art. 11.1; Directiva 2000/78, art. 13.1; Directiva 2006/54, art. 21.1.

⁹⁷ Directiva 2006/54, art. 21.3-4.

⁹⁸ Directiva 2000/43, art. 13; Directiva 2004/113, art. 12; Directiva 2006/54, art. 20.

⁹⁹ I. CHOPIN y T. UYEN DO, *Developing Anti-discrimination Law in Europe*, cit., p. 102.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 107.

ciones en materia de difusión de normas antidiscriminatorias se han sintetizado en la tipología siguiente: 1) investigación de la prevalencia, las formas y las causas de la discriminación; 2) campañas de información dirigidas al conjunto de la ciudadanía y de las víctimas de discriminación; 3) asesoramiento de las instancias encargadas de desarrollar normativas antidiscriminatorias y seguimiento de las vigentes; 4) cooperación con organizaciones públicas y privadas para el diseño y la aplicación de estrategias y políticas de igualdad¹⁰¹.

Desde el punto de vista educativo, la primera condición para la consolidación de una opinión pública informada es la recolección de datos fiables sobre la posición social de los colectivos discriminados. Aunque mucho queda por hacer en este ámbito, dichos datos se puede extraer de varias fuentes, tales como las estadísticas oficiales elaboradas a partir de censos o encuestas a gran escala; los registros administrativos que proporcionan información demográfica o laboral; las quejas presentadas ante las instancias policiales y judiciales; los estudios elaborados por organismos especializados como los defensores del pueblo o las ONG; las investigaciones académicas; las encuestas de opinión sobre las experiencias subjetivas de los individuos discriminados y las actitudes que suscitan en diferentes sectores de la población; y los informes elaborados por las empresas y las administraciones públicas sobre la composición de su plantilla y las experiencias de sus clientes o usuarios¹⁰².

La utilización de los resultados de investigación como herramienta de concienciación ciudadana es una tarea políticamente ardua, pero algunos organismos de igualdad han encontrado formas originales de acometerla. Por ejemplo, el de Italia imprimió mensajes antidiscriminatorios en millones de bolsas de compra y el de Portugal organizó manifestaciones relámpago (flash mobs¹⁰³). En Irlanda del Norte, la promulgación de una nueva ley contra la discriminación por orientación sexual vino acompañada de una invitación a las personas homosexuales a compartir sus experiencias en Internet. El organismo belga subrayó el Día internacional contra la homofobia con la distribución de 100 000 postales promocionales en cafeterías, restaurantes y

¹⁰¹ R. HOLTMAAT, *Catalysts for Change? Equality bodies according to Directive 2000/43/EC - existence, independence and effectiveness*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2006, p. 28.

¹⁰² T. MAKONEN, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2006, p. 14.

¹⁰³ EQUINET, *Tackling the "Known Unknown": How Equality Bodies Can Address Under-Reporting of Discrimination through Communications*, 2012, p. 35.

otros lugares públicos. En Francia, una campaña de información cívica se llevó a cabo a través de los principales medios de comunicación del país y con un blog sobre las consecuencias de la discriminación y la importancia de combatirla¹⁰⁴.

Las campañas dirigidas al conjunto de la sociedad generalmente se tienen que ceñir a la transmisión de mensajes sencillos, genéricos y llamativos. Por el contrario, el asesoramiento de organizaciones específicas permite ofrecer información más detallada y relevante para las actividades que lleven a cabo. Por ejemplo, el organismo irlandés tiene la misión de realizar un seguimiento de la aplicación de la legislación antidiscriminatoria y formular recomendaciones al Ministerio de Justicia. El de los Países Bajos ofrece asesoramiento al gobierno, el parlamento y otras organizaciones que lo solicitan, incluyendo la evaluación de las prácticas vigentes y su compatibilidad con la legislación. En Bélgica, el Centro para la igualdad de oportunidades y contra el racismo ofrece cursos sobre comunicación intercultural, gestión de conflictos, reglas de cortesía, antidiscriminación, homofobia y gestión de la diversidad a los profesionales que trabajan en contacto con el público¹⁰⁵. La publicación de material pedagógico, la creación de redes sectoriales de transferencia de conocimiento y el establecimiento de estándares de conducta son otros dispositivos de educación “indirecta” que se han implantado en organizaciones públicas, privadas y no gubernamentales¹⁰⁶. La participación de dichas organizaciones generalmente se produce de forma voluntaria, aunque se puede incentivar mediante las licitaciones públicas¹⁰⁷ y la imposición de obligaciones jurídicas¹⁰⁸.

Sean cuales sean sus formas concretas, todas las medidas educativas contra la discriminación se basan en la premisa de que las normas sociales pueden interponerse entre el prejuicio y sus manifestaciones externas en la conducta de los individuos. En efecto, hay pruebas de que las personas que han incorporado la no discriminación en sus propios estándares morales

¹⁰⁴ EQUINET, *Promoting equality: Overview of positive measures used by national equality bodies*, 2008, pp. 19 y ss.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 22 y 29.

¹⁰⁶ EQUINET, *Equality bodies supporting good practice by service providers*, 2012.

¹⁰⁷ T. UYEN DO, “In the face of diversity: public procurement to promote social objectives”, *European Anti-Discrimination Law Review*, num. 16, 2013, pp. 11-23.

¹⁰⁸ S. FREDMAN, “Making a difference: the promises and perils of positive duties in the equality field”, *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 6/7, 2008, pp. 43-53.

suelen realizar esfuerzos conscientes para controlar sus sesgos¹⁰⁹. Este proceso se aparenta a la modificación de una mala costumbre: cada vez que toman conciencia de una discrepancia entre su conducta real y deseada, se activa una reacción inhibitoria que facilita la identificación y supresión de futuras discriminaciones¹¹⁰. Por este motivo, las medidas educativas teóricamente permiten atajar la discriminación a gran escala y en sus múltiples manifestaciones. Además, las normas que gozan de una amplia aceptación tienden a automantenerse sin grandes inversiones de recursos públicos con la intervención informal y descentralizada de las personas que las han interiorizado.

Ahora bien, ya se ha mencionado que muchos sesgos pasan desapercibidos por sus propios agentes, sobre todo cuando se pueden justificar con argumentos aparentemente legítimos o cuando las pautas de actuación no están claramente definidas. Para los que las sufren, estas discriminaciones sutiles pero endémicas tienen importantes efectos cumulativos: por ejemplo, dificultan la adopción de políticas activas de igualdad, merman la imparcialidad de los operadores jurídicos y frenan los impulsos altruistas que ayudan a salir de los apuros cotidianos¹¹¹. En el ámbito laboral, la importancia relativa otorgada a distintos criterios de mérito tiende a manipularse inconscientemente de una forma que favorece la contratación de los candidatos más estereotípicos¹¹². Los sistemas de retribución basados en el rendimiento, que dejan más latitud a la subjetividad de los evaluadores, también abren la puerta a la discriminación salarial¹¹³. En términos generales, los prejuicios implícitos afectan las conductas más espontáneas (por ejemplo, el lenguaje no verbal¹¹⁴), sesgan la memorización de información personal y generan ansiedad

¹⁰⁹ P. DEVINE, "Stereotypes and Prejudice: Their Automatic and Controlled Components", cit., pp. 5-18.

¹¹⁰ M. MONTEITH, "Self-Regulation of Prejudiced Responses: Implications for Progress in Prejudice-Reduction Efforts", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 65, núm. 3, 1993, pp. 469-485.

¹¹¹ A. PEARSON, J. DOVIDIO y S. GAERTNER, "The nature of contemporary prejudice: insights from aversive racism", *Social and Personality Psychology Compass*, núm. 3, 2009, pp. 1-25.

¹¹² E. UHLMANN y G. COHEN, "Constructed Criteria: Redefining Merit to Justify Discrimination", *Psychological Science*, vol. 16, núm. 6, 2005, pp. 474-480.

¹¹³ E. CASTILLA, "Mérito y discriminación dentro de las organizaciones: diferencias en la evaluación y retribución de empleados/as según género y origen étnico", *Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 129, 2010, pp. 61-105.

¹¹⁴ B. NOSEK, M. BANAJI y A. GREENWALD, "Harvesting implicit group attitudes and beliefs from a demonstration web site", *Group dynamics: theory, research, and practice*, núm. 6, 2002, pp. 101-115.

en las interacciones¹¹⁵. Estas tendencias tienen importantes implicaciones en términos de discriminación estructural, dado el interés de las empresas en complacer a los clientes que se relacionan con sus empleados.

En resumen, las medidas disuasorias, compensatorias y educativas tienden a confinar la discriminación en los márgenes de la vida social pero no la pueden eliminar del todo, porque dejan sin abordar directamente las actitudes que la sustentan y hacen posible un eventual resurgimiento. En el ámbito de las relaciones étnicas, se ha designado esta situación con el interesante concepto de “infrarracismo”, un fenómeno prepolítico caracterizado por la difusión de discursos negativos vinculados a identidades colectivas, violencias localizadas, discriminaciones encubiertas y dispersas en varias instituciones y cierto nivel de segregación laboral, residencial y educativa¹¹⁶. Para superar el reto de la “infradiscriminación”, algunos Estados han empezado a remontar su cadena causal hasta el prejuicio implícito, conformado por procesos cognitivos y afectivos que desbordan la capacidad de autorregulación de los individuos. En ese nivel radicalmente preventivo de intervención podría situarse la cuarta estrategia antidiscriminatoria preconizada por los teóricos del reconocimiento.

4. EL RECONOCIMIENTO COMO ANTIDISCRIMINACIÓN

Según Fraser, las leyes y políticas de reconocimiento son las que persiguen remediar las injusticias de estatus mediante la transformación de los patrones de valor cultural que causan la discriminación de ciertos colectivos generalmente definidos por la posesión de rasgos no elegidos. Algunas de las estrategias que se pueden desarrollar en este sentido son la universalización o la eliminación de los privilegios reservados a los colectivos dominantes; la desinstitucionalización de las preferencias de rasgos relacionados con estos colectivos o el diseño de normas que favorecen a los subordinados; y la privatización, revalorización o deconstrucción de las diferencias¹¹⁷.

¹¹⁵ E. SMITH y D. MACKIE, “Affective processes”, en J. DOVIDIO et. al. (eds.), *The Sage handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*, cit., pp. 131-145.

¹¹⁶ M. WIEVIORKA, *El espacio del racismo*, Paidós, trad. por Isidro Arias, Barcelona, 1992, pp. 102-104.

¹¹⁷ N. FRASER, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, cit., p. 72.

El carácter abierto de esta conceptualización permite, en primera lugar, caracterizar muchas de las medidas disuasorias, compensatorias y educativas anteriores como formas indirectas de reconocimiento. El caso más evidente es el de la penalización de la incitación al odio, explícitamente diseñada para prevenir los determinantes afectivos de la discriminación. Así se pone de manifiesto en la decisión marco europea que limita la definición del delito a los discursos pronunciados en público, indicando así que el daño que se trata de evitar es la exacerbación de las tensiones sociales existentes¹¹⁸. De modo análogo, la prohibición del acoso no solo protege a los colectivos estereotipados de la denigración o la intimidación, sino que también puede limitar la exposición de terceras personas a discursos, imágenes y conductas que refuerzan el estigma¹¹⁹.

La medida antidiscriminatoria tradicional que parece mantener la relación más estrecha con el reconocimiento es la acción positiva. Así lo ha observado el Tribunal Supremo de Estados Unidos, al justificar la constitucionalidad de su aplicación en los procesos de admisión en la universidad con el argumento de la diversidad¹²⁰. El mismo argumento se adujo en el ámbito laboral cuando el Tribunal Supremo de Canadá razonó que una cuota del 13% de mujeres en un empleo tradicionalmente masculino debilitaría los estereotipos de género asociados al cargo y evitaría la retroalimentación de la discriminación sistémica¹²¹. Desde el ámbito académico, se han defendido las cuotas políticas con la idea de que la infrarrepresentación de las mujeres y las minorías étnicas refuerza las ideologías que postulan su inferioridad¹²². Estas predicciones encuentran apoyo en las teorías que subrayan la contribución de los contactos intergrupales¹²³ y la movilidad social de los colectivos

¹¹⁸ Decisión Marco 2008/913/JAI, art. 1a).

¹¹⁹ C. JOLLS y C. SUNSTEIN, "The law of implicit bias", *California Law Review*, vol. 94, 2006, pp. 969-996.

¹²⁰ Vid. *Regents of the University of California v Bakke* (1978) 438 U.S. 265; y *Grutter v Bollinger* (2003) 539 U.S. 306, pp. 17-18: "The Law School's concept of critical mass is defined by reference to the educational benefits that diversity is designed to produce. These benefits are substantial. [...] The Law School's admissions policy promotes cross-racial understanding, helps to break down racial stereotypes, and enables students to better understand persons of different races."

¹²¹ *Action travail des femmes v Canadian national railway co* (1987) i SCR 1114, 40 DLR (4) 193.

¹²² A. PHILLIPS, *The Politics of Presence*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 38-39.

¹²³ T. PETTIGREW, "Intergroup contact theory", *Annual Review of Psychology*, vol. 49, 1998, pp. 65-85; T. PETTIGREW y L. TROPP, "A meta-analytic test of intergroup contact theory", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 90, núm. 5, 2006, pp. 751-783.

subordinados¹²⁴ a la reducción de los prejuicios. Para sacar partido de estas medidas, sin embargo, los tribunales deberían aceptar que dichos efectos constituyen un objetivo legítimo y fundamental de la actuación estatal¹²⁵. En la medida en que existe una correlación positiva entre desigualdad estructural y prejuicio, la redistribución y las garantías jurídico-políticas de los derechos fundamentales generalmente se pueden considerar como condiciones esenciales para el éxito de las demás medidas¹²⁶.

Ahora bien, cabe formular la hipótesis de que las formas indirectas de reconocimiento no mantendrían los prejuicios ligados al sexo, la raza, la orientación e identidad sexual, la discapacidad y la edad en un nivel suficientemente reducido como para convertir la discriminación en una anécdota sin relevancia moral. En efecto, la visibilidad, estabilidad y/o utilidad heurística de estas características las vuelve especialmente propensas a servir como base de categorización social, un proceso cognitivo fundamental mediante el cual las personas ordenan la información que reciben del entorno para desenvolverse en él con más facilidad. Entre otras consecuencias, la categorización lleva a sobreestimar la homogeneidad interna y las diferencias externas de los distintos colectivos, a recordar mejor las conductas que confirman los estereotipos y atribuirlos a factores personales en lugar de contextuales. Además, estas operaciones no se proyectan igualmente sobre todas las categorías sociales, sino que los exogrupos (es decir, a los que uno mismo no pertenece) y los colectivos estructuralmente subordinados tienden a percibirse de forma a la vez más homogénea y más negativa que los endogrupos y los colectivos de alto estatus¹²⁷. Estos sesgos han demostrado ser suficientes para

¹²⁴ H. BLUMER, "Race prejudice as a sense of group position", *The Pacific sociological review*, vol. 1, núm. 1, 1958, pp. 3-7; L. BOBO, "Prejudice as group position: microfoundations of a sociological approach to racism and race relations", *Journal of social issues*, vol. 55, núm. 3, 1999, pp. 445-472; F. PRATTO, J. SIDANIUS y S. LEVIN, "Social dominance theory and the dynamics of intergroup relations: Taking stock and looking forward", *European Review of Social Psychology*, vol. 17, 2006, pp. 271-320; J. JOST, M. BANAJI, B. NOSEK, "A Decade of System Justification Theory: Accumulated Evidence of Conscious and Unconscious Bolstering of the Status Quo", *Political Psychology*, vol. 25, núm. 6, 2004, pp. 881-919.

¹²⁵ J. KANG y M. BANAJI, "Fair Measures: A Behavioral Realist Revision of Affirmative Action", *California Law Review*, vol. 94, 2006, pp. 1063-1118.

¹²⁶ J. DE LUCAS, "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento: un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración", en J. DE LUCAS et. al., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Eurobask, 2012, pp. 11-92.

¹²⁷ S. FISKE, "Stereotyping, prejudice and discrimination", *Handbook of social psychology*, McGraw-Hill, 4ª edición, Nueva York, 1998, pp. 357-411; N. MACRAE y G. BODENHAUSEN,

manifestarse en conductas discriminatorias, además de crear las condiciones necesarias para el desarrollo de conflictos abiertos¹²⁸.

El carácter en gran medida automático de la categorización social no significa que sea completamente imposible de alterar. Debido a que una misma persona se puede clasificar simultáneamente en función de múltiples criterios (entre los que se encuentran los “motivos prohibidos” pero también el carácter, el círculo de amigos, la profesión, las aficiones deportivas, los gustos musicales, las opiniones, la forma de hablar o vestir, etcétera), el grado en que las evaluaciones se ven afectadas por la percepción de rasgos inmutables varía en función de factores culturales, situacionales e individuales¹²⁹. Uno de estos últimos es la mayor o menor propensión a concebir las categorías sociales como mutuamente exclusivas o como solapadas, ya sea de forma jerárquica (por ejemplo, en el caso de “rumano” y “europeo”) o simplemente cruzada (“mujer” y “político”). En efecto, la percepción de identidades inclusivas o complejas debería moderar los efectos negativos de las categorizaciones exgrupales y fomentar la creación de relaciones más cooperativas¹³⁰. Aunque los antecedentes de la complejidad identitaria solo se están empezando a investigar de forma sistemática, aparecen especialmente prometedoras las estructuras sociales diversas que generan oportunidades de contactos personalizados entre individuos visiblemente diferentes, así como las representaciones mediáticas, políticas, culturales o educativas que evitan la reducción de cada colectivo a unos pocos ejemplares prototípicos¹³¹.

“Social Cognition: Thinking Categorically about Others”, *Annual Review of Psychology*, vol. 51, 2000, pp. 93-120.

¹²⁸ H. TAJFEL, “Social Psychology of Intergroup Relations”, *Annual Review of Psychology*, vol. 33, 1982, pp. 1-39; M. HOGG, “Intergroup relations”, en J. DELAMATER, (ed.), *Handbook of Social Psychology*, Kluwer Academic/Plenum Publishers, Nueva York, 2003, pp. 479-501.

¹²⁹ R. CRISP y M. HEWSTONE, “Multiple social categorization”, *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 39, 2007, pp. 163-254.

¹³⁰ S. GAERTNER y J. DOVIDIO, *Reducing Intergroup Bias: The Common Ingroup Identity Model*, Psychology Press, Hove, 2000; S. ROCCAS y M. BREWER, “Social Identity Complexity”, *Personality and Social Psychology Review*, vol. 6, núm. 2, pp. 88-106; A. MUMMENDEY y M. WENZEL, “Social Discrimination and Tolerance in Intergroup Relations: Reactions to Intergroup Difference”, *Personality and Social Psychology Review*, vol. 3, núm. 2, 1999, pp. 158-174.

¹³¹ R. BROWN y M. HEWSTONE, “An integrative theory of intergroup contact”, *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 37, 2005, pp. 255-343; K. MILLER, M. BREWER y N. ARBUCKLE, “Social Identity Complexity: Its Correlates and Antecedents”, *Group processes & Intergroup Relations*, vol. 12, núm. 1, 2009, pp. 79-94; M. WENZEL, A. MUMMENDEY y S. WALDZUS, “Superordinate identities and intergroup conflict: The ingroup projection model”, *European Review of Social Psychology*, vol. 18, 2007, pp. 331-372.

A primera vista, estas prescripciones presentan interesantes continuidades con las medidas que Kymlicka incluyó en su propuesta de ciudadanía multicultural para las minorías étnicas¹³². Definiendo el multiculturalismo como un modelo de integración basado en la expectativa de que los inmigrantes y sus descendientes expresen sus identidades específicas en el espacio público, así como en la acomodación de algunas de sus prácticas por parte de las instituciones estatales¹³³, Kymlicka elaboró una lista de sus principales componentes jurídico-políticos:

- el reconocimiento constitucional o legislativo de la multiculturalidad;
- su representación adecuada en el currículum escolar y los medios de comunicación;
- exenciones relativas a los códigos de vestimenta, horarios de comercio, etc. (acomodo razonable);
- el reconocimiento de la doble nacionalidad;
- el apoyo a las actividades culturales de las organizaciones étnicas;
- la enseñanza de lenguas de origen;
- la acción positiva para las minorías más desaventajadas¹³⁴.

Dejando aparte las cuestiones lingüísticas y de nacionalidad, todas estas medidas plausiblemente se podrían generalizar, con adaptaciones menores, al conjunto de los colectivos estereotipados aquí analizados¹³⁵. Así lo sugiere, en particular, el movimiento global orientado a la acomodación de las diferencias en la enseñanza obligatoria. Lejos de ceñirse a los problemas exclusivos de las minorías étnicas, muchas autoridades educativas han empezado a revisar los contenidos de los currículos para sacar a la luz las contribuciones históricas de las mujeres, romper el tabú de la homosexualidad o normalizar la discapacidad. Al mismo tiempo, han realizado esfuerzos para fomentar una mayor representatividad del profesorado, disminuir la segregación por raza, sexo y discapacidad dentro y fuera de las aulas, flexibilizar

¹³² W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

¹³³ W. KYMLICKA, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 72.

¹³⁴ Multiculturalism Policy Index, disponible en <http://www.queensu.ca/mcp/immigrant.html> [consultado el 10-01-2014].

¹³⁵ El propio Kymlicka siempre se ha mostrado reacio a dicha generalización, a diferencia de Bikhu Parekh, otro gran teórico del multiculturalismo, cuya obra reciente se enmarca explícitamente en el modelo fraseriano de reconocimiento y redistribución. Vid. B. PAREKH, *A New Politics of Identity: Political Principles for an Interdependent World*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2008.

los sistemas de evaluación y estimular la movilización de los colectivos estudiantiles autodefinidos por un rasgo estereotipado¹³⁶. A nivel estatal, muchas disposiciones reglamentarias relativas a los medios de comunicación de propiedad pública ya les atribuyen la misión de reflejar la diversidad social¹³⁷; lo mismo ocurre con las instituciones del ámbito cultural¹³⁸. La figura jurídica del acomodo razonable también ha sido utilizada para facilitar la participación laboral de los discapacitados y las mujeres embarazadas¹³⁹.

La idea de vincular multiculturalismo y reconocimiento dista de ser nueva. De hecho, una de las obras fundadoras de la teoría filosófico-política del reconocimiento ya establecía un paralelo explícito entre ambos conceptos¹⁴⁰. Sin embargo, este vínculo se aflojó considerablemente con la reconceptualización del reconocimiento llevada a cabo por Fraser, que sustituyó el problema moral del autodesprecio por el del desprecio propiamente dicho. Aunque este cambio no necesariamente requería el abandono del multiculturalismo como herramienta de reconocimiento, lo cierto es que Fraser manifestó cierto escepticismo al respecto, llegando incluso a diagnosticar una incompatibilidad fundamental entre este remedio “afirmativo” y las políticas de redistribución¹⁴¹. En la medida en que las políticas multiculturales contribuyen a socavar las bases cognitivas de la discriminación, la teoría del reconocimiento debería considerarse como un argumento moral a favor, y no en contra, del multiculturalismo. Eso sí, la validez de este argumento estaría subordinada a la producción de los efectos anticipados, y las medidas que no cumplan este requisito deberían reevaluarse. En particular, cabría tomarse en serio los riesgos de incomunicación y conflicto generados por la segregación educa-

¹³⁶ J. BANKS y C. MCGEE (eds.), *Multicultural Education: Issues and Perspectives*, Wiley, 7ª edición, Danvers, 2010.

¹³⁷ Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, BOE núm. 134, art. 3.

¹³⁸ Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, BOE núm. 312, art. 19.1 g) y 25.2; Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, BOE núm. 150, art. 7.1.

¹³⁹ L. WADDINGTON, “Reasonable accommodation”, en D. SCHIEK, L. WADDINGTON y M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 629-756.

¹⁴⁰ Vid. A. GUTMANN, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, cit.

¹⁴¹ N. FRASER, “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post-Socialist Age”, en C. WILLET (ed.), *Theorizing Multiculturalism: A Guide to the Current Debate*, Blackwell, Oxford, 1998, pp. 31 y ss. Dicho eso, varias políticas multiculturales posiblemente encajarían en el concepto de reconocimiento transformativo que Fraser propone como alternativa.

tiva, laboral y residencial de las minorías étnicas, así como por las prácticas manifiestamente contrarias a los principios básicos de la democracia y los derechos humanos¹⁴².

5. CONCLUSIONES

En el transcurso de unas pocas décadas, la discriminación por sexo, raza, orientación e identidad sexual, discapacidad y edad ha pasado de ser practicada sistemáticamente a ser combatida activamente por una mayoría de Estados democráticos. Pese a este cambio revolucionario, la expansión cualitativa, cuantitativa y geográfica de las leyes y políticas antidiscriminatorias también ha sacado a la luz la resiliencia de la discriminación. Al mismo tiempo que desaparecían sus manifestaciones directas e institucionalizadas, persistían sus formas encubiertas y descentralizadas, plausiblemente más benignas que las anteriores pero suficientemente graves para mermar significativamente las oportunidades vitales de los colectivos en los que se concentra.

Según el análisis presentado aquí, esta situación se debe en parte a una limitación fundamental de las principales estrategias antidiscriminatorias adoptadas hasta ahora, cuya contribución a la eliminación de la discriminación se podría representar con la metáfora de una pirámide dividida en cuatro niveles. En los niveles superiores se encontrarían las discriminaciones más graves y excepcionales, mientras que los niveles inferiores contendrían las discriminaciones más sutiles y cotidianas. La disuasión, una estrategia que descansa en la coerción estatal y acarrea elevados costes en relación con el número de conductas afectadas, resultaría especialmente apropiada para contrarrestar las discriminaciones del nivel superior. La compensación, que se limita a devolver o asegurar algunos bienes y servicios a los colectivos que tienden a ser privados de ellos, podría neutralizar las conductas incluidas en el tercer nivel, suficientemente perjudiciales como para activar los mecanismos estatales de redistribución pero no los de coerción. La educación, capaz en principio de prevenir todas las discriminaciones identificadas como tales

¹⁴² A. SOLANES, "Human rights and conflicts in European multicultural societies", *Migraciones internacionales*, vol. 7, núm. 1, 2013, pp. 69-100; M. BREWER, "The Social Psychology of Intergroup Relations: Can Research Inform Practice?", *Journal of Social Issues*, vol. 53, núm. 1, 1997, pp. 197-211; M. VERKUYTEN, "Social Psychology and Multiculturalism", *Social and Personality Psychology Compass*, vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 280-297.

por sus agentes o eventuales testigos, se dirigiría fundamentalmente a las conductas del segundo nivel. Aún así, quedarían sin respuesta las discriminaciones del nivel básico, las más numerosas, generadas por prejuicios que los actores no reconocen como incompatibles con sus valores igualitarios o que escapan a su atención consciente.

Siguiendo a Fraser, el reconocimiento se puede concebir como una estrategia antidiscriminatoria centrada en la reducción de los prejuicios. Dado que las medidas anteriores generalmente contribuyen a este objetivo, se pueden considerar como formas indirectas de reconocimiento. Sin embargo, la práctica imposible cognitivamente de evitar las categorizaciones sociales basadas en rasgos visibles, estables y/o heurísticamente útiles hace pensar que no serían suficientes para convertir la discriminación en un fenómeno marginal. El multiculturalismo, entendido como un conjunto de leyes y políticas que facilitan la expresión y acomodación de las identidades infravaloradas en el espacio público, parece encajar con las estrategias de intervención preconizadas por los teóricos del prejuicio. Por lo tanto, una comprensión multidimensional de la justicia social aconsejaría su utilización más sistemática en el marco de una estrategia holista para promover la igual libertad proclamada en el artículo 2 de la Declaración universal de los derechos humanos, una promesa lejos de ser cumplida para el grueso de la humanidad.

PIER-LUC DUPONT
*Instituto derechos humanos
Universidad de Valencia
C/Serpis, 29
Edificio de Institutos de Investigación, pta. 1.1
46022 Valencia
e-mail: pier.dupont@uv.es*