

Filosofías del Derecho antidiscriminatorio  
¿Qué Derecho y qué discriminación?  
Una visión contra-hegemónica  
del Derecho antidiscriminatorio

*Philosophies of anti-discrimination law  
What law and what discrimination?  
A counter-hegemonic view of Anti-discrimination law*

Por M.<sup>a</sup> ÁNGELES (MAGGY) BARRÈRE UNZUETA  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea<sup>1</sup>

**RESUMEN**

*El Derecho antidiscriminatorio moderno, con medio siglo de historia, tiene sus luces y sus sombras. Este trabajo parte de las últimas o, lo que es igual, de sus límites, y, para solventarlos, propone mirar de otra manera tanto al Derecho como a la discriminación. Atendiendo a este doble objetivo, el trabajo se estructura en tres apartados fundamentales: en el primero se enmarca la caracterización del Derecho dentro de las que se suelen denominar «teorías críticas»; en el segundo se inserta el concepto de discriminación en las teorías sistémicas sobre el poder; y, a partir de lo anterior, en el tercero se sientan las bases para un nuevo paradigma del Derecho antidiscriminatorio basado en el concepto de subordiscriminación. La utilización de este concepto será, precisamente, lo que dará nombre al nuevo modelo de Derecho antidiscriminatorio que, en consecuencia, pasará a denominarse Derecho antisubordiscriminatorio.*

---

<sup>1</sup> Grupo de investigación del sistema universitario vasco IT1056-16.

Palabras clave: *Derecho antidiscriminatorio, teorías críticas, visión contra-hegemónica, iusfeminismo, subordiscriminación, Derecho antisubordiscriminatorio.*

## ABSTRACT

*Modern anti-discrimination law, with half a century of history, has its lights and its shadows. This work starts from the last ones, i.e., from its limits, and to solve them it is proposed to look at both the law and discrimination from a counter-hegemonic view. With this aim, the work is structured in three fundamental sections: in the first one it is framed the characterization of the law within what are often called «critical theories»; in the second one the concept of discrimination is inserted into the systemic theories of power; and in the third one the foundation for a new paradigm of antidiscrimination law based on the concept of subordiscrimination is laid. The use of this last concept will be precisely what will give name to the new model of antidiscrimination law that, consequently, will be renamed anti-subordiscrimination law.*

Key words: *Anti-discrimination law, critical theories, counter-hegemonic view, iusfeminism, subordiscrimination, anti-subordiscrimination law.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.-2. UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO. 2.1 *El derecho «positivo».* 2.2 *El derecho como práctica.* 2.3 *Apertura a lo social y repolitización del derecho.*-3. UNA TEORÍA SISTÉMICA DEL PODER. 3.1 *El pensamiento crítico.* 3.2 *La perspectiva sistémica.* 3.3 *El poder como sistema de dominación.* 3.4 *El concepto de sistema revisitado.*-4. EL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO. 4.1 *Sistemas, derecho y subordiscriminación.* 4.2 *Discriminación institucional, estructural y sistémica.* 4.3 *El porqué de «subordiscriminación».* 4.4 *La discriminación indirecta a examen.* 4.5 *Los tratos por omisión (inacción).*-5. CONCLUSIONES.-BIBLIOGRAFÍA.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION.-2. A CRITICAL THEORY OF LAW. 2.1 *The «positive» Law.* 2.2 *Law as practice.* 2.3 *The importance of opening to a social and political jurisprudence.*-3. A SYSTEMIC THEORY OF POWER. 3.1 *Critical thinking.* 3.2 *The systemic perspective.* 3.3 *Power as a system of domination.* 3.4 *The system revisited.*-4. THE ANTISUBORDISCRIMINATION LAW. 4.1 *Systems, Law and Subordiscrimination.* 4.2 *Institutional, structural and systemic discrimination.* 4.3 *The reason for «subordiscrimination».* 4.4 *Indirect discrimination under examination.* 4.5 *Treatments by omission (inaction).*-5. CONCLUSIONS.-REFERENCES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho antidiscriminatorio moderno, entendiéndolo por tal el que se origina en los EE. UU. a mediados del siglo xx y se va implantando progresivamente en Europa en las décadas sucesivas, tiene sus luces y sus sombras. Hacer hincapié en unas u otras dependerá, fundamentalmente, del acuerdo o desacuerdo con las premisas relativas al concepto de Derecho, al de discriminación y al papel asignado al primero en relación a la segunda. Desde hace un par de décadas vengo fijándome sobre todo en las sombras. De hecho, he dedicado bastante espacio en trabajos previos (1997, 2001, 2002, 2005, 2008, 2010, 2011, 2014) a exponer algunos límites del tratamiento de la discriminación en la cultura jurídica hegemónica (normativista-formalista), intentando poner de relieve que en la actual dialéctica entre el Derecho y la discriminación no se abordan satisfactoriamente cuestiones determinantes como, por ejemplo: a) el falso universalismo, pues se prioriza injustificadamente la igualdad como indiferenciación; b) los tipos de discriminación, introduciéndose un falso binomio a través de la discriminación directa o indirecta; c) el ámbito de la discriminación, que se reconduce al empleo y las relaciones laborales; d) la utilización del concepto de discriminación indirecta, que da frutos insignificantes, cuando no indeseables o perversos; e) la cuestión de la intencionalidad y su prueba, que no termina de separarse de la relativa a la discriminación; f) la utilización de términos erróneos y/o tendenciosos, como los de «discriminación inversa» y «discriminación positiva»; g) la reconducción de la acción positiva o afirmativa a la igualdad de oportunidades y a cierta acepción de «mérito», que se presume neutral; o h) la necesaria incorporación de la interseccionalidad como principio general del Derecho antidiscriminatorio.

Evidentemente, en muchas de estas críticas no he estado sola, pero no todas las compañías en la crítica al Derecho antidiscriminatorio han seguido los mismos derroteros. Por otro lado, los límites manifestados se han ido introduciendo de manera fragmentada, sin un paradigma claro de inserción jurídica. De ahí que en este trabajo se avance en esta línea, subrayando la necesidad de mirar de otra manera tanto al Derecho como a la discriminación. Más concretamente, se pretende llamar la atención de la cultura jurídica sobre la necesidad de conceptualizar el Derecho como una *práctica* y la discriminación desde una *perspectiva sistémica*.

Atendiendo a este doble objetivo, el trabajo se estructurará en tres apartados fundamentales: en el primero se enmarcará la caracterización del Derecho dentro de las que se suelen denominar «teorías críticas»; en el segundo se insertará el concepto de discriminación en las teorías sistémicas sobre el poder; y, a partir de lo anterior, en el tercero se sentarán las bases de un nuevo paradigma del Derecho antidiscriminatorio basado en el concepto de *subordiscriminación*.

## 2. UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

### 2.1 El Derecho «positivo»

Este trabajo se inscribe en un congreso dedicado a las «Filosofías del Derecho positivo» y ya se me perdonará que inicie con una pedantería de corte analítico. Es así que –me pregunto– por qué razón se habrá introducido en el título del Congreso una mención expresa al Derecho *positivo*. Dicho de otra manera: ¿por qué no hablar sólo de «Filosofías del Derecho» añadiendo a continuación la especificación de los ámbitos disciplinares (constitucional, internacional, administrativo, penal, antidiscriminatorio, etc.)?

Está lejos de mi intención alimentar el conocido debate histórico sobre el positivismo jurídico que, aun viviendo su momento álgido en los años sesenta del pasado siglo, de un modo u otro ha seguido ocupando un espacio privilegiado en la literatura iusfilosófica durante las décadas sucesivas. Sin embargo, y dicho esto, tampoco me resigno a que la mención al «Derecho positivo» pueda servir para elevar a premisa indiscutible de este Congreso el concepto de Derecho positivo propio de cualquier iuspositivismo. Y es que, tal y como se han formulado el título y el programa, pareciera que las filosofías del Derecho tuvieran que partir de «el» concepto de Derecho positivo, presumiendo un concepto de Derecho positivo indiscutido y, sobre todo, indiscutible. En este sentido, si bien comprendo que, circunscribiendo los discursos de las ponencias al Derecho *positivo* se pretendan evitar, por un lado, discursos sobre el Derecho que eleven éste a una entelequia aprehensible únicamente a los espíritus mejor dotados (como considerarlo producto de la naturaleza de las cosas o de la divinidad) o, por otro lado, concebir a la Filosofía del Derecho como esa «panfilosofía separada de cualquier disciplina específica científica o técnica» que, con acierto, el propio Tarello (1970: 112, en Guastini y Rebuffa 1995: 8) consideraba instancional, también temo que presumir un concepto unívoco del Derecho positivo propicie una imagen de consenso sobre un común iuspositivismo que, en mi opinión, resulta precipitada. Por ello, y para evitar falsos implícitos, comenzaré precisando que, en lo que respecta al ámbito de mi reflexión filosófica, el Derecho antidiscriminatorio es *positivo* en tanto en cuanto es un *producto humano*<sup>2</sup>, y es únicamente en este «sentido amplio» de la expresión «positivismo

---

<sup>2</sup> Éste sería para Tarello ([1988] 1995: 180) el significado de *ius positivum* en el latín medieval: «el derecho que ha sido *puesto*, y producido, o impuesto, por un sujeto individualizado, para contraponerlo a aquel derecho que no ha sido *puesto* por ninguno pero está inscrito en la naturaleza, en el orden natural de las cosas, y que se llamaba –con una locución antiquísima– *ius naturale*». Otra cosa es que en el siglo XIX por «positivo» se entendiera el derecho del Estado considerándose «positivo» un adjetivo pleonástico para indicar que «no existe otro derecho que el positivo, o sea estatal» (*ibidem*).

jurídico» (La Torre 1993: 76) en el que mi filosofía del Derecho antidiscriminatorio podrá considerarse iuspositivista.

## 2.2 El Derecho como práctica

Partiendo de que es imposible que el concepto de Derecho pueda ser usado al margen de las preferencias o finalidades de quien opera con tal concepto<sup>3</sup>, a la hora de escoger alguna definición del Derecho (positivo) para «mi» filosofía del Derecho antidiscriminatorio diría, sin despreciar otras conceptualizaciones<sup>4</sup>, que –como afirma Atienza (2013a: 26)– el Derecho es «una práctica en la que se participa (en la que todos participamos), dotada de una extraordinaria ductilidad (aunque, naturalmente, no carente de límites), y que resulta esencial tanto en los procesos de explotación como en los de emancipación social».

Me sumo a la definición de Atienza no porque –como alguien pudiera pensar– después del escaso interés que he mostrado por abrazar al iuspositivismo, me incline hacia el iusnaturalismo<sup>5</sup>, sino porque la consideración del Derecho como una práctica (en nuestro caso de emancipación) se adapta muy bien al *papel activo* en el que necesariamente descansa algo caracterizado como *antidiscriminatorio*, y que, a mi juicio, merece la pena reforzarse ante la tendencia creciente, particularmente en el ámbito de la Unión Europea, a desactivar la aspiración activa o proactiva del «anti» mediante la sustitución de la expresión anglosajona «Anti-discrimination Law» por otras en las que desaparece la partícula «anti», como «Non-discrimination Law» (Schiek, Waddington y Bell 2007; Shieck y Chege 2008; Schieck y Lawson 2011) o, simplemente, «Discrimination Law (Fredman [2002]2010, Sargeant 2004, McColgan 2005, Hellman & Moreau 2013, Khaitan 2015)<sup>6</sup>.

Por otro lado, la caracterización del Derecho como una práctica general en la que participa todo el mundo (y, en consecuencia, en la que no sólo participan juristas) permite mostrar muy bien que, desde nuestra filosofía del Derecho antidiscriminatorio, el Derecho no se positiviza justo en el momento de hacerse oficial, sino que empieza a positivizarse con las actuaciones o las prácticas de los «agentes socia-

<sup>3</sup> Como bien señala Luzzati ([2005] 2013: 23): «es necesario admitir con franqueza que el derecho se “conoce” dentro de un marco valorativo, ya sea el marco de las convicciones personales de cada estudioso, ya sea el marco constituido por los valores socialmente compartidos, y que por lo tanto no se trata nunca de un “dato puro” identificable independientemente de las preferencias, de las finalidades y de los *modi operandi* de la doctrina y de la jurisprudencia».

<sup>4</sup> Incluso dispares, como la teoría institucional del Derecho (MacCormick & Weinberger 1986) o la teoría del Derecho como estructura del conflicto (Tomeo [1981] 2013).

<sup>5</sup> En cuyas filas, por cierto, el propio Atienza declara no militar.

<sup>6</sup> Una excepción en este sentido Barbera (2007).

les» que –como precisa incluso un iuspositivista genuino como Ferrajoli– «del derecho son al mismo tiempo intérpretes, críticos y *productores*» (1994: 480, énfasis añadido)<sup>7</sup>.

### 2.3 Apertura a lo social y repolitización del Derecho

Es cierto que no son frecuentes las definiciones iuspositivistas del Derecho que vinculan la producción de éste a los agentes sociales (es decir, a las también consideradas «fuentes materiales»)<sup>8</sup> y, en este sentido, la definición del Derecho de Ferrajoli puede considerarse excepcional. Pero, así formulada, tampoco la encontramos muy distante de otras bien alejadas del iuspositivismo formalista, como –por ejemplo– las procedentes del feminismo o, incluso, de las de cierto postmodernismo que propugna «un nuevo sentido común en el derecho» (Santos 2009).

Dentro del feminismo, Encarna Bodelón (2009) refleja perfectamente la necesidad no sólo de conocer el Derecho desde lo social sino también de abrir la producción del Derecho a la acción político-social. Como bien señala esta autora: «generando un nuevo *focus* que no es la norma jurídica, sino las relaciones sociales (...) el feminismo se adelantó históricamente a muchas de las perspectivas jurídicas que se han desarrollado en los últimos años y que confluyen en la necesidad de entender las estructuras jurídicas como una parte de nuestras relaciones sociales, y que por lo tanto, tienen que ser estudiadas y comprendidas con las herramientas de las ciencias sociales» (Bodelón 2009: 95-6); además, «el derecho es una herramienta que ha dado soporte durante mucho tiempo a relaciones sociales patriarcales, pero también es una herramienta que ha ayudado a romper estas relaciones» (Bodelón 2009: 109) por lo que fundamental, entonces, será «conocer las limitaciones de esta herramienta y situarla en el contexto de una transformadora acción política, social y económica» (Bodelón 2009: 109-10).

---

<sup>7</sup> Para no desvirtuar la última frase de Ferrajoli la reproduciremos en su contexto: «Il diritto –tutto il diritto– altro non è che un mondo di segni e di significati associati a quei particolari segni o testi linguistici che sono le leggi. E questi significati, per il tramite dei quali leggiamo e valutiamo normativamente la realtà, non sono dati una volta per sempre, ma cambiano con il mutare delle culture, della forza e della coscienza degli attori sociali che del diritto sono al tempo stesso interpreti, critici e produttori».

Según se interpreten los términos «signos» y «significados», una definición de este tipo puede circunscribir –a nuestro juicio– excesivamente el Derecho al lenguaje, pero permite considerar al Derecho como una instancia abierta a la interpretación y, además, bifuncional: por un lado (la ley) es lenguaje que normativiza la realidad social; pero, por otro, ese lenguaje permite no sólo ser interpretado y criticado sino también «producido» por los agentes o actores sociales.

<sup>8</sup> De hecho, un planteamiento de este tipo choca con el de la producción genealógica de las normas en el sistema jurídico, propio del formalismo kelseniano, hoy por hoy hegemónico en la cultura jurídica.

En cuanto a Santos, nada más lejos de nuestra intención que introducirnos en la producción teórica de uno de uno de los intelectuales más prolíficos (y polémicos) en el panorama actual, tanto del ámbito jurídico, como de las ciencias sociales. Sin embargo, hay una idea de su «posmodernismo de oposición» que no podemos menos que compartir. Se trata de la necesaria apuesta por una «repolitización del derecho» que, como sostiene el sociólogo portugués, «es la condición necesaria para devolverle al derecho sus energías emancipatorias» (Santos 2009: 48). Precisamente, que el Derecho pueda ser emancipatorio depende, para Santos, de «la práctica de grupos y clases socialmente oprimidos» (Santos 2009: 51); una práctica que, no por nada –añadimos aquí– fue el detonante del Derecho antidiscriminatorio moderno.

No vamos a negar que el planteamiento de Santos tenga puntos oscuros<sup>9</sup>, sin embargo, buena parte de esa oscuridad se puede considerar esclarecida cuando, a la hora de dar una definición del Derecho, el autor lusitano se refiere a éste como «un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera exigible –es decir, susceptible de ser impuesto por una autoridad judicial– en un grupo determinado» (Santos 2009: 56). Efectivamente, de este modo encuentran matización los límites del Derecho conceptualizado por Santos. Si el Derecho, para ser considerado tal, debe de ser «susceptible de ser impuesto por una autoridad judicial», no es algo ajeno al Derecho «oficial»<sup>10</sup>.

En cualquier caso, en lo que aquí respecta, «politizar» o «repolitizar» el Derecho no significa ir «contra el Derecho» o renunciar a la «*illusio*» de la que habla Bourdieu (creer que el juego del Derecho merece ser jugado, que vale la pena hacerlo) (Bourdieu 2003)<sup>11</sup>, sino

---

<sup>9</sup> En relación al tema que ahora nos ocupa, concretamente, el de la delimitación del Derecho a partir de esas «diferentes formas» en las que identifica la práctica de su «cosmopolitismo subalterno»: «[l]uchando contra la opresión, la exclusión, la discriminación y la destrucción del medio ambiente, estos grupos recurren al derecho o, más bien, a *diferentes formas del derecho*, como un instrumento más de oposición. Lo hacen ahora dentro o fuera de los límites del derecho oficial moderno, movilizándolo diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales) y construyendo alianzas translocales e incluso transnacionales. Estas luchas y prácticas son las que alimentan lo que llamo (...) globalización contrahegemónica. En general, no privilegian las luchas jurídicas, pero en la medida en que recurren a ellas, devuelven al derecho su carácter insurgente y emancipatorio. A estas prácticas, tomadas en su conjunto, las designo como cosmopolitismo subalterno» (Santos 2009: 51, énfasis añadido).

<sup>10</sup> De ahí que se pueda señalar que este tipo de reconocimiento del discurso judicial como campo de actuación «presupone cierto grado de aceptación del Derecho» (Atienza 2013b: 28).

<sup>11</sup> Para Bourdieu el Derecho se realiza en un «campo», es decir, en «un universo en el que se juega a un juego determinado según determinadas reglas, y en el que no se entra si no se ha pagado algún derecho de entrada, como el hecho de poseer una competencia específica, una cultura jurídica indispensable para jugar al juego, y una disposición a propósito del juego, un interés por el juego». Es a esto último a lo que denomina «*illusio*», y resulta determinante en tanto, «Lo que un campo exige, funda-

ir «más allá del Derecho» (Atienza 2011: 18). Según Atienza, ir «más allá del Derecho» significa (por ejemplo, en el contexto reciente de los desahucios) utilizar la técnica jurídica «para evitar (...) que, en ciertos casos, el Derecho se distancie de la justicia» (*ibidem*)<sup>12</sup>. Politizar el Derecho significa –añado yo–, en ese mismo contexto, reconocer, como hace Juan Luis Ibarra<sup>13</sup> que: «[e]l hecho de que en el curso de un procedimiento ejecutivo muera una persona de forma violenta es una clara expresión del fracaso del derecho, en su finalidad fundamental de conseguir justicia»; o que, en respuesta a la pregunta «¿qué puede hacer un juez para frenar un desahucio de acuerdo con la ley?», responda «comprometerse (...) a hacer una aplicación del derecho en la que primemos el derecho a la dignidad de la persona sobre el derecho del acreedor a cobrar una deuda económica»; o mantener una actitud siendo juez según la cual «[a] veces, es difícil sacar justicia del pedernal del derecho pero lo intentamos». En una línea parecida, politizar el Derecho sería, como hace Bengoetxea, interpelar a la comunidad jurídica en general<sup>14</sup>, o proponer a la judicatura de la Unión Europea «usar el Derecho creativamente en el espíritu de los derechos humanos y los instrumentos constitucionales y eventualmente provocar cambios coherentes en los niveles legislativos» cuando, en el marco de un análisis sobre los derroteros del «sueño europeo», y ante una crisis que afecta de pleno al modelo social, «quien legisla no sabe qué hacer, o está adoptando decisiones erráticas, o emanando leyes que socavan algunos de los derechos y aspiraciones programáticas proclamadas en la Constitución» (Bengoetxea 2015: 1105).

En definitiva, a una apertura del Derecho a concepciones y prácticas emancipatorias es a lo que responde, en líneas generales, la filosofía del Derecho antidiscriminatorio que se propone, sólo que, en nuestro caso, la interpelación a la comunidad jurídica de Bengoetxea va más allá, al incluirse una ruta de acción concreta, como es la relativa a la visibilización de los sistemas de poder<sup>15</sup>. De este modo, nuestra propuesta pasa a inscribirse en las llamadas «teorías críticas del Derecho» (Atienza 2013b: 28) o, más ampliamente, en el pensamiento crí-

---

mentalmente, es que se crea en el juego y que se le conceda al juego que merece ser jugado, que vale la pena» (Bourdieu 2003: 3).

<sup>12</sup> Atienza se expresa en esos términos en el comentario a un par de decisiones judiciales en el citado contexto y, más concretamente, en relación a la virtualidad de la figura del abuso de derecho aplicada a un supuesto de *laguna axiológica* (entendiendo por tal «un caso resuelto por las reglas del sistema, pero de manera contraria a los principios, a las razones subyacentes a las reglas») (Atienza 2011: 18).

<sup>13</sup> Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en una entrevista a RTVE realizada en octubre de 2012.

<sup>14</sup> «The question is then what we, as jurist, do, i. e. what we can, what we should, and what we shall do» (Bengoetxea 2015: 1105).

<sup>15</sup> Enseguida nos extenderemos sobre esta cuestión. Por el momento baste con señalar que «visibilizar los sistemas de poder» significa poner de relieve los límites de la teorización y desarrollo aplicativo del principio de igualdad y no discriminación propios de la cultura jurídica hegemónica (formalista-normativista).



tico, que comparte algunas ideas, pero que no es identificable con otras corrientes jurídicas también adjetivadas como críticas<sup>16</sup>.

### 3. UNA TEORÍA SISTÉMICA DEL PODER

#### 3.1 El pensamiento crítico

«¿De qué es crítico el pensamiento crítico?» (Grimson y Caggiano 2015: 12). Buena pregunta ésta para el tema que nos ocupa, y buena respuesta la que, a nuestro juicio ofrecen estos mismos autores: «Es crítico de las apropiaciones desiguales e injustas de todas las formas de la plusvalía, desde las propiamente económicas hasta las expropiaciones simbólicas ancladas en formas de producción, regímenes económicos, modelos o sistemas políticos. Es crítico de los pensamientos naturalizados de los dispositivos hegemónicos, es decir, de las figuraciones culturales que legitiman asimetrías y ocultan las relaciones de poder sobre las que se sustentan, que convierten diferencias en desigualdades y construyen desigualdades como diferencias. Asimismo, de las construcciones teórico-metodológicas con pretensión de neutralidad técnica, y del tráfico de supuestos que descripciones presuntamente asépticas proponen como datos indiscutibles» (*ibidem*).

Compartiendo este planteamiento, pero de manera algo más precisa, por «pensamiento crítico»<sup>17</sup> se entiende aquí el que, aun partiendo de la Modernidad, ajusta cuentas con ella pivotando sobre tres ideas: 1) el funcionamiento de la sociedad (y del Derecho como parte de la misma) es conflictualista; 2) en ese funcionamiento son determinantes las categorías sistémicas de poder (clase, género, raza, etc.); y 3) el motor de la teoría (que no se reduce a lo producido en la Academia) debe ser tanto explicar las desigualdades como elaborar instrumentos (también jurídicos) que permitan modificar el *statu quo* (en términos marxianos, que no basta con entender el mundo, sino que hay que cambiarlo). A partir de tales premisas se puede decir que, como bien señalan Cardinaux y Palombo (2007: 133), el pensamiento cumple una función crítica: 1) cuando devela las relaciones

<sup>16</sup> Tal es el caso del «Modelo Crítico» de Luzzati (2013: 18), con quien, sin embargo, se coincide en que «el jurista contemporáneo no puede ya esconder sus propias elecciones detrás de la máscara artificial de la neutralidad» (Luzzati: 2013: 17); o del *Critical Legal Thought* (Joerges y Trubeck 1989), aun participando de la importancia dada por esta corriente a la adopción de una postura activa en los procesos y procedimientos jurídicos de las personas que se consideren implicadas en los mismos (Pérez Luño 2016: 28).

<sup>17</sup> De manera similar a Pitch para referirse al feminismo (Pitch [1998]2003: 20), se utiliza el término «pensamiento» porque lo que aquí designa la expresión «pensamiento crítico» no se puede definir como una teoría, tanto en el sentido de que no existe un solo pensamiento crítico, como en el sentido de que no permite que se le encierre en alguna de las definiciones corrientes de teoría.

de poder; 2) cuando nada a contracorriente produciendo igualdad allí donde reina la discriminación: y 3) cuando instituye sujetos de Derecho donde antes sólo había seres que esperaban beneficencia.

Un planteamiento similar al expuesto se puede rastrear en infinidad de aportaciones teóricas (teorías marxistas, feministas, *Critical Race Theory*, etc.) que, en general, son teorías que descansan sobre una determinada concepción del poder que se ha solido denominar grupal, sistémico, estructural y que responde a la idea de la opresión o «poder sobre» (León 1997, Rowlands 1997, Veneklasen & Miller 2007), así como sobre sujetos excluidos o subordinados que adquieren, en su conciencia y calidad de tales, identidad política.

Naturalmente, también hay otras teorizaciones críticas sobre el poder que resultan relevantes para el pensamiento crítico, pero siempre que no se pierda de vista que no todas ellas ponen el énfasis en las mismas premisas ni en los mismos objetivos y que, por lo tanto, no todas resultan igualmente transformadoras para todas las problemáticas. Es más, según sostenemos aquí, una teoría crítica del Derecho antidiscriminatorio no puede prescindir del «poder sobre» (grupal, sistémico, estructural), como, dicho sea de paso, y en contra de lo que se suele presuponer, tampoco prescinde de esta concepción del poder uno de los filósofos más influyentes para buena parte del pensamiento crítico en el último medio siglo como es Michel Foucault. Interesa poner de relieve esta cuestión porque Foucault ha dejado especial huella en el postmodernismo (especialmente en la teoría sobre la performatividad del género) cuya pretensión antisistémica aquí no se comparte.

Como revela el excelente análisis de Grosz (1990), en la obra del filósofo francés se produce un cambio en el concepto del poder. Así, en sus textos de la fase arqueológica (antes de 1970), su concepto del poder es fundamentalmente «negativo, inhibitorio o represivo» (Grosz 1990, 85)<sup>18</sup>, cambiando luego este concepto del poder en la fase genealógica (a partir de 1970), cuando el filósofo lo ve como «una red productiva de fuerzas que conexionan, produce objetos para el conocimiento, y utiliza los efectos de los conocimientos» (Grosz 1990, 85)<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Como se refleja en las propias palabras de Foucault recogidas y extractadas por Grosz (1990, 85) del texto de Morris & Patton (1978, p. 36): «Now I believe that this is a wholly negative, narrow and skeletal conception of power... If power was anything but repressive, if it never did anything but say no, do you really believe that we should manage to obey it? What gives power its hold, what makes it accepted, is quite simply the fact that it does not weight like a force which says no, but that it runs through, it produces things, it induces pleasure, it forms knowledge, it produces discourse; it must be considered as a productive network which runs through the entire social body much more than as a negative instance whose function is repression».

<sup>19</sup> De nuevo las palabras de Foucault recogidas esta vez por Grosz (1990, 85-86) de la entrevista del filósofo francés con Lucette Finas (Morris & Patton 1978, p. 68) resultan ilustrativas: «The case of penalty convinced me that the problem (of power) was not so much to be seen in terms of right, law, but in terms of tactics and strategies».

Obviamente, el cambio del concepto del poder en Foucault no se produce porque sí, sino porque cambian sus intereses en lo relativo a su objeto de investigación. Él mismo confiesa su decisión de «extender las dimensiones de una definición del poder» para utilizar «esta definición en el estudio de la objetivación del sujeto» (Foucault 1988: 4) en el concreto «dominio de la sexualidad» (Foucault 1988: 3). Pero esto no quiere decir que niegue la existencia de formas de dominación y explotación (y de luchas en su contra), sino que le parece que, en el momento en el que escribe, la dimensión subjetiva es más relevante. Sus palabras resultan, de nuevo, esclarecedoras: «hoy en día, la lucha contra las formas de sujeción –contra la sumisión de la subjetividad– se vuelve cada vez más importante, aun cuando no hayan desaparecido las luchas contra las formas de dominación y explotación, sino todo lo contrario» (1988:7)<sup>20</sup>.

En definitiva, Foucault sitúa su perspectiva sobre el poder en una dimensión estratégica. No pretende elaborar una teoría del poder<sup>21</sup>, ni tan siquiera cuestiona aportaciones del feminismo (como que las mujeres constituyan un grupo oprimido) o postulados del marxismo (la opresión de la clase trabajadora) (Grosz 1990: 88) sino que lo que busca es –por decirlo de alguna manera– contrarrestar el peso de las teorías del poder edificadas *únicamente* sobre «sistemas de opresión» (sea el patriarcado o el capitalismo).

Aun así, no cabe duda de que, debido a la influencia de Foucault, su postura será indicativa de la pérdida de interés de cierto pensamiento crítico posterior sobre la perspectiva sistémica<sup>22</sup> y, paralelamente, un aumento de la atención prestada a las experiencias subjetivas. Tal es el caso del postmodernismo en general y, más en concreto, del referido a la sexualidad (Butler 2006)<sup>23</sup>. No será, sin embargo, el nuestro. Como hemos sostenido recientemente al tratar sobre la interseccionalidad (Barrère 2016a) y la vulnerabilidad (Barrère 2016b), y como

---

and it was this substitution of a technical and strategic grid for a juridical and negative grid that I tried to set up in *Disciplin and Punish*».

<sup>20</sup> Merece la pena precisar que cuando Foucault habla de esas formas de dominación y explotación no se refiere concretamente a la que tiene que ver con las mujeres. Así, mientras las formas de dominación se reducen a las de naturaleza étnica, social y religiosa (prevalentes en la época feudal), las de explotación se centran en la de naturaleza económica (prevalentes en el siglo XIX).

<sup>21</sup> Pues, como advierte Grosz, el mismo Foucault describe su trabajo como una «analítica del poder», que aquél interpreta como «a series of methods that make no claim to lasting or eternal value (as does truth) but which may be useful at some times, and within some struggles, and is eventually disposable once strategic goals have been accomplished» (Grosz 1990: 86).

<sup>22</sup> De hecho hay quien, como Posada (2015: 39), le acusará de hacer tabla rasa de los «ismos» o los sujetos revolucionarios. Por nuestra parte, ya hemos tenido oportunidad de ilustrar que tal consideración nos parece exagerada.

<sup>23</sup> Sobre la influencia de Foucault en los llamados «nuevos feminismos» *vid.* Gil (2011). Y sobre su proyección en la filosofía jurídica española *vid.* García López (2016).

más específicamente se verá a continuación, sin negar la enorme importancia de las aportaciones del filósofo francés sobre el poder, e incluso del necesario contrapeso de las mismas<sup>24</sup>, aquí se reivindica la necesidad de seguir contando con una teorización del poder en términos de opresión o de «poder sobre».

### 3.2 La perspectiva sistémica

Nuestra filosofía del Derecho antidiscriminatorio requiere, por tanto, hablar del poder en clave sistémica, pero definirla no es tarea fácil. Esto implica bucear en las teorías sobre la clase, la raza o el sexo cuya teorización, además, está en continua evolución. En este sentido, si bien es difícil negar que la «clase» está presente y condiciona la experiencia y la interacción social<sup>25</sup>, también es verdad que se complejiza por la enorme tipología de lo que puede considerarse «clase trabajadora». En cuanto a la raza, no obstante haya acuerdo para romper con la aparente impresión de que viene determinada por la biología o las características físicas (color de la piel, rasgos faciales, forma de los ojos, textura capilar)<sup>26</sup>, y no como el final de un proceso movido por intereses de diverso tenor<sup>27</sup>, también se complica debido al «carácter mutable, escurridizo y polifacético (...) que caracterizaría a la discriminación racial» (Fallada 2016: 17) en la actualidad. A este respecto, el «sexo» presenta una perspectiva sistémica más amplia<sup>28</sup> y

<sup>24</sup> Y cuya oportunidad será puesta de relieve más adelante, cuando critiquemos una determinada concepción de lo sistémico que no admite fisuras.

<sup>25</sup> Como bien subraya Buechler (2014: 126): «Class is “there” before we are, in differences in prenatal care across social classes. Our family provides our initial class position, which in turn influences how much education we receive, what adult roles become available to us, what types of work we do, who we marry, where we live, where we shop, how we spend our leisure time, how we respond to stresses that affect our health, what our retirement options are, and the quality and cost of the funeral service that marks our passing».

<sup>26</sup> El proceso histórico de la «construcción» de la raza, de cómo tras la conquista y colonización del «Nuevo Mundo» en 1492 es cuando se va definiendo a los «otros», a «los salvajes» (en este caso los grupos indígenas) en términos raciales ha sido ampliamente ilustrado (Winant 2004). Es por ello que se dice que el concepto de raza es racista: no sólo porque las creencias sobre la superioridad y la inferioridad forman parte del concepto (Buechler 2014: 133), sino porque son esas creencias las que determinan la selección de las características físicas.

<sup>27</sup> Así lo prueba la manera en la que se antepone la esclavitud al racismo. En contra de lo que pudiera parecer, la esclavitud fue primero; la captura de mano de obra esclava en África (más barata que, por ejemplo, la procedente de Europa o de la población americana Nativa) fue la que, una vez consumada, se «racializó» (Omi & Winant 1994) mediante la construcción de estereotipos y creencias que servirían para justificar (legitimar) la utilización de mano de obra negra por «amos» blancos. En este sentido, como señala Winant (2004: 84): «es sabido que no fue el racismo el que creó la esclavitud, sino la esclavitud la que creó el racismo».

<sup>28</sup> En el sentido de que: a) el «poder sobre» que se ejerce sobre cualquier ser humano que se autodesigne o heterodesigne como mujer existe en todas las socieda-

clara<sup>29</sup>. Es Kate Millet quien, en su tesis doctoral (1975) utiliza la expresión «patriarcado» para subrayar que las relaciones sexuales entre hombres y mujeres son políticas (son relaciones de poder), pero, como pone de relieve Izquierdo (1998, 220 y ss), la referencia al patriarcado atraviesa de un modo u otra la obra de muchas otras teóricas feministas (como Mitchell, Eisenstein, Delphy, Walby o Pateman).

Todas estas autoras feministas subrayan la importancia de definir el patriarcado en términos de «sistema» o «en clave de sistema»<sup>30</sup>. Precisamente, en un intento de síntesis de las múltiples definiciones de patriarcado, Alda Facio lo define como: «*un sistema* familiar, social, ideológico y político mediante el cual los hombres, por la fuerza, usando la presión directa o por medio de símbolos, ritos, tradiciones, leyes, educación, el imaginario popular o inconsciente colectivo, la maternidad forzada, la heterosexualidad obligatoria, la división sexual del trabajo y la historia robada, determinan qué funciones podemos o no desempeñar las mujeres. *En este sistema*, el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder como las reinas o las primeras ministras, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder, como es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas» (Facio 1993: 20-21, énfasis añadido).

También insiste en la idea de *sistema*, pero más en concreto de *dominación*, Amelia Valcárcel: «El patriarcado es el *sistema de dominación* genérico en el cual las mujeres permanecen genéricamente bajo la autoridad a su vez genérica de los varones; *sistema* que dispone de sus propios elementos políticos, económicos, ideológicos y simbólicos de legitimación y cuya permeabilidad escapa a cualquier frontera cultural o de desarrollo económico» (Valcárcel 1991, 142, énfasis añadido). La referencia al «sistema» resultará clave asimismo para el otro planteamiento constructivista como es el relativo al llamado, precisamente, *sistema sexo-género*. La teorización parte de la antropóloga feminista Gayle Rubin en un ensayo publicado a mediados de los setenta (Rubin [1975] 1986). Como señala Méndez (2007, 123), en su particular lectura de las obras de Lévi-Strauss y Freud, Rubin declara

---

des, inclusive en las que las desigualdades de clase y raza han sido mínimas o inexistentes (o, dicho de otra manera, puesto que en ninguna sociedad existen datos fidedignos de que las mujeres han sido un grupo dominante, sean de la clase que sean o sean de la raza que sean); b) la cantidad de personas afectadas es, hoy por hoy, incomparablemente mayor a la de cualquier otro grupo socio-político.

<sup>29</sup> Lo cual no quiere decir que el sistema sexual no interseccione con otros. Sobre el tratamiento de esta cuestión me remito a Barrère (2016a) y, más en general, al monográfico de *Sociología del diritto* coordinado por Mancini y Bello (2016).

<sup>30</sup> Aun cuando haya quienes, como la misma Izquierdo, prefieran sustituir la palabra sistema por «*una estructura de relaciones sociales* que se apoya en las diferencias físicas de edad y de sexo y al mismo tiempo las dota de significado social, por lo que quedan reificadas y producen subjetividades» (Izquierdo 1998: 223, énfasis añadido).

empezar a vislumbrar «un aparato social sistemático que emplea mujeres como materia prima y modela mujeres domesticadas como producto» (Rubin 1986; 97, énfasis añadido). La defensa de este planteamiento frente al del patriarcado derivaría, entre otras cosas, de la existencia de muchas sociedades etnográficas en las que los hombres oprimen a las mujeres pero cuyo poder «no se basa en sus papeles de padres o patriarcas, sino en su masculinidad adulta colectiva» (Rubin 1986, 105); de ahí que el concepto de patriarcado se quedase corto en tanto sólo constituiría una «forma específica de dominación masculina» (*ibidem*, en Méndez 2007, 124).

Como resulta fácil de apreciar, cuando el feminismo habla del patriarcado como un sistema, o cuando se refiere al sistema sexo-género, está empleando una noción compleja o no tecnicada de «sistema» en la que se entrelazan varios significados: dos significados lexicales de la palabra (según el DRAE: a) conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; y b) conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente que contribuyen a determinado objetivo, combinados con la idea de la repetición (sistemático) y la amplitud de los efectos (el todo social). Aun así, la parte más compleja de la teorización se refiere al objetivo, para el que se utiliza la palabra «dominación». A mi juicio, la utilización de esta palabra da lugar a malos entendidos y le hace merecedor al feminismo de críticas injustas.

### 3.3 El poder como sistema de dominación

La continua referencia del feminismo al patriarcado como sistema de dominación es interpretada con una visión de las mujeres como sujetos sin capacidad de resistencia. El ejemplo paradigmático de esta idea de la dominación lo encontramos en Marcuse. Para el autor de *El hombre unidimensional* ([1953] 1993), ninguna manifestación cultural escapa al mercado (sistema de dominación). La cultura de masas que sirve a ese mercado produce beneficiarios y víctimas de la dominación en un «círculo vicioso» (Marcuse 1993: 126). No es que no sea imaginable una escapatoria, pero ésta no es real, pues para ello serían necesarios «individuos liberados de toda propaganda, adoctrinamiento o manipulación»; se requeriría un «sujeto histórico esencialmente nuevo» (Marcuse 1993: 127) cuya aparición se vería imposibilitada en la etapa de desarrollo de las sociedades industriales avanzadas en la que él vive y se fija.

La teoría de la dominación de Marcuse, el determinismo sin escapatoria de la Escuela de Frankfurt (también de Horkheimer y Adorno), pasó factura a la teoría sistémica del poder, a pesar de que dicho determinismo fuera cuestionado por el pensamiento crítico posterior, sacando a la luz realidades de resistencia que, desde los años sesenta, han venido demostrando que la idea de los individuos sin capacidad

plausible de reacción no responde a la realidad; que puede que, efectivamente, ese esquema contribuya decisivamente al marco significativo sin el cual no se puede comprender cómo la gente corriente (las «víctimas») siguen conductas y estilos de vida contrarios a sus intereses (y que son los que benefician a las élites), pero que presentar a los individuos como marionetas sin agencia es una exageración (Buechler 2014: 111).

Resulta pertinente esta aclaración porque, como se ha visto, es cierto que desde el feminismo el patriarcado se define como un sistema de dominación, sin embargo, la referencia a la «dominación» no debe de entenderse en el sentido de Marcuse antes explicitado<sup>31</sup>. Muy al contrario, el reconocimiento de este esquema no es óbice para constatar que «prácticamente todas las autoras que durante este período [1967-1975] se ocuparon del análisis teórico respecto de los problemas de la mujer dentro de la estructura de dominación tuvieron también una importante participación en los movimientos de protesta» (Álvarez 2001: 105). Es más, como bien ilustra Amorós (2008: 19), el feminismo, en tanto que movimiento social es un laboratorio de teoría crítica que produce «un sentido común alternativo», que «transforma las presuntas evidencias y construye otras evidencias nuevas, dando lugar de ese modo a cambios históricos y sociales», algo impensable en sujetos sin capacidad de respuesta, según la idea de dominación de Marcuse.

Esto demuestra que con la expresión «sistema de dominación» lo que se pretende evidenciar es que la situación de las mujeres se significa en estructuras de poder y no en su naturaleza o particular biología, con el consiguiente horizonte de lucha y posibilidades de cambio de esa situación (*int. al.*, Tubert 2003, 361; Martín Casares 2006, 38-9). De ahí que, como también se ha tenido ocasión de señalar más arriba, esta crítica referida al feminismo patriarcalista resulte injusta: una cosa es que la situación de las mujeres encuentre significación en un sistema de dominación y otra que el feminismo utilice *sólo* una morfología de la dominación según la cual las mujeres carecen de escapatoria. En este sentido, una crítica que bien podría servir para la teoría de la dominación de Marcuse carecería de fundamento en el caso del feminismo.

### 3.4 El concepto de sistema revisitado

He considerado procedente insertar esta precisión sobre la perspectiva sistémica del poder como dominación dado el éxito que está

---

<sup>31</sup> Y que es el que se utiliza desde los llamados «nuevos feminismos» para criticar al feminismo «patriarcalista»: un concepto de poder que «se presentaba como un absoluto que totalizaba todas las vivencias y reducía la capacidad de respuesta de las personas envueltas en él» (Gil 2011: 156).

adquiriendo la construcción de ese discurso postmoderno antisistémico al que ya se ha hecho referencia y que ha llevado a hablar de un «postfeminismo», un «transfeminismo» o, simplemente, de «nuevos feminismos», debido a que basan su crítica al feminismo patriarcalista por su concepto del poder «como un absoluto que totalizaba todas las vivencias y reducía la capacidad de respuesta de las personas envueltas en él» (Gil 2011: 156). Sin embargo, esta pequeña digresión no debe hacer olvidar que nuestro objetivo al abordar la perspectiva sistémica radica en posibilitar su visibilización en la cultura o «comunidad jurídica».

El primer paso para ello será ubicar el Derecho en lo Social, y se hará a través del planteamiento de la socióloga feminista Sylvia Walby (2007)<sup>32</sup>. Con el fin de abordar el tema de la interseccionalidad, Walby propone revisar el «viejo» concepto de sistema social (inspirado en Marx, Weber y Simmel), aunque sin abandonarlo del todo. En este sentido, y siguiendo la estela de Bertalanffy, Walby propone una visión en la que cada sistema social (economía, política, violencia nexus, sociedad civil) toma a los otros como su entorno (environment), lo que estima posible si se prescinde de la (vieja) idea de que las partes de un sistema conforman el todo. Del mismo modo, cada conjunto de relaciones sociales (por ejemplo, de género, etnia o clase) configura un sistema que toma a los otros como su entorno, sin que exista una presunción de jerarquía entre los fenómenos interconectados (Walby 2007: 458).

También utiliza Walby la distinción entre estructuras institucionales y estructuras relacionales de López y Scott, según la cual las estructuras institucionales serían modelos culturales o normativos que definen las expectativas de los agentes y organizan sus acciones, mientras las estructuras relacionales serían los modelos de interconexión e interdependencia causal entre los agentes y la posición que ocupan, y, a partir de la misma, distingue dos clases de sistemas sociales: 1) los dominios (*domains*) institucionalizados de la economía, política, violencia y sociedad civil; y 2) el conjunto de relaciones sociales como la clase, el género y la etnia. Fijándose en este último tipo, entiende que cada uno de estos conjuntos de relaciones sociales tiene profundidad ontológica plena, constituyéndose en los ámbitos institucionales de la economía, la política, la violencia, y la sociedad civil. Esto significa que no son sólo las relaciones de género las que se constituyen en los ámbitos institucionales, sino también las relaciones étnicas y de clase (Walby 2007: 460).

En relación a la intercolocación de estos sistemas de relaciones sociales la postura de Walby es clara: se trata de sistemas superpues-

---

<sup>32</sup> En otro lugar (Barrère 2016a) nos hemos servido de la aportación de otra socióloga, Leslie McCall, para abordar un tema parcialmente concomitante con el de este texto de Walby (la interseccionalidad). Sin embargo, el texto de Walby ofrece aquí mejores posibilidades para explicar nuestra postura en relación al Derecho.



tos (*overlapping*), no saturadores (*non-saturating*) y no anidados (*non-nested*). El género –explícita Walby– no está contenido en las relaciones de clase; las relaciones de género y de clase no están anidadas, sino que las relaciones de género constituyen un sistema separado. El sistema género se superpone al de clase, pero ninguno de los dos satura los ámbitos institucionales (Walby 2007: 460). Es más, esta falta de saturación es la que, a diferencia de la teoría tradicional de los sistemas, «permite la posibilidad de analizar desigualdades múltiples, simultáneas y complejas, a la vez que mantiene los conceptos de estructura social y sistema» (Walby 2007: 460). Clase, género y etnicidad son para Walby sistemas adaptativos complejos que coevolucionan (*coevolve*) en un paisaje cambiante de formas. Las relaciones de género coevolucionan en un entorno que incluye tanto a las relaciones de clase como a las de etnia. Este entorno o paisaje adaptativo (*fitness landscape*) puede conducir al desarrollo de una o de otra forma de «régimen de género» (Walby 2007: 463).

Por lo demás, frente a las teorías que descansan en la idea de equilibrio, la teoría de la complejidad adoptada por Walby se basa en la idea de que los cambios no son necesariamente graduales, sino que pequeños acontecimientos pueden producir grandes cambios dependiendo de la trayectoria que tomen (*path dependency*). Particular importancia adquiere también el concepto de «bucle de retroalimentación» (*feedback loop*)<sup>33</sup>. El bucle de retroalimentación puede ser positivo o negativo. El concepto de bucle de retroalimentación *negativo* se asocia a la noción de sistema que tiende al equilibrio. Cualquier cambio o perturbación hacia el sistema se encuentra con una respuesta interna que lo restaura a su estado original, es decir, lo mantiene en equilibrio<sup>34</sup>. Como contraste, un bucle de retroalimentación *positivo* es un mecanismo que impulsa pequeños cambios o una escalada de cambios en un sistema en marcha. Así, más que restaurar un sistema hacia el equilibrio, los bucles de retroalimentación positivos alejan al sistema del equilibrio (Walby 2007: 464).

Esta somera referencia al planteamiento de Walby nos sirve para varias cosas. En primer lugar, para confirmar que la perspectiva sistémica de lo social sigue dando frutos; en segundo lugar, para esclarecer la visión de algunos planteamientos sistémicos (por ejemplo, el patriarcalista) donde –usando la terminología de la propia Walby– dominios y relaciones aparecen mezclados; en tercer lugar, porque la ausencia del Derecho en la referencia a los sistemas sociales nos da la oportunidad de reflexionar al respecto; y, en cuarto lugar, porque ofre-

<sup>33</sup> Que Walby toma de Fritjof Capra: «a circular arrangement of causally connected elements, so that each element has an effect on the next, until the last “feeds back” the effect into the first element of the cycle».

<sup>34</sup> Un termostato sería el ejemplo de tal mecanismo, que responde a pequeños cambios en la temperatura a fin de mantener el sistema a una temperatura constante.

ce un concepto útil para la filosofía del Derecho antidiscriminatorio, como es el de «bucle de retroalimentación positivo».

#### 4. EL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO

##### 4.1 Sistemas, Derecho y subordiscriminación

En efecto, en su teoría de los sistemas sociales Walby no habla del Derecho. Pero esto, que podría causar extrañeza, considerarse un inconveniente o, incluso, ser tachado como una «laguna» de su teoría, brinda la posibilidad de reflexionar al respecto. Para empezar basta con preguntarse cómo es posible pensar en dominios institucionales y en conjuntos de relaciones como la clase, la raza y el sexo sin la intervención del Derecho y/o de la práctica jurídica. En este sentido, aunque el Derecho no aparezca, no puede menos que considerarse un instrumento indispensable, no sólo para institucionalizar los dominios y construir las relaciones de clase, raza y sexo, sino también para articular la conexión entre ambos tipos de sistemas. Es más, ciertas prácticas jurídicas pueden funcionar como bucles de retroalimentación positiva (es decir, como mecanismos de cambio y desequilibrio) para los propios sistemas. Así entendemos que puede funcionar, por ejemplo, la introducción del concepto de subordiscriminación (frente al actualmente operativo de discriminación) en la cultura jurídico-política.

Una compañía especialmente inspiradora para la propuesta de este concepto ha sido la de autoras feministas estadounidenses como Iris Marion Young ([1990] y Catherine MacKinnon (1987, 1991) o, más cercanas geográficamente, la iusfeminista británica Nicola Lacey (1987 [1992]1998) y la italiana Letizia Gianformaggio (1991).

«La oppression, y no la discriminación, es el concepto primario para designar la injusticia relative a los grupos», advierte expresamente Young (1990: 195). De parecido tenor es la postura de MacKinnon (1991) en relación a la igualdad de género. Para esta jurista estadounidense, la igualdad jurídica, basada en el mandato de igualdad de trato y en la discriminación como su ruptura, descansa en un patrón de similitud-diferencia que, al tomar al hombre como medida de todas las cosas, se convierte en un callejón sin salida para las mujeres. De ahí que proponga el «*dominance approach*», que en síntesis significa que la desigualdad de las mujeres no es una cuestión de similitud o diferencia sino «de poder (...), más específicamente de supremacía masculina y subordinación femenina» (1991: 87). En la misma línea que las anteriores se expresará Gianformaggio (1995: 143) cuando propone que «se considere violación del principio jurídico de la igualdad la *opresión* además de la mera *discriminación*, o más bien la *opresión* en lugar de la *discriminación*», y en un marco teórico similar se

inscribe la fina crítica de Lacey (1987) a la legislación antidiscriminatoria, que terminaría desembocando en casos individuales. Críticas parecidas se encuentran en iusfeministas más cercanas, que partiendo de la crítica al planteamiento liberal, requieren hablar en términos de opresión y grupos sociales subordinados (Rubio 2006: 30 y ss.) y que manifiestan que «definir la exclusión de género en términos de “discriminación” y no de opresión, plantea muchas insuficiencias» (Bodión 2010: 88).

Como ya he señalado, el planteamiento de fondo de estas autoras resulta aquí ampliamente compartido. Sin embargo, esta coincidencia en el fondo difiere respecto a la estrategia, en el sentido de que no se comparte la idea de que el iusfeminismo deba de abandonar el Derecho antidiscriminatorio. Por el contrario, aquí se plantea politizarlo a través de su resignificación (Amorós 2008: 19). Esto supondría hacerlo pivotar sobre el concepto de *subdiscriminación*<sup>35</sup>. Se podrá decir que en el pensamiento crítico ya existen conceptos parecidos y designados con expresiones menos complejas (como discriminación estructural, discriminación institucional y discriminación sistémica), sin embargo, como se intentará justificar a continuación, la referencia a la subdiscriminación presenta una virtualidad específica que lo hace preferible al resto.

#### 4.2 Discriminación institucional, estructural y sistémica

Una referencia obligada al tratar el concepto de «discriminación institucional» es el artículo de Christopher McCrudden titulado con esa misma expresión (McCrudden 1982). En el mismo, el profesor de la Universidad de Oxford inserta el concepto de discriminación institucional en un cambio de perspectiva sobre la discriminación racial en el mundo anglosajón (concretamente, en EE. UU. y Gran Bretaña) Así, mientras hasta finales de los años cincuenta la discriminación era vista «como la manifestación externa del *prejuicio* blanco» (McCrudden 1982: 305, énfasis añadido) y, en consecuencia, no hacía referencia a la vinculación de la situación de los grupos raciales o étnicos «con los sistemas económicos y políticos de la sociedad en general», para finales de los años sesenta la perspectiva predominante en los EE. UU. enfatizaba «las razones estructurales e institucionales» (McCrudden 1982: 306).

A raíz de este cambio, el uso de los adjetivos institucional «o» estructural tras «discriminación» o «racismo» se habría convertido en algo habitual para describir la exclusión de la población negra del acceso a la vivienda o el empleo por la razón que fuera (MacCrudden

---

<sup>35</sup> Término con cierta acogida ya en la doctrina jurídico-crítica (Gil Ruiz 2012: 14; Rodríguez 2013: 77, 78, 82, 92, 94, 96, 100; Salazar 2015: 22, 30; De la Cruz-Ayuso 2016: 92, 93, 108, 111; La Spina 2016: 190, *int. al.*).

1982: 306). Leon Mayhew habría usado el término «discriminación estructural» en 1968 precisamente para hacer referencia a esa exclusión, mientras L. Knowles y K. Prewit habrían utilizado la expresión «racismo institucional» en 1969 para hacer referencia a que «la conducta ha sido institucionalizada tan bien que por lo general el individuo no necesita elegir para actuar de una manera racista. Las reglas y los procedimientos de la gran organización han pre-estructurado ya la elección. El individuo sólo tiene que actuar de conformidad con las normas de la organización y la institución será la que discrimine por él».

Desde esta teorización inicial, las expresiones discriminación institucional y discriminación estructural se han utilizado profusamente en el pensamiento crítico (Pincus 1996; De Lucas 1998, Kamali 2009, Lippert-Rasmussen 2014, int. al.), pero esa utilización ha acarreado no poca confusión, admitida incluso por quienes se han embarcado en su separación conceptual<sup>36</sup>.

Una propuesta diferenciadora entre discriminación institucional y discriminación estructural reciente es la de Lippert-Rasmussen (2014: 77-78). Para este autor danés, la distinción entre el significado de ambas expresiones se basa, respectivamente, en los conceptos de institución y estructura; el «problema» es que no aporta ninguna definición al respecto. A mayor exactitud, el concepto de institución se define extensionalmente: una institución será, por ejemplo, el Estado, una empresa, la Iglesia Católica o una universidad. Por otra parte, mientras soslaya la necesidad de definir lo que sea una estructura social<sup>37</sup>, señala que se puede hablar de discriminación estructural «donde, y sólo donde, las estructuras sociales sean tales que determinados grupos socialmente significativos resulten desaventajados en relación a otros y donde al menos parte de la explicación del porqué se dan esas estructuras provenga del hecho de que esos grupos están o

---

<sup>36</sup> Así Kamali (2009). Según este autor: «*Institutional discrimination* takes place because of established institutional policies, routines, norms, and functions, as well as those individuals with power and influence who control institutions» (2009: 5-6); mientras «*Structural discrimination* is about the institutional order, arrangements, and organizations of a society that often indirectly and unintentionally discriminate against individuals and groups with ethnic backgrounds different to those of the majority society» (2009: 6). Sin embargo, como él mismo reconoce, «the theoretical differentiation between structural and institutional discrimination is not clear and creates many methodological problems for studies of routinized and systematic discrimination in society» (*ibidem*). De ahí que confirme cómo «some researchers choose to combine the terms and do not do make any distinction between them» (*ibidem*).

<sup>37</sup> Soslaya la definición, aunque no del todo: «Different social theorists will give different accounts of what a social structure is and for the present purposes I need not address the huge question of what exactly a social structure is. A very abstract account says that social structures are enduring orderly and patterned relationships between the elements of a society. A less, but still very, abstract account says that social structures are rules that constitute and regulate the major sectors of life such as family relations, property ownership and exchange, and political powers and responsibilities» (Lippert-Rasmussen 2014: 78).

han estado sujetos a diferentes formas de discriminación directa» (Lippert-Rasmussen 2014: 77-8).

En definitiva, la distinción entre discriminación institucional y discriminación estructural sigue sin estar clara, si bien Lippert-Rasmussen efectúa una interesante consideración cuando precisa que, mientras las instituciones son «agentes colectivos», las estructuras «no son agentes, aunque tengan poderes causales» (Lippert-Rasmussen 2014: 77), pues deja abierta la cuestión de en qué sentido se puede decir que las estructuras (que no son agentes) discriminan.

En cuanto a la expresión «discriminación sistémica», su utilización contribuye no poco a la confusión reinante. Así, por un lado, suele utilizarse en el mismo o parecido sentido que la expresión «discriminación estructural» (Agocs 2004, Craig 2007)<sup>38</sup>, pero, incluso utilizándola con ese sentido, también hay quien se refiere explícitamente a ella como «discriminación institucionalizada»<sup>39</sup> (Bernard 2017). Además, también se emplea, y *únicamente*, para designar el efecto o impacto producido, siendo éste, sin ir más lejos, el significado que le otorga la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo estadounidense, que define la discriminación sistémica (*systemic discrimination*) en función de su «amplio impacto» («en una industria, profesión, empresa o área geográfica»). En definitiva, ya no es sólo que el uso de las tres expresiones resulte confuso, sino que en este último caso mencionado, la utilización de la expresión «discriminación sistémica» (que hace descansar lo sistémico *únicamente* en la *amplitud de efectos* de algo) resulta, en relación a lo que aquí se ha denominado perspectiva sistémica, despolitizadora.

#### 4.3 El porqué de «subdiscriminación»

Este breve repaso sobre el uso de las expresiones discriminación institucional, discriminación estructural y discriminación sistémica es suficiente para destacar varias cuestiones. En primer lugar, que los adjetivos institucional, estructural y sistémica resultan hasta tal punto intercambiables que pierden una significación propia; en segundo lugar, que ninguno de los términos se refieren, por sí mismos, al poder sobre; y, en tercer lugar, que en las diferentes definiciones queda eclipsado el elemento básico del concepto de discriminación, como es el «trato».

Estas observaciones son, precisamente, las que nos llevan a acuñar un nuevo término, «subdiscriminación» para describir el concepto básico de nuestra filosofía del Derecho antidiscriminatorio. El uso de

<sup>38</sup> Por ejemplo, Agocs (2004, p. 2) define la discriminación sistémica como los «modelos de conducta que forman parte de las estructuras sociales y administrativas del lugar de trabajo».

<sup>39</sup> En este sentido Bernard (2017): «La discriminación sistémica, también conocida como discriminación institucionalizada, es una cultura de la discriminación que impregna el lugar de trabajo...».

dicho término tiene varias ventajas. En primer lugar, evita otros ya gastados sin renunciar a aspectos centrales de su significado<sup>40</sup>; en segundo lugar, visibiliza el «poder sobre» mediante la inclusión de la partícula «subor»; y, en tercer lugar, al incluirse la partícula «subor» precediendo a –pero fundida con– la palabra «discriminación», evidencia que sigue siendo el «trato» (es decir, una conducta)<sup>41</sup> el elemento conceptual básico del Derecho antidiscriminatorio<sup>42</sup>. «Subordiscriminación» sería entonces el término para designar el conjunto de tratos que, adquiriendo significación en uno o varios sistemas de poder, inferiorizan el estatus de ciertos grupos sociales e impiden que ese estatus cambie (es decir, que lo reproducen). A su vez, un trato subordiscriminatorio sería un *token* del *type* subordiscriminación.

En definitiva, que a diferencia de lo que ocurre con las otras expresiones, en un único vocablo quedaría explicitada *la significación del poder sobre* en los tratos –por ello– subordiscriminatorios. Esa significación resultaría, además, una necesidad epistemológica, en tanto el estatus de inferioridad de ciertos grupos no podría ser explicado como una simple acumulación de tratos<sup>43</sup>, siendo en definitiva los análisis del pensamiento crítico sobre cómo los grupos dominantes construyen sus privilegios y su superioridad los que permitirían llevarla a cabo.

#### 4.4 La discriminación indirecta a examen

Para ejemplificar lo que implica la significación del poder en los tratos (eso que se ha denominado subordiscriminación) se utilizará el concepto de discriminación indirecta.

Según se ha avanzado en la introducción, sobre el uso del concepto de discriminación indirecta (a partir de demandas interpuestas por mujeres en el ámbito laboral) me he detenido en otros lugares, siendo la conclusión en todos ellos de parecido tenor: resulta penoso ver que un concepto que prometía avances significativos en la visibilización de los sistemas de poder en la cultura jurídica (tanto por la vinculación

---

<sup>40</sup> Tanto es así que nuestro empleo de subordiscriminación coincide en buena parte con el concepto de discriminación *institucional* de Knowles y Prewit, con el concepto de discriminación *estructural* de Lippert-Rasmussen y con el de discriminación *sistémica* de Agoos, Craig y Bernard.

<sup>41</sup> Siguiendo a Westen (1990: 94), un «trato» equivale a una conducta que un sujeto individual o colectivo manifiesta hacia sí o hacia otra/s persona/s o cosa/s.

<sup>42</sup> Ya que el concepto de discriminación usado en la legislación antidiscriminatoria y, por lo tanto, en la cultura jurídica coincide con el de la ruptura de la regla aristotélica de la igualdad de trato.

<sup>43</sup> Sobre esta cuestión me detuve en Barrère (2001). Al margen de lo allí señalado creo que no hay mejor ejemplo para explicitar esta cuestión que hacer referencia a la violencia de género o violencia patriarcal, que no puede ser vista como una mera acumulación de casos aislados sino que requiere –como magistralmente observa Celia Amorós (2008: 18) el paso «de la anécdota a la categoría».

del *trato* discriminatorio al *estatus* grupal como, paralelamente, por la desvinculación de lo discriminatorio con lo intencional), los deja intactos<sup>44</sup>, cuando no origina efectos perversos<sup>45</sup> y, al final, está reduciendo su ámbito de eficacia a la obtención de reclamaciones económicas –además, de escasa cuantía– en el ámbito del empleo<sup>46</sup>.

Para precisar en qué medida sucede esto y, a la vez, hasta qué punto puede cambiar el escaso juego que está dando este concepto, nos detendremos en un caso extraído de la jurisprudencia del TJUE, que sigue la tónica de los que se han considerado efectos perversos.

Un tema clave en los casos de discriminación indirecta por razón de sexo es el que tiene que ver con los *permisos parentales* y un caso representativo del tratamiento jurídico al respecto es, por ejemplo, el contemplado en la Sentencia de 20 de junio de 2013 del TJUE (Asunto C-7/12, caso *Riezniece*). El hilo conductor de este caso es el de una funcionaria letona, la Sra. Riezniece, que es despedida tras su regreso al trabajo después de haber disfrutado de un permiso parental. La demanda se sustenta en que el despido se había producido por circunstancias derivadas de no haber superado una evaluación en la que se habían utilizado criterios diferentes a los de la evaluación rutinaria que, con anterioridad a la solicitud del permiso parental, la Sra. Riezniece había superado sin problemas. El tenor de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo letón se refiere, expresamente, a la discriminación indirecta: «¿Ha de considerarse una discriminación indirecta la evaluación del trabajo y los méritos de [una trabajadora], que tiene en cuenta la última evaluación anual de su actividad y de sus resultados antes del permiso parental, en comparación con la evaluación, realizada con arreglo a nuevos criterios, del trabajo y los méritos de otros funcionarios que siguieron en servicio activo (lo cual, entre otros, les permitió incrementar sus méritos)?»

Para responder a esta cuestión prejudicial, el Tribunal de Luxemburgo comienza por remitirse al concepto de discriminación indirecta barajado en anteriores sentencias: «existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres» (apdo. 39), aunque remitiéndose también a una sentencia previa para constatar que «las mujeres recurren al permiso parental con mucha mayor frecuencia que los hombres» (apdo. 40), siendo precisamente éste, es decir, «que un número muy superior de mujeres que de hombres disfruten de un permiso parental»

---

<sup>44</sup> Así consideramos que ocurrió, por ejemplo, con los casos relativos al pago de inferior salario de la hora de trabajo a tiempo parcial (Barrère 2001).

<sup>45</sup> Vid. al respecto Barrère (2014: 261 ss.), siguiendo una impecable estela argumentativa de García Amado (2007).

<sup>46</sup> Vid. en este sentido, entre las más recientes, las sentencias del TJUE de: 20 octubre de 2011 (Asunto C-123/10, caso Waltraud Brachner), 28 de febrero de 2013 (Asunto C-427/11, caso Margaret Kenny y otros), de 14 de abril de 2015 (Asunto C-527/13, caso Lourdes Cachaldora Fernández).

(dato cuya comprobación atribuye al órgano jurisdiccional letón) (aptd. 56) el elemento decisorio que ampara la conceptualización del caso como discriminación indirecta.

Desde mi punto de vista –ya lo he dicho– esta argumentación tiene consecuencias perversas en tanto confirma (naturalizándolo) el rol de cuidadoras de las mujeres y, además, y a la postre, les afecta negativamente en el mercado de trabajo en la medida en que no terminan siendo personal laboral atractivo: si son las mujeres y sólo las mujeres las que van a ver reconocidos ciertos derechos laborales por realizar labores de cuidado ¿qué empresa va a preferir contratarlas a ellas (y no a ellos)?

En ese sentido, si bien se puede considerar loable que, en un caso concreto como es el de la Sra. Riezniece, el tribunal trate de identificar condiciones laborales sobre las que modelar la «desventaja» sufrida por haberse acogido al permiso parental, ni ese intento ni su resultado pueden considerarse realmente de alcance antisubdiscriminatorio. Ante casos de este tipo, una práctica jurídica antisubdiscriminatoria debería proteger sí, situaciones como las contempladas en el caso de la Sra. Riezniece, pero apelando a la introducción de normativas de conciliación que impidan tales supuestos o, yendo más allá, incentivando solicitudes de permisos planteadas por hombres. Ahondando en esta cuestión: supóngase que, en lugar de tratarse de la Sra. Riezniece, hubiera sido un varón el despedido a consecuencia de haber disfrutado del permiso parental. A todas luces, una demanda de este tipo no habría tenido cobertura por el Derecho antidiscriminatorio<sup>47</sup> y, sin embargo, desde el Derecho antisubdiscriminatorio, la protección de la misma resultaría fundamental para romper con la norma sistémica que atribuye a las mujeres el rol de cuidadoras.

En definitiva, y para concluir con el análisis del caso, la utilización del concepto de discriminación indirecta podría jugar un papel fundamental en el Derecho antidiscriminatorio, evitándose además efectos perversos, si se utilizara en relación con el de subdiscriminación, en tanto en cuanto exigiría tomar en consideración la perspectiva sistémica del poder. Tal y como lo vemos, este *modus operandi* interpelaría a la comunidad jurídica sobre el sentido y el alcance del concepto de discriminación indirecta<sup>48</sup> y, paralelamente, introduciría un bucle de retroalimentación positivo en el propio sistema de poder (en este caso, en el sistema sexo-género).

---

<sup>47</sup> O, para tenerlo, el varón en cuestión tendría que haberse embarcado en una guerra de sexos que resultaría un despropósito también a nivel argumentativo (demostrar que el uso de conceptos del Derecho antidiscriminatorio, como la discriminación indirecta en este caso, les colocan en desventaja respecto de las mujeres, es decir, les «discriminan»).

<sup>48</sup> ¿Qué es lo que se busca con la introducción del concepto de discriminación indirecta en la legislación antidiscriminatoria?; ¿en qué sentido se puede decir que la introducción de este concepto resulta eficaz (busca identificar y erradicar la discriminación hacia las mujeres)? En definitiva, ¿a dónde conduce el concepto de discriminación (en este caso indirecta) utilizado por la cultura jurídica?



#### 4.5 Los tratos por omisión (inacción)

En este epígrafe pondremos de relieve la importancia de reivindicar el trato como elemento básico de la discriminación.

Tal y como se concretan hoy en día las cláusulas antidiscriminatorias, la discriminación viene tipificada *situacionalmente*<sup>49</sup>, ocupando el concepto de trato un papel residual. A nuestro juicio, esta manera de proceder no sólo es empobrecedora (porque una cosa es el trato y otra –pero diferente– las consecuencias de ese trato), sino que eclipsa la subdiscriminación por omisión<sup>50</sup> (o subdiscriminación por inacción o pasividad), cuando no resulta aventurado decir que, en la medida en que no se actúa (y principalmente el poder político) contra la subdiscriminación, se contribuye a su reproducción. Los ejemplos son abundantes, pero extraeremos uno del día a día<sup>51</sup>: una pareja constituida por un hombre y una mujer, con un recorrido investigador idéntico (Master, doctorado e investigación en el Reino Unido y Dinamarca) solicitan una beca postdoctoral a un organismo público. Para obtenerla hay que realizar una entrevista en el día y hora señalados, y quien no se presente pierde la oportunidad de obtener la beca. Dada la coincidencia de la fecha de la entrevista con la del previsible nacimiento de su criatura, solicitan una modificación de la fecha de la entrevista para ella. La respuesta es que la fecha es única para todo el mundo y que no se puede hacer nada.

Es cierto que, ante supuestos de este tipo, se podría pensar en activar la maquinaria judicial y, eventualmente, demandar al organismo público por discriminación (por cierto, tanto directa como indirecta), pero, de esta manera: a) se perpetúa un modelo de Derecho antidiscrimi-

<sup>49</sup> A tenor de las diversas Directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea, las denominadas «discriminación directa» y «discriminación indirecta», son definidas como «*la situación* en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable» (énfasis añadido) y «*la situación* en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (énfasis añadido), respectivamente. *Vid.* así, y por todas, el art. 2, apdo. 1 de la última: 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) (*DOUE* de 26 de julio de 2006). En idénticos términos se recogen ambas nociones en el art. 6 (apartados 1 y 2) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>50</sup> Que, conviene precisar, no es lo mismo que la llamada «discriminación por indiferenciación o igualación» (Rey Martínez 2001: 171), para designar la cual también se suele emplear la expresión «discriminación por omisión». De hecho, la discriminación por inacción puede proceder de la omisión de un trato, tanto diferenciador como indiferenciador.

<sup>51</sup> Se trata de una carta dirigida al Gobierno Vasco y publicada en el diario *Berria* (17 de octubre de 2015).

minatorio basado en el litigio (y no, por ejemplo, en la prevención del mismo), además individual; b) no se evidencia el papel reproductor de la subdiscriminación de los poderes públicos *por omisión*; y c) se prescinde de una vía de exigencia de responsabilidad a los poderes legislativo y ejecutivo en la auto-revisión (o revisión *ad intra*) de normas generales (es decir, presuntamente igualitarias)<sup>52</sup>.

De ahí que consideremos como un asunto de particular relevancia que en el Derecho se especifique la posibilidad de clasificar a los tratos (subdiscriminatorios) en tratos de *acción* y tratos de *omisión* (o, si se quiere, en tratos activos y en tratos pasivos). Se podrá decir –y es cierto– que no resulta fácil identificar los tratos por omisión<sup>53</sup>, pero que no sea tarea fácil no quiere decir que sea tarea imposible<sup>54</sup> y, en cualquier caso, no justifica la negación del concepto<sup>55</sup>. Por lo demás, tipificar la subdiscriminación en función de los tratos abre un abanico de posibilidades clasificatorias en el Derecho antisubdiscriminatorio de las que resulta injustificado prescindir<sup>56</sup>.

En un estudio reciente sobre los efectos de las legislaciones antidiscriminatorias (Vrieling 2015) se pone de relieve cómo prestar «una atención demasiado moralizadora a la discriminación» puede llevar asociados efectos contraproducentes. Como tal efecto se considera el hecho de que «cuanto más se refuerza el estigma ideológico y moral

---

<sup>52</sup> De los efectos de esa falta de responsabilidad dan buena muestra los estudios sobre los resultados (decepcionantes) de la incorporación de los Informes de Evaluación del Impacto de Género (Gil Ruiz 2012).

<sup>53</sup> De ahí que se suela hablar de discriminación «difusa».

<sup>54</sup> Las estadísticas sobre la situación de las mujeres en relación al trabajo a tiempo parcial, al nivel salarial y en los puestos de poder, ofrecen un campo abonado para esa labor de identificación. Y ello sin mencionar la violencia de género.

<sup>55</sup> En su sentencia de 9 de junio de 2009 (Asunto Opuz c. Turquía), el TEDH da un paso en esta dirección cuando considera que *la omisión* por parte de las autoridades turcas de proteger a la demandante y a su madre contra los actos de violencia del ex-marido de la primera *viola*, entre otros, el artículo 14 de la CEDH, relativo a la *prohibición de discriminación* (agradezco a Ruth Mestre la mención de este caso).

<sup>56</sup> Como advierte Westen, dado que un trato no es más que una conducta hacia alguien o algo, ésta podrá ser: consciente o inconsciente; activa o pasiva; benevolente, neutral o maliciosa; buena, mala o ni buena ni mala (alguien trata bien la madera frotándola con un limpiador de muebles; alguien se trata bien a sí mismo/a cuidándose la salud; alguien trata mal a su esposo/a olvidándose de su cumpleaños). Por lo demás, así como alguien puede actuar en solitario tratándose a sí mismo/a o a otros/as, también puede unirse a otras personas para efectuar un trato colectivo (una hermandad puede tratarse a sí misma celebrando un banquete anual; un gobierno puede tratar a su pueblo justo o injustamente). A su vez, los tratos pueden ser medidos en relación a sus elementos constitutivos, esto es, en referencia a *quién* manifiesta *qué* conducta y *hacia quién* (Westen 1990: 94). El concepto de «trato» y la determinación del «hacia quién» resulta fundamental en nuestra teoría del Derecho antidiscriminatorio. Así, hay quienes, siguiendo la estela del TEDH, considera que, por ejemplo, determinados comentarios que estigmatizan («for example, comments made by a local mayor concerning the willingness of certain immigrant groups to integrate or by a senior minister invoking the laziness of the unemployed in general») no constituirían discriminación «in the absence of treatment» (Quinn 2017: 2). Aquí no se comparte tal consideración.

en el discurso sobre la legalidad y la no-discriminación, mayor es la tendencia de las personas a resistirse a la idea de que ellas mismas y su organización practican la discriminación» (Vrieling 2015: 62, ambas citas). Pues bien, a nuestro juicio, este tipo de análisis no demuestra la necesidad de restar importancia moral a la discriminación sino, por el contrario, la necesidad de actuar contra esa tendencia a la resistencia en el reconocimiento de que se discrimina. Y con ello no se quiere decir, ni mucho menos, que se esté apelando a la intervención del Derecho penal (que sea discriminatorio no quiere decir que sea delito). Todavía queda mucho por explorar en lo relativo a las sanciones positivas y –no digamos– a las sanciones políticas.

## 5. CONCLUSIONES

El concepto de Derecho es operativo, lo que quiere decir que responde a preferencias y finalidades más o menos explícitas de quien lo define. Cuando la finalidad del Derecho es eliminar la discriminación (es decir, cuando el Derecho se concibe como *antidiscriminatorio*), más que como un conjunto de normas debe ser concebido como una práctica.

Para que esa práctica resulte a su vez operativa se requiere un concepto de discriminación. En el Derecho antidiscriminatorio tradicional (liberal, formalista), la configuración de la discriminación descansa sobre la ruptura de la igualdad de trato (discriminación directa o indirecta). Para el nuevo modelo que se propone, la discriminación descansa en tratos significados por sistemas de «poder sobre», siendo tales sistemas los que a la postre determinarán qué tratos resultan discriminatorios o no.

Como ni el Derecho oficial ni la cultura jurídica hegemónica reconoce los sistemas de poder, la labor prioritaria de quien practique el Derecho antidiscriminatorio radicará en hacer visibles dichos sistemas, resultando esencial en esa labor el concepto de subdiscriminación. La utilización de este concepto será, precisamente, la que dé nombre al nuevo modelo de Derecho antidiscriminatorio que, en consecuencia, pasará a denominarse Derecho antisubdiscriminatorio.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGOCs, C., «Surfacing racism in the workplace: qualitative and quantitative evidence of systemic discrimination», *Canadian Diversity*, 3 (3), 2004, pp. 25-28.
- ÁLVAREZ, S. «Feminismo radical», en Beltrán, E. y Maquieira, V. (eds.) *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Editorial, Madrid, 2011, pp. 104-115.

- AMORÓS, C., «Conceptualizar es politizar» en Lorenzo, P., Maqueda, M. L. y Rubio, A. (coords.) *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 15-25.
- ATIENZA, M., «La autoridad y los límites del Derecho. A propósito de dos decisiones recientes de la Audiencia Provincial de Navarra», *Notario*, 37, 2011, pp. 15-19.
- *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos perdidos, Madrid, 2013.
- BARBERA, M. (ed.) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007.
- BARRÈRE, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, IVAP/Civitas, 1997.
- «Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, 60, 2001, pp. 145 y ss.
- «Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual», en García Inda, A. y Lombardo, E. (coords.) *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Zaragoza, 2002, pp. 15-34.
- (con MORONDO, D.) «La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE», en Barrère, M. A. y Campos, A. (Coords.) *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: Una relación a debate*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 143-160.
- «Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación», en Mestre, R. (coord.) *Mujeres, Derechos y ciudadanías*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 45-71.
- «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 87-88, 2010, pp. 225-252.
- (con MORONDO, D.) «Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del Derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, 2011, págs. 15-42.
- *El Derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Lima, Grijley, 2014.
- «Derecho antidiscriminatorio, interseccionalidad y categorías sistémicas: análisis y propuestas con proyección legislativa», en La Barbera, MC. y Cruells, M. (coords.) *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016a, cap. 19, pp. 455-479.
- «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. Surbor-discriminación?», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2016b, pp. 17-34.
- BENGOETXEA, J., «The End of the European Dream and the Euro-crisis Wake Up Call», en Jochum, H., Elicker, M., Lampert, S., Bartone, R. (eds.) *Freiheit, Gleichheit, Eigentum-Öffentliche Finanzen und Abgaben*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, pp. 1091-1106.
- BERNARD, D., «What is Systemic Discrimination?» (<http://www.hrzone.com/hr-glossary/what-is-systemic-discrimination>).
- BODELÓN, E., «Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», en Nicollas, G. y Bodelón, E. (Comps.) *Género y dominación. Críti-*
- AFD, 2018 (XXXIV), pp. 11-42, ISSN: 0518-0872

- cas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 95-116.
- BODELÓN, E., «Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXVI, 2010, pp. 85-106.
- BOURDIEU, P., «Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva», *Jueces para la democracia*, n.º 47, 2003, pp. 3-5.
- BUECHLER, S. M., *Critical Sociology*, Boulder/London, Paradigm Publishers, 2014.
- BUTLER, J. *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós Ibérica, [2004]2006.
- CARDINAUX, N., y PALOMBO, M. A., «El pensamiento crítico: llaves, rutas y señuelos», *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 10, 2007, pp. 117-140.
- CRAIG, R., *Systemic Discrimination in Employment and the Promotion of Ethnic Equality*, Leiden/Boston, Nijhoff Publishers, [2006]2007.
- DE LA CRUZ-AYUSO, C., «Exclusión Financiera, Vulnerabilidad y Subordinación. Análisis crítico sobre el derecho al acceso a servicios bancarios básicos en la Unión Europea», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 2016, pp. 91-114.
- DE LUCAS, J. «Contra el racismo institucional», en Álvarez-Uría, F. *et al.* (comp.) *Neoliberalismo vs. Democracia*, Madrid, La Piqueta, 1992, pp. 328-352.
- FACIO, A., «El Derecho como producto del patriarcado», en Facio, A., y Camacho, R. (eds.) *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones (Una mirada género sensitiva del Derecho)*, Ilanud, San José de Costa Rica, 1993, pp. 7-29.
- FALLADA, J. R., *Las políticas del racismo. Métodos e ideologías*, Valencia, Tirant lo Blanc/PUV, 2016.
- FERRAJOLI, L., «Il significato del principio di uguaglianza», *Democrazia e Diritto*, 1994 (2-3), pp. 475-488.
- FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford [2002] 2010.
- FOUCAULT, M., «El sujeto y el poder», *Revista Mexicana de Sociología*, ([1982]1988). 50 (3): 3-20 (disponible en: <http://links.jstor.org/sici?sici=0188-2503%28198807%2F09%2950%3A3%3C3%3AESEYEP%3E2.0.CO%3B2-A>).
- GARCÍA AMADO, J. A., «Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (A propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007 de 27 de marzo)», *La Ley*, n.º 6748, 2007.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J., «¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, 2016, pp. 323-348.
- GIANFORMAGGIO, L., *Filosofía e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995.
- GIL, S., *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión*, Madrid, Traficantes de sueños, 2011.
- GIL RUIZ, J. M., «Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 92, 2012, pp. 17-55.
- *Las nuevas técnicas legislativas en España*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.

- GRIMSON, A., y CAGGIANO, S., «Introducción» en Caggiano, S y Grimson, A. (coords.), *Antología del pensamiento crítico argentino contemporáneo*, Buenos Aires, Clacso, 2015, pp. 11-31.
- GROSZ, E., «Contemporary Theories of Power and Subjectivity», en Gunew, S. (Ed.) *Feminist Knowledge. Critique and Construct*, Routledge, London, 1990, pp. 59-120.
- GUASTINI, R., y REBUFFA, G., «Introducción», en TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 7-33.
- HELLMAN, D., y MOREAU, S. (eds.) *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- IZQUIERDO, M. J., *El malestar en la desigualdad*, Madrid, Cátedra/Feminismos, 1998.
- KAMALI, M., *Racial Discrimination. Institutional Patterns and Politics*, Routledge, New York/Abingdon, 2009.
- KHAITAN, T., *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- LACEY, N., «Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective», *Journal of Law and Society*, 1987, 14 (4), pp. 411-421.
- LA SPINA, E., «Situaciones de vulnerabilidad vs. Exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 2016, pp. 182-204.
- LA TORRE, M., «Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 16, 1993, pp. 67-93.
- LEÓN, M., «Introducción», en León, M. (ed.), *Poder y Empoderamiento de las Mujeres*, Bogotá, Tercer Mundo, 1997.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K., *Born Free and Equal?*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014.
- LUZZATI, C. *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, Madrid, Marcial Pons, [2005] 2013.
- MACCRUDDEN, Ch., «Institutional discrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, 2, pp. 303-367.
- MCCOLGAN, A., *Discrimination Law. Text, Cases and Materials*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2005.
- MCCORMICK, N., y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1986.
- MACKINNON, C. A., «Difference and Dominance: On Sex Discrimination», en Bartlett, K. T. & Kennedy, R. (eds.) *Feminist Legal Theory*, San Francisco, Westview Press [1984, 1987] 1991, pp. 81-94.
- MANCINI, L., y BELLO, B. G. (coords.), *L'intersezionalità tra diritto e società*, monográfico de *Sociologia del diritto*, vol. XLIII, 2016/2.
- MARCUSE, H., *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Buenos Aires, Ed. Planeta Argentina, [1954]1993.
- MARTÍN CASARES, A., *Antropología del género. Culturas, mitos y estereotipos sexuales*, Cátedra/Feminismos, Madrid, 2006.
- MÉNDEZ, L., *Antropología feminista*, Madrid, Editorial Síntesis, 2007.
- MORRIS, M. & PATTON, P. (eds.) *Michel Foucault: Power, Truth, Strategy*, Feral Publications, Sydney, 1978.
- OMI, M., & WINANT, H., *Racial Formation in the United States*, New York, Routledge, 1994.

- PÉREZ LUÑO, A-E., «Nuevo derecho, nuevos derechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXII, 2016, pp. 15-36.
- PINCUS, F. L. «Discrimination comes in many forms: Individual, institutional and structural», *American Behavioral Scientist*, 40 (2), 1996, pp. 186-194.
- PITCH, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, [1998] 2003.
- QUINN, P., «The problem of stigmatizing expresiones: The limits of anti-discrimination approaches», *International Journal of Discrimination and the Law*, 2017, pp. 1-28.
- REY MARTÍNEZ, F., «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 167-181.
- RODRÍGUEZ, B., «¿Identidad o Autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2013, pp. 75-104.
- ROWLANDS, J., *Questioning Empowerment. Working with Women in Honduras*. Oxford, Oxfam, 1997.
- RUBIN, G., «El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo», *Nueva Antropología*, VIII (30), [1975]1986, pp. 95-145.
- RUBIO, A., «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», en Rubio, A. y Herrera, J. (coords.) *Lo Público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006, pp. 24-65.
- SALAZAR, O., «Ciudadanía, género y poder: la paridad como principio constitucional», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, n.º 10, 2015, pp. 16-37.
- SANTOS, B. de S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- SARGEANT, M. (ed.), *Discrimination Law*, Essex, Pearson, 2004.
- SCHIEK, D., WADDINGTON, L. y BELL, M., *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International*, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2007.
- SCHIEK, D., y CHEGE, V. (eds.) *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, New York, Routledge-Cavendish, 2009.
- SCHIEK, D., y LAWSON, A. (eds.) *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, Farnham, Ashgate, 2011.
- TARELLO, G., «Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche», *Rivista critica di Storia della filosofia*, I, 1970, pp. 109-112 (y en *Politica del diritto*, I, 1970, pp. 140-143).
- *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica [1988]1995.
- TOMEIO, V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociológica*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli (CZ), [1981] 2013.
- TUBERT, S., «La crisis del concepto de género», en Tubert, S. (ed.) *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Madrid, Cátedra, 2003, pp. 7-37.
- VALCÁRCCEL, A., *Sexo y filosofía. Sobre «mujer» y «poder»*, Anthropos, Barcelona, 1991.

- VENEKLASSEN, L. & MILLER, V., *A New Weave of Power, People & Politics: The Action Guide for Advocacy and Citizen Participation*, [2002] 2007 ([http: www.syluspur.com](http://www.syluspur.com)).
- VRIELINK, J., «Le droit de l'égalité fait-il la différence? Les effets du droit antidiscriminatoire à la lumière des recherches en sciences sociales», en Ringelheim, J., Herman, G. y Rea, A. (dirs.) *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, pp. 51-66.
- WALBY, S., «Complexity Theory, Systems Theory, a Multiple Intersecting Social Inequalities», *Philosophy of the Social Sciences*, 37, 2007, pp. 449-470.
- WESTEN, P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- WINANT, H., *The New Politics of Race*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2004.
- YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, [1990] 2000.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017