

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/311231174>

Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo

Chapter · January 2005

CITATIONS
0

READS
31

1 author:



Antonio Álvarez del Cuvillo
Universidad de Cádiz

40 PUBLICATIONS 8 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



"Un Derecho del trabajo para la recuperación: competitividad empresarial y cohesión social" [View project](#)

Nota: Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2004.

Publicada originalmente en: AAVV, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, ISBN 84-8417-184-1

GÉNEROS O CATEGORÍAS HUMANAS Y DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL TRABAJO

Antonio Álvarez del Cuvillo
Profesor Ayudante
Universidad Carlos III de Madrid

“Basta recordar la experiencia de todos los países y épocas de que, cuando un pueblo tiene poderío sobre otro, y se porta injustamente con él, no dejará de imaginárselo como muy malo e incapaz y repetirá con mucha frecuencia y en voz alta esta afirmación” K.E. VON BAER (1792-1876)

1. Punto de partida
2. Las dificultades para formular un concepto de discriminación racial
3. La raza como “género”
4. Consecuencias jurídicas del concepto propuesto
 - a) Configuración de las categorías raciales
 - b) Justificación de la distinción
5. Recapitulación

1. Punto de partida

En nuestro país son escasas las sentencias de tribunales superiores referidas a una supuesta discriminación racial o étnica en materia laboral. Ello podría achacarse de un modo simplificado a dos posibles causas; por un lado, podría argumentarse que hay pocos procesos judiciales porque los comportamientos discriminatorios son escasos, ya sea debido a la homogeneidad de la población, la ausencia de creencias y sentimientos racistas, xenófobos o etnocéntricos en la sociedad española o bien porque existiendo este tipo de creencias la ley y la negociación colectiva están resultando eficaces en la prevención de la discriminación en el trabajo; por el contrario, podría sostenerse que la discriminación es relativamente frecuente, pero que la legislación vigente se muestra ineficaz para su prevención, identificación y subsanación.

La investigación empírica nos muestra que efectivamente existen en nuestro país estereotipos de carácter étnico, racial o nacional que se manifiestan en el campo de las relaciones laborales como conductas discriminatorias, ya sea en el acceso al empleo en determinados sectores o puestos de trabajo, la aceptación e integración de los trabajadores en la empresa y las condiciones de trabajo¹. También, en lo que refiere a

¹ Vid., a modo de ejemplo, COLECTIVO IOE. *Inmigrantes, trabajadores, ciudadanos: una visión de las migraciones desde España*, Universitat de Valencia. Patronat Sud-Nord, Valencia, 1999, p 113, 120; COLECTIVO IOE. *Inmigración y trabajo en España. Trabajadores inmigrantes en el sector de la*

los extranjeros, existe la idea genérica de que los inmigrantes procedentes de países pobres están dispuestos a aceptar inferiores condiciones de trabajo, o incluso que estas condiciones son beneficiosas para ellos en función de su situación previa, lo cual produce una mayor dosis de explotación laboral e incumplimiento de las condiciones legales y convencionales respecto a estos trabajadores en situación más vulnerable²; incluso, en ocasiones, la propia normativa laboral podría estar promoviendo o favoreciendo conductas discriminatorias, como ocurre, a nuestro juicio, en el modelo de solicitud de oferta genérica para la cobertura del contingente de trabajadores extranjeros³.

Puesto que este trato injustificado se verifica en la realidad, con independencia de la valoración de su alcance e importancia relativa, que corresponde determinar a otras disciplinas sociales, nuestra preocupación es ahondar en la eficacia o ineficacia de la legislación antidiscriminatoria, y para ello vamos a partir de una serie de hipótesis que intentan esbozar algunos de los problemas con que se podría encontrar nuestro ordenamiento para la prevención e identificación de la discriminación racial:

- Aunque ya existían prejuicios y estereotipos de carácter étnico en nuestro país antes de que comenzara a ser significativa para la opinión pública la presencia de extranjeros procedentes de países pobres (por ejemplo, afectan a muchos ciudadanos españoles los estereotipos y prejuicios referidos a la población gitana, tradicionalmente discriminada, o en menor medida los que se refieren a las personas originarias de una u otra comunidad autónoma, región o comarca) el aumento del flujo de inmigración extranjera y la tendencia hacia una mayor diversidad étnica en nuestra sociedad son susceptibles de generar niveles mayores de racismo, si no se toman las medidas adecuadas.
- Asimismo, conforme la complejidad étnica de la sociedad se incrementa, van apareciendo conflictos nuevos, que eran ajenos a nuestra sociedad, de modo que los propios extranjeros pueden arrastrar prejuicios raciales, étnicos o nacionales distintos de los que aparecen en la cultura mayoritaria, y que por lo tanto pueden resultar más difíciles de reconocer y prevenir.
- El racismo parece estar asumiendo formas más difíciles de identificar en lo que se ha dado en llamar “nuevo racismo”, “racismo simbólico” o “criptorracismo”⁴, supuesto en el que el desprecio étnico y racial opera de un

hostelería, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pp. 225-230, 240-246 CACHÓN, L., *Prevenir el racismo en el trabajo en España*, MTAS, Madrid, 1999, p. 93-94; publicado en la misma obra, Vid., Informe para la Prevención del Racismo en el Lugar de Trabajo de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, pp 171-176.

² CACHÓN, L., *Prevenir...*, *Op. Cit.*, pp. 93-94. COLECTIVO IOE, *Inmigración y trabajo...*, *Op. Cit.*, pp. 222-224.

³ Hemos argumentado los motivos que nos llevan a dicha afirmación en relación con los contingentes para los años 2002 y 2003 en nuestro artículo "La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros", en *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003; en el contingente de 2004 se reproduce el mismo mecanismo discriminatorio.

⁴ "Puede, sin embargo, este racismo aplicarse mediante un comportamiento 'inconscientemente racista' por cuanto no se justifica expresamente en la diferencia o niega expresamente apoyarse en ella. Es a éste comportamiento, 'conjunto de opiniones, actitudes y conductas discriminatorias' al que denominamos 'criptorracismo'". p. 9. RUÍZ OLABUENAGA, J.I., "El criptorracismo español", *Inguruak*, 30, 2001; RUEDA, J.F., NAVAS, M., "Hacia una evaluación de las nuevas formas de prejuicio racial: las actitudes sutiles del racismo", *Revista de Psicología Social*, nº 11: 2, 1996, pp. 131-149.

modo implícito o inconsciente, según el cual el individuo trata de autojustificar su conducta discriminatoria negando expresamente su carácter racista. Los prejuicios basados en características morfológicas se van sustituyendo por los más sutiles y asumibles argumentos culturales. De este modo se produce una cierta canalización del racismo “socialmente inaceptable” al racismo “socialmente permitido”.

- El énfasis en los aspectos culturales respecto a las características físicas dificulta la identificación de supuestos discriminatorios; en primer lugar, la cultura está directamente relacionada con comportamientos y, al menos *prima facie*, éstos tienen una incidencia objetiva mayor que los rasgos físicos en el desenvolvimiento de las relaciones laborales; en segundo lugar, el propio ordenamiento jurídico nunca puede ser culturalmente neutro, puesto que es un producto cultural; en tercer lugar, la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados necesariamente se remite al acervo cultural mayoritario de la sociedad.
- En relación con las dos hipótesis anteriores, hay que tener en cuenta que los sistemas jurídicos democráticos consideran en términos generales la discriminación racial y étnica como una conducta anormal, patológica, que constituye una quiebra del sistema de convivencia; en este contexto, podría generar algunos problemas de identificación la circunstancia de que el prejuicio racial o étnico estuviera tan extendido que fuera la “norma” en la sociedad. Al no percibirse como algo patológico sino como un pensamiento “habitual” y “normal”, sería más difícil para el órgano juzgador identificar el carácter discriminatorio de una eventual conducta derivada del prejuicio⁵.
- Si han sido escasos los pronunciamientos judiciales sobre discriminación racial y étnica, son en cambio numerosos los relativos al sexo o "género", siendo además muy abundantes los estudios doctrinales en esta materia. La cuestión sería determinar hasta que punto pueden trasladarse a otras circunstancias personales o sociales y en particular a la raza o etnia, los avances doctrinales y jurisprudenciales en materia de discriminación por razón de género o en qué medida resultan inaplicables. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que algunos de los conceptos e instrumentos más importantes de tutela antidiscriminatoria (el concepto de discriminación indirecta y la acción positiva) fueron elaborados precisamente para afrontar supuestos de discriminación racial, si bien en un contexto muy concreto como es el de los negros en EEUU.

Nuestro planteamiento de partida es que para afrontar debidamente estos retos es necesario profundizar en el concepto de discriminación racial, de modo que puedan identificarse con mayor facilidad situaciones discriminatorias, pueda evitarse la fuga del sentimiento racista hacia colectivos no percibidos como razas y puedan determinarse las posibilidades de aplicar construcciones doctrinales y jurisprudenciales elaboradas en nuestro país alrededor de las distinciones entre sexos.

⁵ Desarrollan esta idea respecto al sistema británico, FITZPATRICK, P., “Racism and the Innocence of the Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 14, N. 1, 1987, *per totum* y LACEY, N., “From Individual to Group?”, en AAVV (ed. Bob Hepple y Erika M. Szyszczak), *Discrimination: The limits of the Law*. *Studies in Labour and Social Law*, Mansell, London, 1992, pp. 102-103 y 105.

2. Las dificultades para formular un concepto de discriminación racial

El primer problema al que nos enfrentamos a la hora de aproximarnos a este concepto es la confusión que existe en lo que refiere a la propia noción de “discriminación”. Esta confusión no se debe únicamente al hecho de que el término se utilice frecuentemente como “cajón de sastre” para calificar situaciones percibidas como injustas (suscitándose como consecuencia de ello un gran número de pleitos sobre las cuestiones más variopintas)⁶, sino, sobre todo, al hecho de que en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional conviven y en muchas ocasiones se entremezclan, dos perspectivas distintas de lo que ha de entenderse por discriminación:

-Una primera posibilidad consiste en considerar que cualquier vulneración del principio constitucional de igualdad, es decir, cualquier desigualdad que no sea razonable, constituye “discriminación”; desde esta perspectiva, la enumeración posterior de distintas circunstancias personales o sociales se limita a señalar motivos de diferenciación que normalmente no son razonables⁷, sometiéndose su escrutinio a un examen más estricto (pero admitiéndose la prueba de razonabilidad). El sentido de la cláusula general de apertura –“*cualquier otra circunstancia personal o social*”- sería entonces el de destacar que puede haber otras diferenciaciones irrazonables.

-Una segunda posibilidad consiste en distinguir claramente entre el principio general de igualdad consagrado en el primer inciso del artículo 14 de la Constitución y la prohibición de discriminación con la que el artículo continúa. Esta prohibición habría de conectarse con el mandato de igualdad sustancial del artículo 9.2 de la Constitución y con el reconocimiento de la dignidad de la persona del artículo 10.1 y consistiría en la interdicción expresa de determinadas desigualdades que se han producido históricamente o que se encuentran arraigadas en la sociedad y que son contrarias a la dignidad humana⁸. El sentido entonces de la cláusula final de apertura sería el de evitar

⁶ AAVV (coord. Jesús Cruz Villalón) “Igualdad y no discriminación”, en AAVV (coord. Fermín Rodríguez-Sañudo y Fernando Elorza Guerrero), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 265.

⁷ Vid., STC 207/1987: “Este Tribunal ha declarado en forma reiterada que **existe una discriminación cuando dos casos substancialmente iguales son tratados de manera diferente sin razón bastante que justifique esa diferencia de trato**. El sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la Constitución”. Ejemplos de esa noción amplia del término en las SSTC 54/1995” [...] **una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos, de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo derecho fundamental**”, STC 144/1988 “[...] impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, **incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria**”, y 78/1990 “[...] no garantizó como hubiera debido hacer el principio constitucional de igualdad, en tanto que afirmó la conformidad con el ordenamiento de una resolución administrativa que **deparó una diferencia de trato carente de todo fundamento legal y, por lo tanto, y en los términos expuestos, discriminatoria**”. En el mismo sentido, GARCÍA MORILLO, J., en AAVV, *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 186: “Un **trato desigual basado en alguna de estas condiciones personales explícitamente enumeradas en el artículo 14 de la CE se convierte en sospechosa de ser discriminatoria**”, si bien reconoce en la práctica diferencias aplicativas entre las causas enunciadas expresamente y las desigualdades en general.

⁸ STC 128/1987, 153/1994, 173/1994; de manera especialmente clara, 27/2004 “La prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE representa un explícito rechazo de determinadas

la rigidez de los posibles factores de discriminación, ampliando la protección a nuevos supuestos de desigualdad contrarios a la dignidad que pudieran producirse en el futuro, si bien algunas de las definiciones de discriminación formuladas en el marco de esta perspectiva tienen la tendencia a poner a nuestro juicio demasiado énfasis en la tipificación expresa de la circunstancia odiosa⁹.

A pesar de las vacilaciones y la ocasional imprecisión terminológica, parece que nuestro Tribunal Constitucional se ha decantado por la segunda de las opciones, que estimamos más apropiada con una interpretación sistemática del texto constitucional y con las especialidades que ha ido adquiriendo en nuestro ordenamiento la tutela antidiscriminatoria con arreglo a una noción material o sustancial de igualdad. Señaladamente y desde una óptica de derecho sustantivo, los particulares no se encuentran estrictamente vinculados en su actuación por el principio de igualdad, pero sí por la prohibición de discriminación¹⁰.

Esta segunda acepción de discriminación por la que nos inclinamos, centrada en la perspectiva de las víctimas del trato desigual, implica asimismo que toda discriminación es “desfavorable”; así, la referencia a discriminaciones “favorables” en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores ha de ser entendida en el sentido de que toda preferencia por un colectivo supone la exclusión de otros, salvo que tenga precisamente por resultado la subsanación de una situación de desigualdad previa, como veremos posteriormente. No obstante lo anterior, el carácter desfavorable del resultado de la medida ha de ser considerado desde la perspectiva de la dignidad humana, de modo que medidas aparentemente “protectoras” pueden perpetuar la posición de inferioridad social de un colectivo determinado¹¹.

Esta opción por la consideración separada de la prohibición de discriminación respecto al principio de igualdad parece remitirnos, al menos en principio, a la definición de las causas. Así, la mención constitucional la “raza” no es un mero ejemplo de trato diferenciado irrazonable, sino que el hecho de que la discriminación se califique como “racial” implicará la aplicación de un régimen protector específico respecto a la defensa general del principio de igualdad. Parece razonable, por lo tanto, tratar de buscar un sentido preciso al término, que aparece invariablemente en los textos legales, internacionales y comunitarios como posible causa de discriminación, en ocasiones acompañado de otros vocablos conexos como el “color de la piel”, el “origen nacional”,

diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. En contraste con esa prohibición el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato”.

⁹ Vid. SSTC 153/1994: “La discriminación es, como se sabe, un tratamiento peyorativo del que son víctimas categorías de sujetos caracterizadas por la concurrencia en ellos de rasgos **expresamente rechazados por el legislador internacional o interno**, dada su naturaleza atentatoria a la dignidad de la persona humana; 173/1994, “[...] la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido **expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)**”.

¹⁰ Vid., SSTC 34/1984, 128/1987, 177/1988 y 108/1989, 2/1998, 74/1998, 119/2002, 39/2003. Así, un empleador tiene libertad para contratar a quien desee, para ejercer o no el poder disciplinario o para pactar diferencias salariales dentro de los límites marcados por el marco normativo, siempre que respete la prohibición de discriminación.

¹¹ Vid. SSTC 128/1987, 216/1991 y 229/1992.

la “etnia”, el “linaje”, la “lengua”, etc., y que ha sido utilizado a lo largo del tiempo con significados diferentes.

Nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua apunta básicamente dos conceptos; uno de ellos, de manera subjetiva y difusa, parece referirse genéricamente al origen: “*casta o calidad del origen o linaje*”; el otro parece más objetivo y preciso, tomado directamente de la ciencia biológica: “*cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia*”¹².

En la actualidad, la mayoría de los biólogos rechaza la aplicación de este concepto “científico” de “raza” a las subdivisiones humanas, debido a que los progresos de la genética han demostrado que las variaciones hereditarias entre distintas poblaciones percibidas como razas son absolutamente insignificantes comparadas con las que se producen en el seno de una misma comunidad, de modo que para la clasificación de las “razas” han de seleccionarse como relevantes determinados rasgos hereditarios en función de parámetros culturalmente condicionados. En cualquier caso, no nos interesa en el marco de este trabajo entrar en este debate, puesto que, si bien las nuevas tecnologías pueden traer en el futuro nuevas formas de discriminación basadas en el contenido real del material genético, el racismo –mucho más antiguo, obviamente que la investigación genética- no se basa necesariamente en la concurrencia objetiva de características hereditarias, sino que se refiere en muchos casos a cualidades imaginarias, físicas o no, atribuidas arbitrariamente a los miembros de una colectividad¹³.

Cabría plantearse si es posible construir la noción de “raza” a efectos de discriminación estrictamente con fundamento en los rasgos morfológicos hereditarios realmente concurrentes, de modo que los supuestos distintos (rasgos culturales o religiosos y atribuciones imaginarias) hubieran de remitirse a otros supuestos considerados de forma separada (religión o etnia)¹⁴. Basta preguntarse por el número exacto de “razas” humanas –entendidas como poblaciones que comparten unos caracteres físicos comunes de manera perceptible- para constatar la ambigüedad e

¹² Si bien hay que hacer constar que en la vigesimosegunda edición se suprime una definición anterior relativa a las “razas humanas” que distinguía por el color de la piel “y otros caracteres” (no señalados por el Diccionario) en raza “blanca, amarilla, cobriza y negra”. Los motivos de esta supresión hay que buscarlos en los problemas conceptuales que señalamos a continuación.

¹³ A modo de ejemplo, no existen en realidad entre los “judíos” rasgos físicos que los identifiquen claramente, de modo que incluso en momentos históricos en los que se confiaba en las clasificaciones raciales, se expresaba lo siguiente: “[...] *No es posible entrar en más detalles numéricos para probar la variabilidad de todas las restantes características somáticas en la mal llamada ‘raza judía’ [...] todo esto prueba que el pueblo judío presenta amplias variaciones y carece de unidad somática*”, COMAS, J., *Manual de Antropología Física*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, México, 1976, p. 180. Ello no impidió a los nazis configurar una supuesta “raza judía” para atribuirle imaginariamente características hereditarias, incluso morfológicas, aunque al mismo tiempo se les obligaba a ostentar en la ropa la Estrella de David para su identificación.

¹⁴ En sentido similar, se propone la raza como una subespecie que engloba las agresiones más incisivas de la discriminación étnica en, REY MARTÍNEZ, F., “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, Comunicación presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Disponible en Internet.

<<http://www.us.es/cidc/Ponencias/minorias/FernandoRey.pdf>> [consultado el 23-4-2004]. En nuestra opinión, no puede determinarse en abstracto que sean necesariamente más incisivas las diferencias de trato basadas estrictamente en rasgos físicos, sino que la intensidad del daño a la dignidad depende de una serie de factores más complejos.

indeterminación del concepto; no es posible definir o delimitar de manera objetiva un determinado número de “razas” sino que los rasgos que se tendrán en cuenta y la percepción de su concurrencia dependerán en cierta medida de la perspectiva del sujeto¹⁵. El hecho de que un “magrebi” o un “gitano” puedan ser identificados como tales debido a sus rasgos físicos y sufrir por ello discriminación no impide que esta identificación pueda atribuirse en un momento posterior y en relación a otras características del sujeto (como el nombre, la lengua hablada, la vestimenta, el acento, el comportamiento o su propia declaración) o que, al contrario, una persona inicialmente identificada como perteneciente a dichos colectivos por su apariencia física, pudiera ser del todo ajena a tales identificaciones¹⁶.

Siendo la consideración de la “raza” tan dependiente de parámetros subjetivos, no parece conveniente hacer una artificiosa separación entre las cuestiones morfológicas y culturales; lo trascendente es la percepción de una comunidad o pueblo como distinto o ajeno y en ello los rasgos físicos –más o menos reales o generalizables- cumplirían simplemente un papel de identificación¹⁷, de manera similar, aunque menos evidente a como se asignan estereotipos de género a los sexos biológicos. Ahora bien, el recurso a la “etnia” no soluciona en lo más mínimo el problema de la identificación de la causa de discriminación, puesto que resulta un concepto igualmente impreciso y ambiguo¹⁸, resultando tan infructuoso tratar de determinar el número exacto de etnias y culturas como pretenderlo con las “razas” concebidas desde el punto de vista de los caracteres físicos. Los “grupos étnicos” no son compartimentos estancos, realidades objetivas, “puras” y claramente separables por las fronteras del concepto, sino simples categorías que se utilizan para orientarse en una realidad cultural y grupal compleja; el concepto de “etnia” aparece precisamente como rasgo identificativo en un momento histórico en el que distintos rasgos culturales de orígenes diversos se encuentran en contacto y por esta

¹⁵ “Cuando los antropólogos conocían solo unos cuantos caracteres descriptivos y métricos era factible una sistemática racial más o menos rígida, pero cuando el número de los rasgos raciales se incrementó, se llegó a la conclusión de que las diferencias interraciales no eran tajantes sino que su distribución se presentaba de forma gradativa, clinal. Hoy, a los antropólogos lo que les preocupa no es definir y ordenar los grupos humanos, porque se han percatado de que toda clasificación es arbitraria, incompleta y confusa, sino conocer las causas de su variabilidad.”, VALLS, A., *Introducción a la Antropología: fundamentos de la evolución y de la variabilidad biológica del hombre*, Labor, Barcelona, 1980, p.507.

¹⁶ Esta relación inseparable entre lo racial y lo étnico queda patente en la derogada *Population Registration Act* de Sudáfrica (1950) en la que para definir las tres razas a efectos de segregación (White, Coloured, Black) se acude ineludiblemente a cuestiones culturales, de manera que será “White person” aquel que “[...] in appearance is obviously a White person who is generally not accepted as a Coloured person; or is generally accepted as a White person and is not in appearance obviously not a White person”.

¹⁷ Vid., WEBER, M., *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva.*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, pp. 315 y ss “Ahora bien: esta clase de repulsión no es privativa de los grupos antropológicos entre sí y tampoco su intensidad se mide por el grado de distancia antropológica; tampoco está vinculada de modo eminente a caracteres hereditarios diferentes, sino también a otras diferencias chocantes del hábito exterior [...] No sólo el hecho de que se tenga en cuenta el lazo de sangre, sino también el grado en que se tiene en cuenta, se halla codeterminado por factores distintos de la mera afinidad racial objetiva”.

¹⁸ Ibid. p. 317 “La fuerza universal de la ‘imitación’ actúa en general en el sentido de hacer cambiar gradualmente, de un lugar a otro, los usos tradicionales, de la misma manera que cambian los tipos antropológicos en virtud de la mezcla de razas”. p. 324, “Se acabaría así por arrojar seguramente por la borda el concepto global ‘étnico’. Pues es un término genérico completamente inoperante para toda investigación rigurosamente exacta.”

razón existe un mayor o menor grado de mezcolanza¹⁹. Así por ejemplo, un trabajador de origen africano podría resultar discriminado en una empresa “étnica” por percibirse como excesivamente asimilado a la cultura dominante y al mismo tiempo en una empresa típica por identificarse como perteneciente a una cultura ajena (siempre con independencia de la propia percepción del individuo acerca de su identidad étnica). En nuestro país el nivel de complejidad de las identidades culturales es aún relativamente bajo (salvo quizás en la caracterización de los "gitanos" tras siglos de mestizaje genético y cultural, o en el sentido de pertenencia a las identidades relativas a las Comunidades Autónomas), pero la identificación de las etnias resulta progresivamente más difícil con la segunda y tercera generación de inmigrantes, no sólo por la influencia de la cultura dominante, sino también por la mezcla entre culturas minoritarias en una sociedad plural.

De todo ello podríamos extraer dos conclusiones: de un lado, las categorías étnicas no son conceptos que puedan aplicarse fácilmente con la precisión que el Derecho requiere²⁰; de otro lado la determinación de la “raza” o “etnia” como categorías abstractas alrededor de determinados rasgos físicos o culturales está estrechamente relacionada con la construcción de la identidad personal y grupal²¹.

3. La raza como “género”

Éste énfasis en la construcción de la identidad a través de categorías étnicas puede proporcionarnos la clave para una reconstrucción del término “raza” de los textos normativos, una vez se ha constatado que resulta estéril tratar de individualizar exactamente a las distintas “razas”, así como separar estrictamente los caracteres físicos de los culturales y a los imaginarios de los reales. Resulta interesante traer a colación la teoría de la identidad social²², formulada a partir de un conocido experimento de cuyos resultados se desprende que la mera pertenencia a un grupo, incluso de composición aleatoria y manifiestamente arbitraria generaba conductas discriminatorias en favor del endogrupo y en contra del exogrupo, en este último caso incluso aunque la pérdida de éste no implicara ganancia para el primero (de modo que las “discriminaciones” no se atribúan tanto a las ganancias obtenidas como a las comparaciones derivadas de las

¹⁹ “[...] el rango ontológico de las etnias en tanto que grupos no debe encapsularse rigidamente entre unos límites prefijados, pues la identidad étnica que suministra un determinado sentimiento de pertenencia es algo consustancialmente problemático, al ser constantemente producido y reproducido en las interacciones de la vida cotidiana.” TERRÉN, E. “La etnicidad y sus formas: aproximación a un modelo complejo de la pertenencia étnica”. *Papers* 66, 2002, p.

²⁰ Acerca de los problemas para la aplicación estricta del término “gitano” de la legislación británica sobre transeúntes, Vid. SANDLAND, R., “The Real, the Simulacrum, and the Construction of ‘Gypsy’ in Law”, *Journal of Law and Society*, 23 (3), pp. 383-405, 1996; la conclusión del autor, expresada de un modo excesivamente radical a nuestro juicio, resulta, sin embargo, sugerente: el concepto de “gitano” en el Reino Unido termina resultando una expresión destinada a materializar los sentimientos ambivalentes que la población sedentaria tiene acerca de su propia identidad mediante la definición del “otro”.

²¹ “Llamaremos ‘grupos étnicos’ a aquellos grupos humanos que, fundándose en la semejanza del hábito exterior y de las costumbres, o de ambos a la vez, o en recuerdos de colonización y migración, abrigan una creencia subjetiva en una procedencia común, de tal suerte que la creencia es importante para la ampliación de las comunidades”, WEBER, M., *Op. Cit.*, p. 318. Vid. Asimismo, TERRÉN, E., *Op. Cit.*, pp. 46-48.

²² TAJFEL, H., TURNER, J.F., “La teoría de la identidad social de la conducta intergrupal”, en *Lecturas de Psicología social*, UNED, Madrid, 2002. Otras explicaciones parciales del prejuicio son las que se refieren a la competencia por los recursos escasos, el aprendizaje y el uso del estereotipo como “atajo cognitivo”; Vid., una aproximación en BARON, R.A. y BYRNE, D., *Psicología Social*, Prentice Hall, 8ª Edición, Madrid, 2002, pp. 234-253.

diferencias de ganancias). De acuerdo con esta teoría, los individuos utilizan categorizaciones para construir su identidad social, concibiéndose como miembros de diversos grupos; la identificación con el grupo se establece frecuentemente por medio de comparaciones, positivas o negativas, con los grupos percibidos como distintos, de modo que la conducta discriminatoria, en parte se explica desde un punto de vista psicológico por la necesidad de obtener una identidad social positiva, siendo los elementos introducidos para separar los grupos relativamente irrelevantes²³.

Ahora bien, la discriminación no es exclusivamente un fenómeno psicológico sino también social; como es sabido, a efectos de identificar una conducta como discriminatoria resulta irrelevante el proceso psicológico del sujeto. Esto es así porque los prejuicios formulados acerca de los grupos se institucionalizan, generando y justificando situaciones de desigualdad que se aplican con independencia de la necesidad individual de obtener una identidad social positiva. Es por ello que nos parece oportuno complementar la teoría de la identidad social con la teoría del género que se ha formulado básicamente en lo que refiere a la distinción entre sexos. El “género” estaría constituido por el conjunto de estereotipos y roles sociales que las distintas culturas asignan de manera contingente a cada sexo biológico para definir la identidad de un sujeto en el seno de una determinada sociedad²⁴.

La palabra “género” se aplica en castellano, sin embargo, a cualquier conjunto de cosas con caracteres comunes, y “generalizar” significa abstraer lo que es común a muchas cosas para extraer un concepto que las incluya a todas²⁵.

Si aplicamos esta noción más amplia de “género” a las distintas causas de discriminación, lo que caracterizaría a éstas respecto a la mera desigualdad injustificada es que en el primer caso el trato desigual afecta a las personas por razón de su adscripción a un determinado “género” o categoría social (preferimos no obstante el segundo de los términos para evitar confusiones y porque es el utilizado por el artículo 14 de la Constitución). Esta adscripción no es ni mucho menos objetiva, sino, por su propia naturaleza, contingente, de modo que resulta estéril tratar de concebir una definición estática de cada categoría; de hecho, con arreglo a la citada teoría de la identidad social, los caracteres que definen al grupo son relativamente irrelevantes a la hora de generar posibles discriminaciones. Ni siquiera es necesario que el sujeto discriminado se identifique con la categoría a la que ha sido adscrito. Mediante el acto discriminatorio a veces se impone al sujeto una categoría social indeseada, o bien se atribuye un contenido y significado arbitrarios a una categoría deseada, de modo que no

²³ TAJFEL, H., TURNER, J.F, *Op. Cit.*, pp. 239-240; “Las categorizaciones sociales están concebidas aquí como instrumentos cognitivos que segmentan, clasifican y ordenan el ambiente social [...] proporcionan también un sistema de orientación para la autorreferencia: crean y definen el lugar del individuo en la sociedad. Los grupos sociales, entendidos en este sentido, proporcionan a sus miembros una identificación de sí mismos en términos sociales. Estas identificaciones son en gran medida relacionales y comparativas [...] No todas las diferencias entre los grupos tienen un significado evaluativo [...] y aquellas que lo tienen, varían de un grupo al otro. El color de la piel, por ejemplo, es aparentemente un atributo más saliente en los Estados Unidos de Norteamérica que en Hong Kong (Morland, 1969); el lenguaje parece ser una dimensión especialmente saliente de la identidad separada en el Canadá francés, en Gales y en Bélgica [...]

²⁴ El término “género” aparece con este significado en la antropología feminista de los años 70; sobre su tematización, Vid., MOLINA PETIT, C., “Debates sobre el género”, en AAVV (ed. Celia Amorós), *Feminismo y filosofía*, Síntesis, Madrid, 2000.

²⁵ Curiosamente, el origen latino de la palabra: *genus*, *generis*, remite entre sus significados a la raza y al “origen”, derivando del verbo *generare* (generar).

sólo se vulnera el principio de igualdad (valor superior del ordenamiento jurídico), sino también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (fundamentos del orden político de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución), agrediendo a su propio proceso de construcción de identidad social.

En este contexto, resulta a veces muy difícil, y frecuentemente irrelevante establecer distinciones muy marcadas entre las distintas "causas de discriminación" previstas en la Constitución u otras normas; en principio, las causas son simplemente categorías sociales típicas que pudieran configurarse -de ahí la enumeración abierta en el texto constitucional- cuyo contenido puede ir variando conforme se modifica la percepción de lo que cada categoría significa, y que sirven de orientación para determinar que alguien ha sido discriminado²⁶. De hecho es muy posible que las causas aparezcan mezcladas en un único acto discriminatorio; por ejemplo, si se extingue el contrato durante el período de prueba de una trabajadora al averiguar el empresario que es de origen marroquí porque "las mujeres musulmanas están oprimidas por los varones y no tienen iniciativa propia, cualidad muy importante para este puesto de trabajo" se está produciendo una discriminación religiosa (sea o no la mujer realmente de religión musulmana), pero también étnica porque en este caso el prejuicio cultural está indisolublemente ligado al religioso (que se ha unido automáticamente al origen nacional), y por último, una discriminación por razón de género (sexual), dado que se enmarca obligatoriamente a la trabajadora en determinados estereotipos sexuales, si bien atribuidos a una cultura que se define como distinta.

En lo que refiere a la configuración de la categoría "raza", hemos de optar por tanto por una noción amplia y en cierto modo ambigua cuya precisión no es del todo necesaria; se trataría de un concepto funcional cuyo objeto sería tratar de afrontar las cuestiones problemáticas que nos planteábamos anteriormente. Así podríamos decir que la "raza" es la categoría social que identifica a los sujetos por razón de su comunidad de origen, real o imaginaria; podríamos definir entonces la "discriminación racial" como el trato desigual y contrario a la dignidad humana que se proporciona a las personas por razón de su adscripción en abstracto a una categoría social basada en su supuesta comunidad de origen.

4. Consecuencias jurídicas del concepto propuesto

De acuerdo con lo anterior, la diferencia de trato derivada de una categoría personal o social, en este caso, la motivada en el origen del trabajador (caracterizado en base a diversos rasgos identificativos como el color de la piel, otros rasgos físicos que se relacionen con un origen determinado, el país o comunidad autónoma de origen, etc) constituye una discriminación directa²⁷; por ejemplo, la eventual preferencia por la

²⁶ En ocasiones es útil distinguir entre causas en atención a razones distintas de la configuración de la categoría, debido a determinadas especialidades de cada causa; por ejemplo, la distinción entre sexos divide a la población en dos mitades casi idénticas, hecho que tiene bastante relevancia, tanto en lo que refiere a los datos estadísticos, como en la incidencia cuantitativa de la discriminación. Otro ejemplo podría ser el de las causas de discriminación que se conectan con otros derechos fundamentales (libertad ideológica y religiosa) que tienen su propio contenido, regulación e interpretación jurisprudencial, si bien las categorizaciones religiosas se mezclan continuamente con las raciales y muchas veces no están estrictamente relacionadas con el ejercicio de la libertad puesto que la víctima de ellas no siempre pretende ejercerla.

²⁷ En este sentido, el artículo 2.2. a) de la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio "*existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos*

contratación de extranjeros latinoamericanos frente a los africanos porque “su cultura es más parecida a la nuestra y se adaptan mejor”; lógicamente, no es necesario que el prejuicio constituya una valoración personal negativa o positiva de los sujetos por parte del empleador, de modo que también resultaría discriminatorio pagar menos a los extranjeros porque "los inmigrantes piden (o necesitan) menos dinero" o excluir de la contratación a un gitano porque "la gente es muy racista y daría mala impresión". Tampoco es necesario que se formule conscientemente el prejuicio: la mera introducción del origen nacional en el modelo de oferta genérica para la cobertura del contingente de trabajadores extranjeros constituye una diferencia de trato basada en la adscripción de la persona a un grupo genérico.

Si la "generalización" o motivación discriminatoria no resulta evidente, aduciéndose de manera fraudulenta o inconsciente cualquier otra razón, nos encontraremos con una discriminación directa y oculta, aplicándose las reglas normales de traslado de la carga de la prueba con aportación de indicios; en el marco de esta aportación de indicios el demandante tendría que "configurar la categoría" o las categorías que en su opinión han fundamentado la diferencia de trato, utilizando diversos rasgos identificativos, lo cual en muchos casos no resulta difícil, pero como hemos señalado, no siempre lo es en el marco de una sociedad de complejidad étnica creciente (y en todo caso siempre es más difícil que la configuración del "género" sexual).

Si el fundamento de la diferencia de trato es una circunstancia concreta, ajena en principio a cualquier categoría social y verificada en el plano de los hechos, entonces no existirá discriminación directa; por ejemplo, si un trabajador es despedido por su impuntualidad reiterada no podrá aducir que la sanción empresarial contraviene las costumbres de su país: la diferencia de trato se ha producido en base a una circunstancia concreta y no a la pertenencia a una categoría –ya que la circunstancia no opera como rasgo identificativo del género-, a pesar de que no es "culturalmente neutra", como de hecho no lo es ninguna regulación posible. Ahora bien, si la aplicación del trato diverso por razón de una de estas circunstancias concretas genera resultados desiguales para una etnia o raza determinada, el demandado deberá demostrar que la distinción jurídica basada en dicha circunstancia es objetiva y razonable, fundada en una finalidad legítima ajena al origen racial o étnico de los destinatarios, y además resulta adecuada y necesaria, o de otro modo nos encontraremos ante un supuesto de discriminación indirecta²⁸; a tal efecto, será necesario, una vez más, "configurar la categoría", es decir,

favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”; Artículo 28.1 b) de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre: “Discriminación directa: cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”

²⁸ Vid. art. 2.2. b) de la Directiva 2000/43/CE “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios”. En el mismo sentido, el artículo 28.1 c) de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre: “Discriminación indirecta: cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta

hacer un ejercicio de "generalización" por parte del demandante utilizando determinados rasgos identificativos para poder argumentar que la diferencia de trato afecta a una categoría determinada. Por ejemplo, el artículo 71.2 del Reglamento de Extranjería considera la función de Alta Dirección como "puesto de confianza" a efectos de no consideración de la situación nacional de empleo para la concesión del permiso de trabajo, pero no hace lo mismo con el servicio doméstico. Esta diferenciación no sólo genera un impacto adverso de género "sexual" (los directivos suelen ser varones y el personal al servicio del hogar suele estar compuesto por mujeres), sino que también afecta a categorías étnicas, dado que los directivos extranjeros provienen generalmente de orígenes nacionales distintos a los trabajadores extranjeros al servicio del hogar familiar debido al sistema de estratificación social mundial. La constitucionalidad de este aspecto del Reglamento depende por tanto de que pueda argumentarse una finalidad objetiva y legítima (por ejemplo la mayor vulnerabilidad de los trabajadores nacionales, comunitarios o extranjeros residentes que desempeñan este tipo de empleos respecto de los directivos) y de que la propia diferenciación sea adecuada y necesaria para responder a esa finalidad²⁹.

Desde una perspectiva más completa de la función social de la norma, considerando no solo los aspectos "patológicos" (identificación de supuestos de discriminación en sede judicial) sino también su carácter preventivo, entendemos que el concepto que proponemos implica una opción de *lege ferenda* porque las futuras normas antidiscriminatorias enfatizan la prohibición de trato diferenciado basado en cualquier tipo de generalización frente a la pretensión de hacer enumeraciones exhaustivas. Estas enumeraciones son útiles y válidas en segundo término, como ejemplos que ayudan a configurar las categorías, pero no generan más que confusión si se confunden con el propio concepto de discriminación, además de facilitar la fuga del prejuicio (en nuestro caso, la fuga del sentimiento racista) hacia nuevas categorizaciones que socialmente no estén mal consideradas en ese proceso constante de adscripción a grupos para conseguir una "identidad social positiva". La claridad en el enunciado de la prohibición facilita su cumplimiento e interiorización por parte de los sujetos destinatarios de la norma³⁰.

finalidad no sean adecuados y necesarios". Adviértase la deficiente definición de discriminación indirecta en el artículo 23.2 e) la Ley Orgánica de Extranjería: "*Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad*".

²⁹ Lo que podría ponerse en duda en un contexto en el que, no habiendo personas suficientes para cubrir estos puestos, la práctica administrativa rechaza las ofertas de empleo incluso existiendo certificados negativos del INEM en base a una genérica "situación nacional de empleo".

³⁰ Nos parece que es ejemplo claro de esta confusión en la redacción debido al inútil intento de abarcar todas las categorías sociales posibles el artículo 17.1 del Estatuto de los trabajadores: "*Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.*"; de manera menos llamativa, el artículo 28.1 a) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre: "*Principio de igualdad de trato: la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona*".

Volviendo a los aspectos relacionados con la identificación de conductas discriminatorias consideramos necesario profundizar en las consecuencias jurídicas del concepto que proponemos en dos aspectos concretos: la configuración de las categorías raciales y la justificación de la distinción directa.

a) La configuración de las categorías raciales

Establecida en términos generales y a efectos preventivos la prohibición de trato diverso por la adscripción abstracta del sujeto a “géneros” o categorías relacionadas con su origen real o imaginario, las distintas categorías que pudieran formularse no son más que conceptos elásticos, funcionales, que se construyen mediante la argumentación en el momento en que se alega la existencia de una discriminación directa y oculta o indirecta, como mecanismo de defensa frente a las categorías generadas por la realidad social, lo cual no ocurre de manera tan patente en la discriminación por razón de sexo. Para construir la categoría es necesario, además de seleccionar determinados rasgos identificativos, precisar un término de comparación, de modo que generalmente cada categoría “perjudicada” tiene su opuesta “beneficiada” por el trato diverso que se impugna: gitano/payo, negro/blanco, magrebi/español, africano/europeo, minorías étnicas/mayoría étnica, origen extranjero/origen español, etc; generalmente a una de estas categorías corresponde siempre el papel inferior y a otra el superior, pero a veces la asignación de roles depende del contexto (como podría ocurrir respecto de los diversos orígenes nacionales minoritarios entre sí o de las distintas identidades étnicas relativas a los territorios del Estado español).

Como puede observarse en los ejemplos aportados los criterios utilizados para construir cada categoría –que hemos llamado “rasgos identificativos”- son distintos y variables, combinándose a veces entre sí (orígenes nacionales, color de la piel, identidades históricas, etc.); de hecho, estas categorías sólo pueden construirse en cada caso concreto, porque a veces el contexto determina intensamente el significado de los “géneros” utilizados: así, un “moro” como categoría social puede ser una persona natural de África septentrional fronteriza con España, un árabe, cualquier persona que provenga de países de mayoría musulmana con independencia de si profesa esta religión, cualquier musulmán, o una categoría compleja formada por todos los musulmanes excepto aquellos que se identifican como “negros” o “amarillos”, dependiendo de las circunstancias; la configuración de la categoría a efectos de tutela jurídica deberá ser igualmente flexible para adaptarse a cada supuesto. Asimismo, la menor o mayor amplitud de cada categoría se define también en función del contexto (desde la posible discriminación entre personas que provienen de dos concretas tribus africanas que comparten el mismo espacio geográfico hasta la genérica dicotomía entre minorías/mayoría).

Estas categorías raciales presentan una relación compleja con las categorías jurídicas, cuya finalidad es precisamente, la diferencia de trato, pudiendo actuar unas en relación a otras de modo diverso. Una primera posibilidad es que dichas categorías jurídicas asuman como propias las categorías sociales preexistentes, legitimando o prescribiendo la adscripción de una persona a un “género” social abstracto; en tal caso se estará consagrando una discriminación directa en el plano normativo. En el caso de

que la calificación jurídica sea formalmente neutra y se derive de razones objetivas nos encontraremos ante lo que hemos llamado una “circunstancia concreta, ajena en principio a cualquier categoría social y verificada en el plano de los hechos”; si esta caracterización, a pesar de su neutralidad formal genera un impacto desfavorable sobre categorías raciales, entonces podrá constituir discriminación indirecta si la medida no cumple los requisitos de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Ejemplos significativos de categorías jurídicas con relevancia racial son la “nacionalidad” y la condición de “extranjero en situación irregular”. Ambas son circunstancias objetivas, formalmente neutras³¹ que por su propia naturaleza implican regímenes jurídicos diferenciados pero que generan un impacto desfavorable sobre categorías raciales posibles.

De manera especialmente clara, la nacionalidad se conecta íntimamente con el “origen nacional”, circunstancia englobada en el término más genérico de “raza” y mencionada en diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos; cuestión distinta es la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad establecida en Tratados Internacionales –o en el Derecho Comunitario derivado- que no se fundamenta en ninguna categoría personal o social a las que se refiere el artículo 14 de la Constitución, sino en el dato jurídico de la nacionalidad, que determina la aplicación del Tratado correspondiente, con independencia de que pudieran alegarse al mismo tiempo ambas causas de discriminación. También el criterio de residencia legal podría configurar la línea de separación entre extranjeros “aceptables” o “integrados” e “inaceptables” o “peligrosos”³², produciendo generalizaciones que pudieran ir más allá de la necesidad de diferenciación jurídica, negando a los irregulares derechos que son inherentes a la condición humana. En estos casos de categorías neutras con impacto racial sería preciso examinar por separado cada una de las distinciones que se produzcan por razón de estas circunstancias para ver si concurren los requisitos para que la diferencia de trato resulte legítima³³.

³¹ En principio, puede acceder al status de “nacional español” o de “extranjero en situación regular” cualquier persona que cumpla los requisitos establecidos por la Ley, con independencia de su origen racial o étnico. Cuestión distinta es la posibilidad de que alguno de estos requisitos legales pueda producir a su vez algún tipo de discriminación (a modo de hipótesis, podrían ser “sospechosas” de discriminación las diferencias que se establecen para la adquisición de la nacionalidad española por residencia en función del país de nacimiento o la consideración étnica de “sefardí”), cuyo examen riguroso está más allá de lo pretendido por este trabajo.

³² No es infrecuente que en el pensamiento racista se abran moderadamente las puertas de la integración con la mayoría a un cierto número, grande o pequeño, de miembros del colectivo discriminado, canalizando el sentimiento racista hacia los “otros”, es decir, aquellos que no cumplen las condiciones exigidas por la mayoría. Así, puede haber personas que, a pesar de su desprecio genérico hacia los gitanos o magrebíes afirmen que “algunos son normales” o que “algunos son buenos”; incluso durante el estricto régimen nazi, había judíos colaboracionistas con “certificados de raza pura”. Sin este entendimiento flexible de las categorías raciales quedarían sin identificar supuestos discriminatorios en los que el empleador, por ejemplo, contratara a un gitano que considera “normal” y discriminara a otro por identificarlo con el “modo de vida” que identifica como gitano.

³³ Tal es el sentido, a nuestro juicio del artículo 3.2. de la Directiva 2000/43/CE “*La presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y los apátridas*”; en nuestra opinión ello no implica que la mera alegación de la nacionalidad suponga la inaplicación del régimen de la Directiva, sino más bien que la nacionalidad es en principio una causa posible de diferenciación, al contrario que el origen nacional.

Todo esto ha de entenderse referido al caso de que las categorías jurídicas sean utilizadas por la norma porque cuando son los particulares los que hacen uso de ellas al margen de lo previsto en las propias normas es porque aquéllas se han convertido en “géneros” o categorías sociales, o mejor dicho, en los rasgos identificativos del género, dado que las normas contribuyen a configurar los valores sociales. Por ejemplo, esta identificación de los extranjeros en situación irregular como “inaceptables” podría eventualmente generar situaciones de acoso moral en el trabajo en ningún caso permitidas por la norma jurídica que tomara como víctimas exclusivamente a aquellos extranjeros que están trabajando sin permiso; en este caso el acoso sería discriminatorio y la discriminación sería directa, no indirecta; del mismo modo, un empresario podría aprovecharse de la vulnerabilidad de los trabajadores en situación irregular y pagarles un salario inferior al de los españoles o extranjeros residentes legales (lo que evidentemente tampoco permite la norma diferenciadora) y que constituiría igualmente un acto directamente discriminatorio por motivos raciales. Esta posible utilización del dato jurídico como “rasgo identificativo del género” es la razón que justifica, en nuestra opinión, el uso reiterado del término “nacionalidad” en el artículo 23.2 de la Ley de Extranjería, referido a discriminaciones posibles.

b) La justificación de la distinción

No vamos a ocuparnos aquí del examen del juicio de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación y necesidad que debe llevarse a cabo ante posibles discriminaciones indirectas, que resulta sumamente complejo (entre otras cosas por incluir conceptos jurídicos indeterminados que podrían estar étnicamente condicionados) y requeriría un estudio más detallado que excedería los límites de este trabajo, dedicado simplemente a considerar las consecuencias de un concepto de discriminación racial basado en la consideración de las causas del artículo 14 como géneros sociales. Sin embargo, entendemos que esta aproximación al concepto de discriminación racial no puede quedar completa sin analizar los supuestos en los que la distinción directa se considera justificada (y por tanto no discriminatoria) y que por tanto definen “en negativo” el supuesto de discriminación.

Desde la consideración de las causas de discriminación establecidas en el artículo 14 como ejemplos de desigualdades irrazonables podría permitirse, aunque fuera en casos excepcionales y sometidos a “escrutinio estricto” la aportación de razones que fundamentaran determinadas distinciones directas motivadas en las causas señaladas expresamente, posibilidad admitida por el Tribunal Constitucional en varias sentencias³⁴. No obstante, el concepto de discriminación racial que hemos propuesto nos obliga a tratar estos supuestos desde otra perspectiva. Si la discriminación racial es el trato desigual contrario a la dignidad humana que implica una generalización relativa a la comunidad de origen dejarán ser discriminatorias aquellas conductas que no impliquen una generalización, que no impliquen un trato desigual o que no sean contrarias a la dignidad humana.

En lo que refiere al primer supuesto, sucede que en algunas distinciones, donde aparentemente hay una categoría racial, no hay un género, sino lo que hemos denominado una “circunstancia concreta, ajena en principio a cualquier categoría social

³⁴ Vid. SSTC 81/1982, 49/1990, 145/1991 y 229/1992.

y verificada en el plano de los hechos”. Así, del mismo modo que no constituye una discriminación por razón de género la consideración del riesgo por embarazo de la mujer trabajadora, sino simplemente un tratamiento diferenciado en relación al sexo biológico plenamente admisible³⁵, tampoco constituiría en realidad una distinción racial aquella en la que el color de la piel o la estructura del esqueleto tuvieran por alguna razón relevancia jurídica directa y no como rasgos identificativos del género, puesto que la raza no es ni el color de la piel ni la estructura del esqueleto, sino una construcción social. En nuestra opinión a esta eventualidad se refiere el artículo 4 de la Directiva 2000/43, cuando establece “[...] los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una **característica relacionada con el origen racial o étnico** no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”³⁶. Debe advertirse que la norma no se refiere al origen racial en sí mismo considerado sino a alguna característica relacionada con éste; puesto que la causa de discriminación es en realidad el “género” o “categoría”, la distinción conforme a estas características que tienen impacto racial termina remitiéndonos a la técnica de la discriminación indirecta, de ahí las referencias al objetivo legítimo y al requisito proporcionado.

Un ejemplo de lo enunciado podría ser la lengua, institución cultural que como tal está plenamente relacionada con la etnia (y a veces se constituye incluso en criterio prioritario de definición étnica, como ocurre en Bélgica) y que incluso tiene una dimensión absolutamente imprescindible en el libre desarrollo de la personalidad; no obstante, en ocasiones, dominar determinada lengua constituye un requisito profesional esencial y determinante; su conocimiento, por tanto, puede exigirse en determinados supuestos³⁷, pero no la identificación étnica que pudiera derivarse de su uso. A nuestro juicio esta perspectiva que proponemos facilita la identificación de supuestos discriminatorios en estos casos, si bien no soluciona todos los problemas posibles, dado que a veces será difícil determinar si existe una conexión directa entre la circunstancia y el requisito profesional o si por el contrario se trata de una generalización construida socialmente que permanece oculta.

El segundo supuesto de exclusión sería el de las actuaciones que no supusiesen en realidad un trato desigual; tal es el caso de la “acción positiva” no desfavorable para

³⁵ Con esta afirmación no nos oponemos a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual constituirá discriminación el trato peyorativo fundado “[...] en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca [...] Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres” [Vid., por ejemplo, SSTC 17/2003, 41/2002, 20/2001, 240/1999]. En general, estos casos se refieren al embarazo como causa de despido, extinción contractual o no renovación de contrato temporal, circunstancias en la que no se tiene en consideración este embarazo como mero hecho biológico, sino precisamente como “rasgo identificativo” del género.

³⁶ Manifiesta su preocupación por que esta cláusula se utilice de manera abusiva, GÓMEZ MUÑOZ, J.M. “La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales. A propósito de la Directiva 2000/43/CE”, en *Temas Laborales*, nº 59, pp. 81-82.

³⁷ Vid., en relación con el principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad, la STJCE Angonesse, 6-6-2000 (C-281/98). En este caso, lo que se consideró discriminatorio no fue la exigencia de dominio de una lengua, sino el hecho de que este conocimiento sólo podía acreditarse mediante un certificado determinado.

ningún colectivo. En estos casos, no obstante, habría que tener en cuenta el hecho de que la raza es una construcción social, de modo que no se impusiera al destinatario en contra de su propia identificación la adscripción a una u otra raza, cultura o etnia en contra por tanto de su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad.

El tercer supuesto de exclusión sería la circunstancia de que el trato desigual no afectara a la dignidad humana; como señalamos anteriormente la prohibición expresa de discriminación se distingue del principio general de igualdad en base a las exigencias de igualdad sustancial y dignidad humana, con objeto de eliminar situaciones de desigualdad existentes en la sociedad, que se encuentran históricamente arraigadas o, en un sentido más dinámico y abierto, que se encuentran presentes como construcción social en un contexto determinado. Es por ello que no sólo son legítimas, sino que incluso pueden resultar una exigencia del artículo 9.2 de la Constitución determinadas medidas de “distinción positiva”³⁸ que introduzcan un trato formalmente desigual para producir un resultado material de igualdad. La discriminación se produce donde existe un resultado desfavorable (que es lo que genera el atentado a la dignidad humana) de manera que si no existe resultado desfavorable porque el trato formalmente desigual ha equilibrado una situación diferenciada de partida, no se ha producido un trato discriminatorio.

Aún estando esta cuestión clara en sede teórica hemos de indicar que la aplicación de las técnicas de distinción positiva como instrumentos de lucha contra la discriminación racial plantea una serie de problemas prácticos que, sin impedir que estos mecanismos puedan ser posibles, aconsejan cautela en su eventual implantación:

-Aunque resulta apropiado que los grupos históricamente discriminados refuercen su identidad grupal para organizarse en la lucha contra su situación de desventaja, la consagración de estos “géneros” en el plano normativo implica utilizar el mismo mecanismo de “generalización” presente en los actos discriminatorios, pudiendo contribuir a la consolidación de categorías no necesariamente deseadas por los destinatarios, en un contexto de construcción compleja de la identidad social³⁹.

³⁸ Vid., en particular, STC 259/1994 sobre cuotas de minusválidos. Acerca de los límites de la acción positiva en la política de preferencias en la contratación resulta interesante examinar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en interpretación del artículo 2.4 de la Directiva 76/207, de redacción muy similar al artículo 5 de la Directiva 2000/43; Vid. SSTJCE Kalanke, 17-10-1995 (C-450/95); Marschall, 11-11-1997 (C-409/95); Badeck, 28-3-2000 (C-158/97), Abrahamson, 6-7-2000 (C-407/98). El principio general es que las preferencias en la contratación como instrumentos de acción positiva entre personas de mérito equivalente no son contrarias a la igualdad de trato siempre que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones de naturaleza personal de todos los candidatos (lo que nos remite, en la terminología que venimos utilizando, a la no “generalización” del candidato preterido). Sobre otras distinciones positivas, Vid., SSTJCE Abdoulaye, 16-9-1999 (C-218/98) y Lommers, 19-3-2002 (C-476/99). En el plano legislativo, en desarrollo de las correspondientes Directivas comunitarias, el artículo 35 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre establece: *“Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección”*.

³⁹ Vid., LACEY, N., “From Individual to Group?”, *Op. Cit.*, p. 115 “[...] groups rights would empower groups of people who experience a common socio-economic or educational disadvantage which is structured along racial, ethnic, gender or religious lines to assert themselves an the patterned nature nature of their disadvantage.” p. 117. *“A more serious problem for the notion of groups rights seems to be the fact of fragmentation and diversity of individual and group identity. People in any social world are*

-Sin que pueda afirmarse en términos absolutos, la categorización que parece más respetuosa con el principio de igualdad a la hora de constituir posibles distinciones habría de ser la de “minorías/mayoría”, puesto que otras opciones podrían terminar generando impactos desfavorables en colectivos étnicos distintos del que se pretendía favorecer. En determinados contextos y momentos históricos pueden aparecer situaciones especialmente relevantes desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo que merezcan un trato especial (como sucede seguramente con la categoría negro/blanco en EEUU), pero incluso en estos supuestos no puede perderse de vista la situación de otras minorías y el impacto de la medida sobre éstas.

-La configuración de las categorías raciales presenta algunos problemas técnicos, puesto que la norma exigiría normalmente una definición precisa que podría excluir a sujetos que se consideran incluidos en ella o incluir a sujetos que se consideran excluidos (adscribiéndose al individuo a categorías ajenas a su propia identidad, en perjuicio de su dignidad) o que materialmente no se encuentran en situaciones de desigualdad y se pudieran beneficiar de la “generalización” de la norma. Si se establece una preferencia en la contratación por los “gitanos”, habría de definirse exactamente qué es un “gitano” a efectos de dicha distinción; si la preferencia es por las “minorías” habrá que determinar en qué condiciones una persona forma parte de una “minoría”. En este mecanismo de configuración de las categorías existe un peligro permanente de terminar incluyendo en el ámbito de la acción positiva a los colectivos que en un momento determinado son “aceptados”, generando la exclusión de grupos y personas olvidados por la norma.

-La determinación del grado de infrarrepresentación de las minorías étnicas en el mercado de trabajo en general o en determinados sectores y profesiones, o en general su grado de integración social resulta más difícil de evaluar rigurosamente que la desigualdad de otros grupos, en especial, de las mujeres. La distinción de sexos divide a la población prácticamente por la mitad y de manera más o menos homogénea por territorios, mientras que las divisiones étnicas se refieren a grupos minoritarios de definición imprecisa y dependiente de valoraciones subjetivas que se encuentran extendidos desigualmente por el territorio del Estado.

5. Recapitulación

Hemos definido la discriminación racial como el trato desfavorable y contrario a la dignidad humana que se proporciona a los individuos por razón de su adscripción, deseada o indeseada a un grupo o categoría social relacionado con su origen, real o ficticio. Estas categorías se configuran socialmente atendiendo a una serie de rasgos identificativos realmente concurrentes o imaginarios que se atribuyen al sujeto o a sus antepasados. Consideramos por tanto que la norma antidiscriminatoria debe enfatizar la prohibición de tratar a las personas conforme a géneros sociales, para adaptarse a las

members of a number of different communities and groups, and suffer or enjoy a number of overlapping and interacting identities, advantages and disadvantages as a result”. p. 118 “[...] the identification of women or a racial group as the object of a specific policy of this kind serves to consolidate the very suspect categories which it is necessary to dismantle, and to reinforce the notion that race and sex can be legitimate reasons for action”.

mutaciones que experimentan los prejuicios y estereotipos en una sociedad en tiempos y contextos distintos.

Para luchar contra la discriminación racial es necesario que la identificación de las categorías raciales sea flexible, dado que los géneros sociales utilizados también lo son, de manera que en cada contexto concreto será necesario “configurar la categoría” seleccionando los “rasgos identificativos” que se consideren relevantes. Cuando el criterio de distinción constituye una circunstancia concreta, ajena en principio a cualquier categoría social y verificada en el plano de los hechos, como ocurre con la mayoría de las categorías jurídicas, no existirá discriminación directa, pero podrá existir discriminación indirecta en caso de que la utilización de este criterio genere un impacto adverso sobre alguna categoría social previamente configurada y no se haya justificado suficientemente. En ocasiones, determinados rasgos que suelen utilizarse para identificar la categoría operan como circunstancias concretas de carácter neutro, en cuyo caso consideramos que lo apropiado es acudir al concepto de discriminación indirecta.

El trato de las personas por razón de un género social relacionado con su origen sólo estará justificado cuando no produzca un resultado desfavorable y contrario a la dignidad de las personas, debido a que no exista un perjuicio para otros colectivos o a que el resultado de la medida consista precisamente en equilibrar una situación de desigualdad previa. A efectos de establecer estas “distinciones positivas” hay que tener en cuenta el carácter impreciso e indefinido de cualquier definición de raza y su conexión con el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que construyen su identidad a través de su identificación con determinados grupos.