

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA
La eficacia del principio de igualdad

MARZIA BARBERA
MARIAGRAZIA MILITELLO
DAVIDE STRAZZARI

LA TUTELA
ANTIDISCRIMINATORIA
La eficacia del principio de igualdad

Traducción de
Pamela Rodríguez Padilla

PALESTRA EUROPA
MADRID – LIMA – 2024

348.6 B23	Barbera, Marzia La tutela antidiscriminatoria / Marzia Barbera, Mariagrazia Militello, Davide Strazzari; 1a ed. – Lima: Palestra editores; 2024. 290 pp.; 14.5 x 20.5 cm. D.L.: 2024-07107 ISBN: 978-612-325-485-8 1. Derechos fundamentales; 2. Antidiscriminación; 3. Tutela; 4. Discriminación; 5. Igualdad de oportunidades.
---------------------	---

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA
La eficacia del principio de igualdad
Marzia Barbera, Mariagrazia Militello y Davide Strazzari

Primera edición, julio 2024

© 2024: MARZIA BARBERA, MARIAGRAZIA MILITELLO Y DAVIDE STRAZZARI

© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Príncipe de Vergara 33 / 5º IZDA. 28001, Madrid, España

Tel. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© De la traducción: PAMELA RODRÍGUEZ PADILLA

Impresión y encuadernación:

ALEPH IMPRESIONES S. R. L.

Jr. Riso 580, Lince, Lima

Julio, 2024

Cuidado de estilo y edición:

MANUEL RIVAS ECHARRI

Diagramación:

RAÚL MORALES HERRERA

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2024-07107

ISBN: 978-612-325-485-8

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

NOTA INTRODUCTORIA.....9

Pedro P. Grández Castro

Capítulo I

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN..... 19

Marzia Barbera

1. Los significados de la igualdad..... 19
2. La igualdad como garantía del pluralismo social. El rol antimayoritario de las cortes23
3. La igualdad como igualdad redistributiva y medio de integración social.....27
4. La igualdad como derecho humano y como derecho de la “persona situada”33
5. Igualdad y no discriminación en el espacio común europeo.....40
6. La tutela antidiscriminatoria en el sistema del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDU)42
7. La función de la igualdad en el proceso de integración europea47
 - 7.1. La prohibición de discriminación en razón del origen nacional47
 - 7.2. La ciudadanía europea y la solidaridad trasnacional: nacimiento y crisis de una idea.....53
 - 7.3. La prohibición de discriminación en razón del género.....55

8.	La nueva etapa del derecho antidiscriminatorio. Fuentes y ámbitos de aplicación.....	59
9.	El principio de no discriminación como “palanca de Arquímedes”	66
9.1.	En el principio era <i>Mangold</i>	66
9.2.	Los tortuosos caminos después de <i>Mangold</i>	73
9.3.	Hacia la construcción de un control de igualdad difuso.....	76
9.4.	¿Quién teme al efecto directo?.....	80
9.5.	El <i>revival</i> de los contra-límites y la “identidad constitucional”	84
10.	La evolución de la tutela antidiscriminatoria	86
10.1.	El “viejo” derecho antidiscriminatorio	92
10.2.	Las teorías que han inspirado los nuevos casos de discriminación	96
10.3.	La noción de discriminación en el nuevo derecho antidiscriminatorio	101
10.4.	Excepciones a las prohibiciones de tratamientos diferenciados y justificaciones a la disparidad de efectos.....	111
10.5.	La naturaleza autónoma y las funciones remediales de las prohibiciones de discriminación.....	118
10.6.	La estructura del juicio de discriminación	121
11.	El contrastante valor de la igualdad	136
11.1.	Los nuevos confines de la igualdad: una “solidaridad entre extraños”	140
12.	Movilización legal y movilización social.....	145

Capítulo II

LOS FACTORES DE LA DISCRIMINACIÓN 153
Mariagrazia Militello y Davide Strazzari

1. Cómo se determinan los factores de discriminación 153
2. Diferencias y analogías en la tutela antidiscriminatoria 166
3. Los correctivos en vía de interpretación al modelo taxativo..... 173
4. Los factores de discriminación..... 186
 - 4.1. Género 186
 - 4.2. Nacionalidad (entre los ciudadanos de la UE) 197
 - 4.3. Raza, origen étnico, proveniencia geográfica 205
 - 4.4. Ciudadanía, nacionalidad y origen nacional 210
 - 4.5. Lengua 220
 - 4.6. Religión y convicciones personales 226
 - 4.7. Afiliación y actividad sindical 235
 - 4.8. Orientación sexual y transexualismo..... 237
 - 4.9. Edad 247
 - 4.10. Discapacidad..... 258
5. La discriminación por asociación, múltiple, interseccional 274
6. Algunos factores problemáticos 281
7. Los así llamados factores subjetivos 287

NOTA INTRODUCTORIA

El nuevo derecho antidiscriminatorio europeo y la necesidad de su implementación en nuestras facultades de Derecho

Pedro P. Grández Castro*

1. El volumen que tengo el placer de presentar al público de habla hispana fue publicado como parte de un texto de enseñanza bajo el título de *Tutela antidiscriminatoria: fuentes, instrumentos, intérpretes*¹. Agradezco a la profesora Marzia Barbera por todas las gestiones, tanto con la editorial Giappichelli como con los profesores Mariagrazia Militello y Davide Strazzari, para lograr las autorizaciones para esta edición. Hemos seleccionado los dos primeros capítulos del volumen en cuestión, pues recogen en forma general el desarrollo dogmático y jurisprudencial de lo que podemos iden-

* Profesor ordinario en las facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la PUCP.

¹ Marzia Barbera y Alberto Guariso (eds.), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti* (Turín: Giappichelli Editore, 2019). El volumen desarrolla en ocho capítulos los temas centrales del nuevo derecho antidiscriminatorio europeo, con énfasis en la legislación italiana. Se incluyen trabajos, además de los coordinadores, de Cristina Alessi, Silvia Borelli, William Chiaromonte, Sonja Haberl, Lara Lazzeroni, Mariagrazia Militello y Davide Strazzari.

tificar como el nuevo derecho antidiscriminatorio europeo, una disciplina que muestra el estado actual de las preocupaciones de los Estados en torno a la lucha contra la discriminación y la vigencia del principio de igualdad.

2. La igualdad es el principio constitutivo de nuestras actuales sociedades que se sustentan en la igual dignidad de todo ser humano. Es verdad que ha tenido diversas interpretaciones, así como tradiciones que la han enarbolado en distintos contextos, no siempre con los mismos significados. Sin embargo, en el contexto del constitucionalismo social y democrático, su contenido no se reduce solo al igual “tratamiento de las leyes” —como se lee, por ejemplo, en la enmienda XIV de la Constitución de los EE. UU.²—, sino que, siguiendo la tradición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789³, el principio de igualdad compromete la propia dimensión de la libertad y el disfrute de los demás derechos. En efecto, como quedó plasmado en la Declaración, “[...] el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos”. En otras palabras, el acceso a los “mismos derechos” es lo que, en efecto, viene exigido por el principio de igualdad desde sus orígenes modernos, y es esta

² Enmienda XIV (1868) Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en el que resida. Ningún Estado aprobará o hará cumplir ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal; *ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad* [énfasis agregado].

³ *Cf.* Art. 4 de la Declaración: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley”.

la razón por la que los demás derechos, incluida la libertad, pueden ser objeto de límites.

3. El desarrollo del constitucionalismo democrático se ha orientado, en buena medida, por el ideal igualitario, fortaleciendo sus premisas y también las estrategias para lograrlo en la realidad. “La igualdad de consideración es la virtud soberana de la comunidad política”, escribe Ronald Dworkin en la introducción a un libro que resumen sus reflexiones en torno a la igualdad. “Sin ella — continúa— el gobierno es solo una tiranía, y cuando la riqueza de una nación está distribuida muy desigualmente, como sucede hoy en día con la riqueza incluso de las naciones más prósperas, cabe sospechar de su igualdad de consideración”⁴.

Más recientemente, y desde la tradición continental, Ferrajoli ha coincidido señalando que la igualdad es un principio fuente “del que pueden derivarse todos los demás principios y valores políticos; [...] es el principio constitutivo de las formas y, a la vez, de la sustancia de la democracia”⁵.

4. Pese al abundante material teórico y normativo, la promesa de la plena igualdad en el acceso a los derechos y oportunidades sigue siendo un desafío. Las distancias entre las promesas del plano normativo y lo que se observa en el plano de cada realidad es cada vez más alarmante. Esto puede estar mostrándonos, por un lado, que la igualdad en cuanto principio o norma constitucional no está siendo tomada en cuenta en las políticas económicas y de distribución de la riqueza en nuestras sociedades o, en cualquier caso, como lo hace notar la profesora Barbera en la primera parte de este estudio, “que la igualdad como principio jurídico puede

⁴ Ronald Dworkin, *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, trad. Fernando Aguiar y María Julia Bertomeo (Barcelona: Paidós, 2003), 11.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Manifiesto por la igualdad*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez (Madrid: Trotta, 2019), 9.

hacer poco si no está sostenida por prácticas políticas y sociales coherentes con el ideal igualitario”.

5. La igual dignidad debe comprometer no solo un sistema de normas, sino, sobre todo, las políticas públicas de cada sociedad para revertir formas de vida, viejos prejuicios, pero también nuevas formas de discriminación que deben ser vigiladas en forma permanente si queremos mantener vigente el principio de igualdad. Es en este compromiso de vigilancia militante en donde hay que ubicar al nuevo derecho antidiscriminatorio o, como se conoce mejor en Italia, la “tutela antidiscriminatoria”⁶. Se trata de una disciplina orientada al estudio sistemático del principio de igualdad desde sus fuentes en el derecho internacional, las constituciones nacionales, la jurisprudencia de los tribunales y las políticas que en cada sector, vinculado con cada grupo en situación de desventaja, deben desarrollar los Estados para lograr el igual acceso a los derechos básicos de los distintos grupos sobre los que se cierne un peligro constante y latente de ser objeto de discriminación en sus distintas manifestaciones⁷.

6. El origen del derecho antidiscriminatorio parece ubicarse en el contexto de la lucha por los derechos civiles en Norteamérica. Como lo recuerda Fernando Rey Martínez, hay por lo menos dos fuentes normativas que respaldan esta afirmación. En primer lugar,

⁶ Sobre la evolución del tratamiento en la Unión Europea puede verse, Barbara Giovanna Bello: “Un anniversario da festeggiare? Riflessioni sociologicogiuridiche sulle disposizioni antidiscriminatorie dell’Unione europea a vent’anni dalla loro emanazione”, *DPCE online*, 2020/2.

⁷ Sobre las distintas manifestaciones de la discriminación, *cf.* Liliana Salomé Resurrección, “La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural”, *Pensamiento Constitucional*, 22 (2017): 255-290.

la *Executive Order* 10925 del presidente Kennedy de 6 de marzo de 1961, que incorpora el concepto de *affirmative action*, y luego, la promulgación de la *Civil Rights Act* del 2 de julio de 1964, una ley que prohibía cualquier discriminación racial, sexual, religiosa o por origen nacional en los ámbitos electoral, laboral, escolar, de los servicios prestados al público (hoteles, restaurantes, etc.), una suerte de ley de desarrollo de los alcances de la XIV enmienda constitucional. Con estos antecedentes, según anota este autor, “[e]l derecho antidiscriminatorio se fue desarrollando en los Estados Unidos y, en general, en el mundo anglosajón, durante los años setenta y ochenta y desde ahí se ha ido irradiando a todo el orbe, a menudo a partir del derecho internacional de los derechos humanos”⁸.

7. En el caso europeo, el proceso comienza, al iniciar el nuevo milenio, con las Directivas 2000/43 (que prohíbe la discriminación por origen racial o étnico en diversos ámbitos) y 2000/78 (que establece un marco para evitar la discriminación en el empleo por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual), seguidas de las directivas relativas a la igualdad de género en asuntos de empleo y ocupación (2006/54), en actividades profesionales autónomas (2010/41) y en el acceso a bienes y servicios y su suministro (2004/113).

Cada una de estas directivas ha significado, sin duda, un importante impulso para el desarrollo de la legislación interna de cada uno de los Estados miembro. Por ejemplo, en el caso español, la Ley 15/2022 de 12 de julio, denominada *Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación*, dispone en su artículo 2 que:

Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad,

⁸ Fernando Rey Martínez, “La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos”, *IgualdadES*, 9 (2023): 13-43.

orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Entre las novedades que resaltan en esta ley está la creación, en su artículo 40, de una *Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación* “encargada de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de las causas y en los ámbitos de competencia del Estado previstos en esta ley, tanto en el sector público como en el privado”.

8. ¿Es posible pensar el derecho antidiscriminatorio en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos? Observando el reciente desarrollo prometedor en Europa, no solo que es posible, sino que es urgente para América Latina, uno de los continentes más desiguales del mundo⁹. El compromiso con la igualdad de trato y la lucha contra las injusticias que producen las desigualdades sociales requieren, más allá de la proclamación de normas que recriminan la discriminación —muchas veces sustentada, precisamente, en las desigualdades—, de compromisos institucionales permanentes para una lucha frontal y sistémica contra toda forma de discriminación.

⁹ Según un estudio reciente: “En la región, en promedio, el 1 % más rico de la población posee el 21 % del ingreso de toda la economía, mientras que el 10 % más rico recibe más de la mitad del ingreso nacional antes de impuestos. En el caso de los países desarrollados, el 1 % más rico tiene en promedio el 10 % del total del ingreso nacional antes de impuestos y el 10 % más rico tiene aproximadamente una tercera parte”. Cfr. Matías Busso y Julián Messina (eds.), *La crisis de la desigualdad América Latina y El Caribe en la encrucijada* (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020).

9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha dicho de manera reiterada en su jurisprudencia:

[e]n la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239)

En similar sentido, es de destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entiende a la igualdad y no discriminación como un “principio rector, como derecho y como garantía, es decir que se trata de un principio cuya trascendencia impacta en todos los demás derechos consagrados a nivel del derecho interno y del derecho internacional”¹⁰.

10. Observando algunas de las decisiones más relevantes de la Corte Interamericana, la lucha por la igualdad y contra la discriminación en todas sus manifestaciones, está vigente. En el caso González y otras con México (2009), siguiendo el precedente establecido en el caso Penal Miguel Castro Castro con Perú (2006), la Corte IDH determinó, en relación con la violencia de género, que los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, [...] sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”. De igual manera, cabe destacar el caso Trabajadores de la Hacienda Verde Brasil con Brasil (2016), en el cual la Corte IDH reafirmó la obligación de los Estados de otorgar una protección especial a

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, *Compendio sobre la igualdad y no discriminación: estándares interamericanos* (2019), 22. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompendioIgualdadNoDiscriminacion.pdf>

quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad; no basta que estos se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas que reviertan estas situaciones garantizando que no vuelvan a suscitarse hechos similares en el futuro.

11. La igual dignidad de las personas compromete la garantía por parte del Estado de la igualdad formal y de la igualdad sustantiva o material. En el primer caso, para eliminar todo obstáculo en el acceso igual a la misma consideración y respeto, considerando las diferencias; en el segundo, para eliminar las desigualdades en el acceso a los derechos sociales básicos. Para decirlo con los términos de Ferrajoli, “[l]os derechos de libertad y de autonomía, al consistir en expectativas negativas de no lesiones ni discriminaciones, sirven para tutelar las diferencias de identidad; los derechos sociales, al consistir en expectativas de prestaciones, sirven para remover o, en todo caso reducir, las desigualdades materiales”¹¹.

12. ¿Cuál es el papel de la academia, de la universidad en general, en la lucha contra las desigualdades y el respeto a las diferencias? La investigación y la creación de conocimiento es la función principal de la universidad. Sin embargo, en esta tarea, la prioridad tiene que orientarse hacia las investigaciones que ayuden a mejorar nuestras sociedades. La lucha contra la discriminación tiene que ser un compromiso social en el que el papel de la universidad resulta gravitante. La creación de un curso en nuestras facultades de derecho sobre derecho antidiscriminatorio puede contribuir en esta dirección. En ese sentido, este volumen, el primero que se publica con este enfoque en nuestro medio, puede significar un verdadero cambio de perspectiva para las facultades de derecho de América

¹¹ Luigi Ferrajoli, *Manifiesto por la igualdad*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez (Madrid: Trotta, 2019), 16.

Latina, en la medida que propone una perspectiva interdisciplinaria para analizar los principales problemas de la desigualdad, al mismo tiempo, para preservar el valor del pluralismo y la diversidad que también protege la igualdad. Así, podemos pensar en cursos que convoquen especialistas de derecho constitucional, derecho administrativo, derecho laboral, sociólogos, gestores de políticas, entre otros, para diseñar estrategias necesarias para lograr plasmar de forma efectiva el principio de igualdad en la realidad.

Pueblo Libre, junio de 2024.