

REY MARTÍNEZ, Fernando: *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Aranzadi, 2019.

Hay obras que recopilan y presentan con claridad expositiva el saber jurídico acumulado sobre una materia con la intención de divulgarla más allá de los especialistas del ramo. Hay otras obras que, sin embargo, buscan profundizar doctrinalmente sobre una determinada cuestión: analizan críticamente lo que hasta ese momento se había dado por cierto e innovan categorías para que los operadores jurídicos y expertos en la materia evolucionen en sus puntos de vista sobre un determinado asunto. La monografía que se procede a recensionar es una síntesis entre la obra divulgativa y la obra de investigación que innova y hace avanzar. De ahí su extraordinaria importancia. Estamos ante un libro imprescindible para cualquier persona que quiera acercarse por primera vez al mundo del Derecho antidiscriminatorio. Pero también para los que llevamos ya muchos años dedicándonos a su estudio.

Un libro de estas características solo lo podría haber escrito, en España, Fernando Rey Martínez. Hay autores que dedican su vida, académica, profesional e incluso personal, al estudio de una parte de su asignatura, que afrontan desde todos los ángulos imaginables. Con el tiempo, algunos de ellos consiguen convertirse en el referente intelectual de todo un campo del saber. Esto es lo que le ha ocurrido al profesor Rey Martínez con el Derecho antidiscriminatorio. Como él mismo explica en su entrañable prefacio, ha llovido ya mucho desde aquel 1995 en el que publicó su innovador ensayo sobre el derecho a la no discriminación por razón de sexo, y durante todo este tiempo, no ha parado de publicar sobre el artículo 14 de la Constitución Española y sus posibles desarrollos jurisprudenciales y legales. Y no solo eso: ha dedicado también parte de su vida no

académica a la defensa de la igualdad y la no discriminación, desde organismos gubernamentales y no gubernamentales, o simplemente desde su condición de ciudadano.

De esta pasión seguramente surge este libro, porque Rey Martínez no entiende cómo algo tan importante para nuestra democracia sigue siendo a su vez tan desconocido, no ya para la ciudadanía en general, sino para los propios operadores jurídicos. De ahí el esfuerzo de sistematización del Derecho antidiscriminatorio que, como él mismo señala, es la verdadera finalidad de su obra. Compilar y sistematizar en un único texto lo que hasta la fecha se había estudiado y desarrollado en diferentes ramas, a veces sin relación entre sí. Elaborar una especie de manual al que todos podamos acudir cuando se nos plantee alguna duda jurídica en torno al Derecho antidiscriminatorio. No es poca cosa. Un precepto como el art. 14 CE, que todavía no cuenta con una ley integral de desarrollo, dispone en España a partir de ahora de un texto que lo explica en todas sus variantes y potencialidades. Es una novedad editorial muy importante.

Y, sin embargo, debemos disipar un equívoco que podría deducirse de lo dicho hasta ahora. Si alguien presume que estamos ante una obra que se limita a recopilar y sistematizar, no tiene más que adentrarse en el análisis que el autor realiza sobre cada una de las categorías que ha «sistematizado» para percatarse de que aquí hay mucho más que eso, que no estamos ante una descripción divulgativa y ordenada de lo que ya sabemos, sino ante reflexiones innovadoras, documentadas en innumerables resoluciones jurisprudenciales de nuestro país y de Derecho Comparado, sugerentes, diferentes, modernizadoras. Ideas luminosas

que exponen con sencillez y una lógica abrumadora lo que ha permanecido demasiado tiempo entre tinieblas.

El capítulo introductorio de la Parte General, titulado *Del concepto clásico de igualdad al nuevo Derecho antidiscriminatorio*, es un buen ejemplo de ello. A simple vista, siguiendo su índice, parece un resumen, bastante sintético, de los conceptos básicos del derecho a la igualdad: igualdad formal, igualdad real o de oportunidades, igualdad en la ley, igualdad en la aplicación de la ley, repercusión del principio de igualdad en las relaciones entre particulares, discriminación por indiferenciación, relación de la igualdad con la dignidad, discriminación como antisubordinación, distinción entre el derecho a la igualdad y a la no discriminación. De lo que se trataría, parece ser, es de exponer de manera sucinta y clarificadora conceptos a menudo escasamente definidos por nuestra jurisprudencia y legislación, con el hilo conductor de la transición desde el concepto clásico de la igualdad, basado en la cláusula general de igualdad y en el lábil, débil e impreciso parámetro de la razonabilidad de la diferencia de trato, hacia el Derecho antidiscriminatorio, enfocado en la defensa de ciertos grupos sociales y que aplica a las medidas y normas contrarias a estos colectivos el juicio mucho más estricto de la proporcionalidad. Pero si uno ya conoce lo que se ha publicado sobre todo lo que aquí se expone, descubre que no estamos ante una mera síntesis de lo ya sabido, sino ante continuas innovaciones interpretativas, la mayoría de ellas absolutamente pertinentes y atinadas, muchas de ellas procedentes de la literatura internacional sobre la materia, sobre todo anglosajona, que el autor maneja con mucho conocimiento y acierto.

Pero no es la doctrina la base principal en la que el autor se encarga de fundamentar sus opiniones. En este capítulo ya se adelanta una forma argumentativa que

se va a utilizar en el conjunto de la monografía, y que los que hayan leído otros textos de Fernando Rey reconocerán de inmediato: la continua utilización de casos reales, extraídos de la rica jurisprudencia que abunda sobre la materia, como apoyatura sobre la que basar las ideas que se quieren trasladar. Casos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos; casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; casos del Tribunal Supremo, o de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, como el del Alarde de Irún; casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y de otros muchos tribunales constitucionales de otros países. El libro es un continuo comentario de supuestos de hecho resueltos en sede jurisdiccional, que explican y perfilan las categorías teóricas.

La Parte General se completa con un segundo capítulo dedicado al *Sentido y alcance del Derecho antidiscriminatorio*. La prohibición de discriminación se identifica con la igualdad de trato y, en consecuencia, con las reglas de la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas. A partir de ahí, se define la discriminación directa a partir de lo establecido en el Manual de legislación europea contra la discriminación de 2018 (la utilización de estos manuales europeos es otra constante del libro) como la que sufre una persona que es tratada de manera menos favorable de lo que ha sido o vaya a ser tratada otra persona en situación comparable a causa de un rasgo protegido. Como el autor apunta, la cuestión de cuándo existe un verdadero término de comparación apropiado (la situación comparable) es harto sensible porque requiere un juicio de valor. Algunas cortes constitucionales han hecho más que otras por intentar «objetivar» cuándo estamos ante un supuesto de hecho similar al impugnado y es

pertinente plantearse si el trato desigual supone una discriminación.

Después de definir el acoso discriminatorio y las instrucciones para discriminar, la obra acomete una de sus partes más innovadoras e interesantes, la del discurso del odio (o discriminador) como acoso discriminatorio. El autor distingue entre discurso del odio (que él identifica mejor como discurso discriminador) y los crímenes de odio, que son la especie más reprochable, pero no la única del discurso discriminador, como a veces parece hacerse entender. A lo que no es crimen de odio pero sí discurso de odio el autor plantea la necesidad de aplicarle el Derecho administrativo sancionador. Y, sobre todo, apunta algunos parámetros extraídos de textos internacionales para determinar cuándo estamos ante un discurso molesto o desabrido, pero legítimo desde un punto de vista constitucional, y cuándo ante un discurso discriminador, que es una variante del acoso discriminatorio, y por tanto, tiene que estar dirigido contra los grupos sociales objeto de protección por el Derecho antidiscriminatorio. De ahí la visión crítica sobre la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional que extiende indebidamente el concepto de discurso del odio al ámbito ideológico para convalidar la constitucionalidad de la sanción penal de determinados mensajes contra la monarquía o las víctimas del terrorismo. Fernando Rey deja claro que se podrá discutir sobre si estos límites a la libertad de expresión están o no fundamentados, pero desde luego no basándonos en que se tratan de variantes del discurso del odio, porque no lo son.

El origen estadounidense de la discriminación indirecta y de las acciones positivas se comenta con profusión de sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos que, sin duda, ha sido la que ha perfilado estas figuras jurídicas que luego se han

extendido por todo el mundo. Especial atención le merecen al autor las que denomina discriminaciones positivas o inversas, esto es, las cuotas para acceder a bienes sociales o materiales basadas en el género, la raza o la discapacidad. En este último caso, se combina un repaso exhaustivo de las resoluciones de la Corte Suprema americana con otro no menos detallado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en esta materia ha sido especialmente activo, mucho más que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tras repasar algunos tipos de discriminación en estado embrionario todavía en España, como las discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación, la obra acomete un asunto a mi parecer tan interesante como novedoso: el análisis de la segregación como una discriminación institucional y sistémica. Digo novedoso porque, aunque ya son conocidos los efectos de *Plessy vs Ferguson* en los Estados Unidos, la obra nos abre a contemplar otro tipo de segregación escolar existente de manera más inadvertida en España (por origen nacional, etnia o discapacidad) como potencialmente discriminatoria. Pasamos después al estudio de las discriminaciones múltiples, sobre el que se desarrolla un subepígrafe dedicado al uso del *hijab* en establecimientos públicos educativos. Esta es una constante de esta obra: aspectos, como este último, que se habrían abordado hasta ahora desde perspectivas completamente diferentes (concretamente el del uso del velo desde el enfoque de la libertad religiosa y la laicidad) se afrontan aquí con el novedoso instrumento de la utilización de las categorías del Derecho antidiscriminatorio. Siguiendo este esquema, después de un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se llega a la conclusión de que para prohibir el uso del *hijab* se debe superar juicio estricto (lo que se identifica por el autor, otra novedad,

con el juicio de proporcionalidad), al ser una discriminación múltiple (contra las mujeres musulmanas), juicio estricto que según el autor no supera esta prohibición, pues el perjuicio para estas mujeres, generalmente la expulsión del colegio, es desproporcionado respecto a las hipotéticas ventajas de no permitir el uso del velo.

No hay un verdadero derecho fundamental si este no tiene auténticas garantías. La Parte General divide las garantías del Derecho antidiscriminatorio en garantías procesales, como la inversión de la carga de la prueba, y garantías institucionales. En este último aspecto, la obra se detiene especialmente en el análisis de los distintos órganos estatales de defensa de la igualdad que han surgido a raíz del mandato de las directivas comunitarias a lo largo y ancho de toda Europa, clasificándolos entre los que desempeñan un *rol* defensivo de asistencia a las víctimas y los que adquieren un *rol* más proactivo, enfocados a la prevención de discriminaciones futuras; entre los que se centran solo en algún rasgo discriminatorio, como el étnico, y los que abarcan el conjunto de discriminaciones; entre los que tienen un *status* que garantiza su independencia respecto al Poder Ejecutivo y los que no tienen este nivel de autonomía; entre los que pueden imponer sanciones a los que incumplan el Derecho antidiscriminatorio y los que no pueden adoptar decisiones vinculantes. La triste conclusión de este repaso es que España se sitúa a la cola en todos los indicadores. Nuestro órgano de defensa contra la discriminación es un «trampantojo institucional»: para solucionar esta carencia, que es grave, el autor propone añadir un órgano específico que se ocupara de estos asuntos dentro de la defensoría del pueblo, siguiendo el modelo francés.

La Parte General concluye con una pregunta muy pertinente cuando hablamos

de Derecho antidiscriminatorio. Si la diferencia entre que se aplique juicio de razonabilidad o un astringente juicio estricto (o de proporcionalidad) estriba en que la medida que se enjuicia utilice o no un rasgo protegido o especialmente prohibido, es fundamental para el Derecho antidiscriminatorio definir los rasgos que dan lugar a esta especial protección. Sobre todo, para evitar lo que se conoce como pendiente resbaladiza, esto es, una expansión sin límites de estos rasgos que supusiera una pérdida en intensidad de la tutela. El artículo 14 CE menciona expresamente cinco rasgos: el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión. Pero a ellos debemos añadir unos cuantos más que, según el TC, se han incorporado a la lista a través de la cláusula residual del art. 14 CE *in fine* «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»: la edad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género, la enfermedad. Los textos internacionales añaden algunos otros, como el origen nacional. Estos son los rasgos sospechosos. De todos ellos, la obra, en su Parte Especial, se va a centrar en los que componen el núcleo duro del Derecho antidiscriminatorio: el género, la raza/etnia, la orientación sexual e identidad de género, la discapacidad, la religión y las convicciones, la edad y el origen nacional.

El autor comienza su Parte Especial (en la que se analiza el principio de no discriminación de manera individualizada en función de cada uno de los rasgos) con la que es sin duda la parte del Derecho antidiscriminatorio más desarrollada en España y en Europa: la del principio de no discriminación por razón de género. Y lo hace repasando la Historia del feminismo en España —especialmente interesante resulta el análisis del voto femenino en la Segunda República— para acabar concluyendo que el cambio cualitativo en la igualdad entre hombres y

mujeres se produce de la mano del PSOE en los años ochenta, que crea una dinámica a la que todos los partidos se acabaron incorporando, siendo la agenda de género hoy en día una de las más activas desde el punto de vista político.

Pero que la agenda de género esté presente en la vida política no quiere decir que se haya alcanzado la igualdad real. Esto solo se conseguirá cuando las mujeres entren de verdad en el espacio extradoméstico, lo que a su vez solo se producirá cuando los hombres entremos de lleno en el espacio doméstico. Y, según Fernando Rey, las políticas de conciliación que la facilitan a costa de fragilizar la carrera profesional de las mujeres no han hecho otra cosa que apuntalar la desigualdad. Si las mujeres siguen ocupándose en exclusiva del espacio de lo privado, y además deben ocupar también el espacio público, siempre competirán en desventaja y nunca será posible una auténtica igualdad material.

Otro aspecto que el autor destaca del Derecho antidiscriminatorio por razón de género es el de la necesaria reforma de la Constitución para suprimir la preferencia masculina en el acceso a la Corona. La documentada introducción histórica del epígrafe dedicado a este asunto es un buen ejemplo de que estamos ante un libro que va más allá del enfoque jurídico para adentrarse en otros campos, lo que enriquece la lectura y la hace más atractiva.

Como es inevitable en esta materia, se hace un repaso de la jurisprudencia constitucional más relevante, en materias como discriminación por embarazo, discriminación indirecta por razón de género o distinción entre acciones positivas y acciones protectoras. Especialmente interesante resulta el comentario sobre la STC 111/2018, en la que el TC convalida la constitucionalidad de la diferencia entre los permisos de maternidad y paternidad, en el que Fernando Rey se posiciona con los votos discrepantes

en contra de la constitucionalidad de dicha distinción, por fragilizar el estatuto laboral de las trabajadoras al favorecer que determinadas medidas de conciliación se apliquen en exclusiva a las mujeres.

Dos aspectos —las cuotas electorales por género y la educación diferenciada por sexos— ocupan un lugar destacado. En cuanto a las primeras, el autor reconoce la dificultad que estas suponen para los juristas, al haber sido educados en el concepto de representación de toda la Nación, no de grupos en concreto. Pero estamos en una época en la que la democracia no solo es de ciudadanos individuales, sino de grupos. Por eso, frente a las reticencias iniciales —léase del Consejo Constitucional francés o del Tribunal Constitucional italiano— se ha abierto paso un reconocimiento generalizado de la utilidad de las cuotas políticas de género. Fernando Rey también apoya su constitucionalidad, pero con un enfoque novedoso. Según él, no estamos ante acciones positivas, sino ante medidas de garantía frente a la discriminación indirecta o de impacto en el ámbito de la representación política. Esta discriminación indirecta se sitúa en la *praxis* de la selección de candidatos en los partidos políticos que, aunque en apariencia neutral, favorece sistemáticamente a los varones, guiada por el estereotipo tradicional que prejuzga que las decisiones políticas son cosa de hombres. Las cuotas serían una garantía eficaz frente a este tipo de discriminación. Estamos de nuevo ante una innovación doctrinal de gran brillantez. Posicionado como se posiciona, el autor critica duramente la STC 12/2008 que convalidó la constitucionalidad de las cuotas, no por el fallo, con el que coincide, sino por el marco teórico que utiliza, que no es convincente, al no partir de las categorías del Derecho antidiscriminatorio. En todo caso, como advierte el autor, el problema no se soluciona solo con cuotas, sino con otro

aspecto mucho más estructural: los varones pueden desarrollar su vida política al mismo tiempo que su vida familiar, pero la mayoría de las mujeres no. Por tanto, junto a las cuotas, se debería trazar una verdadera estrategia de conciliación en el ámbito político, si de verdad se quiere que las mujeres se incorporen a la representación política en igualdad de condiciones.

La polémica en torno a la educación diferenciada por sexos también tiene un apartado específico en este capítulo dedicado a la no discriminación entre hombres y mujeres. Es sabido que este tema ha sido resuelto recientemente por el TC en sus SSTC 31/2018 y 74/2018, a favor de la constitucionalidad de la posibilidad de segregar por sexos en la escuela e incluso en contra de la constitucionalidad de prohibir en el futuro financiar este tipo de escuelas con dinero público. Fernando Rey no se limita a describir la situación, toma partido en contra del criterio del TC. Según él, el TC no ha analizado este sistema como lo que es, una limitación a la prohibición de discriminación sexual, sino como una manifestación de la libertad de enseñanza. Si hubiera hecho lo primero, no le habría resultado posible convalidar la constitucionalidad de la financiación pública de este tipo de enseñanza, pues la separación de niños y niñas es en sí misma una brecha de inclusión. Volvemos, por tanto, a una constante de toda la obra: es el desuso, por desconocimiento o por interés, de los instrumentos del Derecho antidiscriminatorio la causa de muchas situaciones que devienen en la consolidación de estructuras contrarias a la igualdad de trato.

Se acomete también una de las polémicas constitucionales más relevantes en el ámbito de la no discriminación por razón de género, la de la agravada sanción penal del maltrato cuando este se produce en un contexto de violencia de género. El autor es crítico con la STC 59/2008, que convalidó

la constitucionalidad de esta diferencia en la sanción penal. Según él, la única forma de convalidar la constitucionalidad de la diferencia de trato es que la conducta del maltrato del hombre sobre la mujer sea cualitativamente diferente por ser una manifestación de la violencia machista, pero el legislador no ha optado por esto, esto es, no ha optado por configurar un diferente trato punitivo exclusivamente a la violencia de género (al incluir también a «otras personas vulnerables que convivan con el agresor») ni ha explicitado la necesidad de probar en cada caso concreto el contexto de dominación machista (excluyendo del tipo agravado la violencia del hombre sobre su pareja o ex pareja que no es fruto de una relación de poder y subordinación machista). Yo añadiría que también ha excluido las agresiones machistas que se producen fuera del vínculo de la propia pareja, pese a que el Derecho internacional también la considera violencia de género. Esta técnica deficiente no fue felizmente resuelta por la STC 59/2008.

Por último, la figura de la discriminación múltiple le sirve a Rey Martínez para analizar la situación de dos colectivos específicos de mujeres que sufren una especial discriminación en España: las mujeres gitanas y las mujeres en situación de prostitución. En cuanto a las primeras, destaca un amplio comentario de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 2009, caso *Muñoz Díaz contra España*, como ejemplo de interpretación fuerte contra la discriminación múltiple de género y raza, frente a la STC 69/2007, ejemplo de todo lo contrario. Más interesante si cabe es el análisis de la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico y en los de nuestro entorno, que divide en tres tipos: la prostitución como trabajo, o modelo reglamentista; la prostitución como servidumbre, o modelo prohibicionista; y el modelo abolicionista,

que es el de España, que no prohíbe ni autoriza la prostitución, cuyo ejercicio deviene en alegal. Rey acepta que la mayor parte de las mujeres ejercen la prostitución inducidas o forzadas, en la línea de la teoría de la prostitución como servidumbre. Sin embargo, no es la única prostitución que existe: hay otra, seguramente minoritaria, que se ejerce libremente. Por tanto, las dos concepciones (reglamentación y prohibición) no son alternativas, sino complementarias, y sus soluciones deberían aplicarse a cada uno de sus respectivos campos. No es razonable, se nos dice, postular un único modelo de tratamiento jurídico de la prostitución. Llama la atención positivamente que todo este razonamiento venga trufado de referencias a clásicos, como John S. Mill o Herbert L. Hart, sin que el análisis pierda un ápice de su actualidad.

El segundo capítulo de la Parte Especial se dedica a la discriminación por razón de etnia/raza. La distinción entre el viejo racismo —supremacía de una raza sobre las demás— y el nuevo racismo —un racismo líquido que desplaza la idea biológica de raza hacia una diferencia cultural en la que quien discrimina por prejuicios racistas no es consciente que lo hace y las víctimas no conocen ni acuden a medios de reparación— da paso a la constatación de que este segundo tipo de racismo está plenamente presente en España, y, lo que es peor, no se aprecia un ordenamiento jurídico especialmente armado contra él, lo que da lugar a un escaso acervo jurisprudencial sobre la materia, que contrasta con una cada vez más desarrollada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la obra analiza desde diversos campos: brutalidad policial racista; agresiones racistas vecinales; expulsión de caravanas; discriminación en frontera; discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados; discurso racista y libertad de información; matrimonio gitano y

derecho a la pensión de viudedad; origen étnico como causa de inelegibilidad electoral; esterilización sin consentimiento informado; segregación escolar racista.

Un ejemplo paradigmático de esta debilidad del Derecho antidiscriminatorio por raza/etnia en España es la facilidad con la que se asume la segregación racial en las escuelas. La obra, en este punto, analiza el período histórico de los Estados Unidos en el que, después de la Guerra de secesión, se impusieron las leyes segregadoras «estilo Jim Crow», que fueron convalidadas por la Sentencia *Plessy vs. Ferguson* (1896), y cómo este sistema se comenzó a dismantelar precisamente con una Sentencia del Tribunal Supremo (*Brown vs. Board of Education* de 1954) que consideró la segregación racial en las escuelas como discriminatoria. Siendo, por tanto, la segregación escolar racista tan importante en los Estados Unidos, el libro llama la atención sobre la nula importancia social, política y científica que la misma tiene en España. Se trata de un problema casi invisible, pero con consecuencias devastadoras para la comunidad gitana, la minoría étnica de mayor implantación en España. Y si es invisible es, entre otras cosas, porque oficialmente no existen grupos étnicos minoritarios en el sistema escolar. Es decir, aunque la escuela está *de facto* segregada, oficialmente esta segregación pasa desapercibida. Una vez más, el autor recurre a un informe europeo, en este caso al Informe de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, quinto ciclo de supervisión sobre España, de 27 de febrero de 2018, para destacar un problema de discriminación que internamente pasa completamente desapercibido. Y este es también un buen motivo para leer este libro: darnos cuenta de que el mal uso o desconocimiento de las herramientas del Derecho antidiscriminatorio no es solo una carencia técnico-jurídica sino también un agujero por el

que penetran y se consolidan en nuestro país injusticias respecto de las que no tenemos ni siquiera constancia, como ocurre con el hecho de que España no cuente, en líneas generales, con una educación inclusiva sino con una escuela segregada, que es una de las peores formas de discriminación, pues afecta a los seres humanos más vulnerables, a los niños.

El tercer capítulo de la Parte Especial viene dedicado a la no discriminación por razón de discapacidad, que como bien se dice tiene una gran relevancia, pues afecta a cuatro millones de personas, colectivo que además tiene la particularidad de que cualquiera puede en un momento de su vida pasar a ser parte de él. En este caso, la frontera entre unos y otros no solo es arbitraria, sino cambiante. Quizás esta sea una buena razón para entender por qué el Derecho antidiscriminatorio de la discapacidad haya alcanzado un sólido desarrollo, tanto en el Derecho Internacional, el Derecho europeo como también en el Derecho español.

Como suele ocurrir a lo largo de toda la obra, el análisis no se reduce a lo jurídico. En este caso, resulta especialmente interesante el epígrafe dedicado a la evolución de un concepto médico a otro social de la discapacidad. De nuevo, los comentarios sobre diversas sentencias, sobre todo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, le sirven al autor para ilustrar lo que quiere contar, en este caso, en qué consiste esta evolución y cómo se ha ido desarrollando. Y tampoco falta otra característica de toda la obra: la reinterpretación creativa de una categoría. En este caso, me parece brillante la identificación que se realiza del principio de accesibilidad como una garantía frente a las discriminaciones indirectas contra las personas con discapacidad, en contra del criterio mayoritario, recogido en la Ley española, que sitúa a la accesibilidad como un instrumento para la igualdad de oportunidades. Los

ajustes razonables se convierten en medidas que tratan de evitar el impacto adverso en las personas con discapacidad de estructuras que son realmente discriminatorias, aunque aparentemente parezcan neutras. Es un enfoque mucho más lógico que el establecido, y seguramente por ello creo que acabará prevaleciendo en nuestra futura jurisprudencia.

La última responsabilidad pública de Rey Martínez —Consejero de Educación de Castilla y León— está seguramente detrás de la especial atención que le presta al Derecho antidiscriminatorio en el ámbito educativo. Ya hemos visto cómo hacía especial mención al uso del *hijab* en las escuelas y a la educación segregada por sexos y etnias en otros capítulos. Aquí ahora aborda el problema de la educación especial y se plantea si esta incurre en segregación discriminatoria por razón de discapacidad. De nuevo apoyándose en la jurisprudencia y en informes internacionales, en este caso del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, llega a la conclusión de que el sistema educativo español ha de superar la dualidad educación ordinaria/educación especial y debe tender a la educación inclusiva. Se impone en el autor la convicción de que la segregación es la antesala de la discriminación, como ya había dejado previamente claro con la segregación sexual o por raza/etnia. Para Rey Martínez, como mínimo, no se debería escolarizar a ningún niño en un centro de educación especial en contra de la voluntad de sus padres.

El principio de no discriminación por orientación e identidades sexuales ocupa el siguiente capítulo de la Parte Especial. Se nos puntualiza que estamos ante una manifestación del Derecho antidiscriminatorio de reciente desarrollo, pues hasta hace pocas fechas la homosexualidad y la transexualidad eran consideradas conductas desviadas y nocivas, tanto por el Estado como por el

conjunto de la sociedad. Esto afortunadamente ha cambiado de forma copernicana en los países occidentales en las últimas décadas, hasta convertirse en colectivos constitucionalmente protegidos en su dignidad tanto desde el derecho a la intimidad como desde el derecho a la no discriminación. Esta evolución se nota sobre todo en la jurisprudencia constitucional e internacional de protección de los derechos humanos. En este sentido, se hace una detallada mención a la jurisprudencia no solo del Tribunal de Estrasburgo sino también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También de la jurisprudencia del TC, concretamente de la STC 176/2008 y la STC 41/2006, que reconocen la identidad de género y la orientación sexual, respectivamente, como rasgos sospechosos.

El reconocimiento del matrimonio igualitario en nuestro país y su adecuación a la Constitución constituye, sin duda, otro elemento destacado del principio de no discriminación por razón de orientación sexual. En este terreno, la obra se muestra crítica con la STC 198/2012 que convalidó la constitucionalidad de dicho matrimonio. El autor considera que el legislador, al optar por extender el matrimonio constitucionalmente garantizado a las personas homosexuales, incurre, *prima facie*, en inconstitucionalidad, cosa que no hubiera ocurrido si hubiera optado por equiparar las uniones homosexuales con el matrimonio. El matrimonio reconocido en la Constitución es exclusivamente el heterosexual. Para superar esta apariencia de inconstitucionalidad, Rey Martínez propone lo que suele hacer a lo largo de todo el ensayo: utilizar los instrumentos del Derecho antidiscriminatorio. Así, ante el trato diferente y perjudicial que se otorga a las personas homosexuales, el TC debería haber aplicado juicio estricto, y haber argumentado que no existe ninguna finalidad constitucionalmente deseable que pudiera justificar dicha

diferencia de trato. Si la sentencia hubiera argumentado en este sentido, no solo hubiera declarado constitucional el matrimonio igualitario, sino también inconstitucional todo intento futuro de volver a prohibirlo. En definitiva, se debería haber basado la argumentación en el art. 14 CE, no en el art. 32 CE. Algo así ha ocurrido, se nos apunta, en la Sentencia *Obergefell et alii vs. Hodges, Director Ohio Department of Health et alii* (2015) del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

El quinto capítulo, dedicado a la discriminación por religión/convicciones y opinión, está consagrado a un debate controvertido que tradicionalmente se ha enfocado desde la perspectiva del principio de laicidad del art. 16 CE; la presencia de símbolos religiosos (en especial, crucifijos) en los centros educativos públicos (la educación siempre vuelve en este libro). Después de repasar la jurisprudencia al respecto, especialmente la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo de 2011 (*Laisi II*), se concluye que, aun admitiendo que España es constitucionalmente un país de laicidad débil, la presencia de crucifijos en las escuelas públicas, contrariamente a lo que dictaminó el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, no es constitucional, pues lo contrario sería como reconocer que, en realidad, estamos ante un Estado de laicidad fallida.

El sexto capítulo de la Parte Especial se dedica a la discriminación por razón de edad, la menos definida de todas ellas. El séptimo, y último, a la discriminación por origen nacional. Aquí se nos cambia la perspectiva tradicional con la que nos hemos acercado al ejercicio de los derechos de los extranjeros, adoptando la del Derecho antidiscriminatorio, lo que supone que los límites a estos deben superar juicio estricto de proporcionalidad.

En resumen, estamos ante una obra que, combinando el repaso doctrinal de

las categorías del Derecho antidiscriminatorio con vivencias personales y profesionales y, sobre todo, con el comentario de cientos de sentencias de todo tipo de tribunales, nos acerca con sencillez y profundidad a la necesidad de que esta materia del Derecho, de origen anglosajón pero ya muy presente en la vida diaria de los operadores jurídicos, sea conocida,

respetada y, sobre todo, aplicada a la vida de tantos ciudadanos que necesitan de ella para convivir libremente en sociedad con la debida dignidad.

DAVID GIMENEZ GLÜCK

*Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid*