



**Discriminación
multiple:
El estado de
la cuestión
y algunas
reflexiones**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia.

Doctor en Derecho / Graduado Social.

Profesor asociado de Derecho Procesal.

Universidad de A Coruña.



RESUMEN

La discriminación múltiple comprende dos especies: la acumulativa (suma simultánea de motivos de discriminación) y la interseccional (confluencia simultánea de motivos de discriminación que genera una nueva forma de opresión con perfiles propios). En el estudio, se analiza la recepción de esos conceptos en la normativa del Consejo de Europa y en el derecho de la Unión Europea, y se alcanza la conclusión de que, mientras el TEDH ha aplicado la idea de interseccionalidad, el TJUE no. En el estudio asimismo se analiza la recepción de esos conceptos en la legislación española interna, y se alcanza la conclusión de que, aunque las leyes de igualdad españolas se refieren a la discriminación múltiple, tampoco se ha acogido convenientemente la idea de interseccionalidad. A partir de estas conclusiones, se realizan algunas reflexiones sobre la conveniencia de recuperar la idea de interseccionalidad que se encontraba en la base de los aportes doctrinales de las feministas afroamericanas que han construido el concepto de discriminación múltiple.

Palabras clave: Discriminación múltiple, discriminación acumulativa y discriminación interseccional.

ABSTRACT

Multiple discrimination comprises two species: the cumulative (simultaneous sum of reasons for discrimination) and the intersectoral (simultaneous confluence of reasons for discrimination that generates a new form of oppression with its own profiles). The study analyzes the reception of these concepts in Council of Europe regulations and European Union law, and concludes that, while the ECHR has applied the idea of intersectionality, the ECJ does not. The study also analyzes the reception of these concepts in domestic Spanish legislation, and the conclusion is reached that, although Spanish equality laws refer to multiple discrimination, the idea of intersectionality has not been adequately addressed. From these conclusions, some reflections are made on the desirability of recovering the idea of intersectionality that was based on the doctrinal contributions of African American feminists who have constructed the concept of multiple discrimination.

Keywords: Multiple Discrimination, Cumulative Discrimination, and Intersectional Discrimination.

1. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE INTERSECCIONAL Y DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE ACUMULATIVA

Las pioneras en el análisis de la discriminación múltiple han sido las feministas afroamericanas (en especial, Kimberlé Williams Crenshaw¹) tras constatar la insuficiencia de las teorías tradicionales sobre la discriminación sexista y racial para explicar adecuadamente la interacción entre sexo/género y raza porque, aunque sirven para explicar la discriminación que puede sufrir una mujer negra en su condición de mujer –como la sufriría una mujer blanca– o racial –como la sufriría un hombre negro–, o simultáneamente en su condición de mujer y racial –como la sufriría una mujer blanca y un hombre negro–, no explican la discriminación que no sufriría una mujer blanca o un hombre negro, pero sí una mujer negra.

Un ejemplo prototípico es la mujer negra a quien se rechaza su ingreso como personal de fábrica en una empresa que tiene en plantilla mujeres blancas –personal administrativo– y hombres negros –personal de fábrica–. Y es que si examinamos por se-

parado sexo y raza, se podría llegar a concluir que la empresa no ha discriminado por ninguna de esas causas –porque contrata mujeres y negros–. Sin embargo, la mujer negra está en una situación diferente a los hombres negros y a las mujeres blancas que es lo que a la postre se encuentra en la base de su no contratación: los estereotipos asociados al trabajo físico le cierran el acceso como personal de fábrica y sus estudios le impiden entrar como personal administrativo.

A partir de la constatación de estas situaciones injustas a las que se quería dar tutela, Crenshaw aportó los marcos teóricos que permitieron visibilizar el concepto, aplicándolo a sexo/género y a raza negra. Lo explicó con la metáfora de los cruces de caminos. En un camino está el sexo, mientras en el otro la raza, que funcionan cada uno con sus ambulancias, sin que las ambulancias de cada uno de los caminos puedan entrar en el otro camino. De este modo, si ambos caminos se cruzan, ninguna de las ambulancias puede atender a las víctimas de un accidente en el cruce. Precisamente de esta metáfora tan circulatoria es de donde surge la denominación de discriminación interseccional que nombra el fenómeno.

Inspirándose en esa inicial aproximación a la discriminación de las mujeres negras, que pronto se extendió a mujeres asiáticas² y latinas³, se han analizado otras situaciones de doble discriminación con componente de sexo/género dada la facilidad con la cual otras discri-

¹ El primer estudio relevante sobre la cuestión fue el de Kimberlé Williams Crenshaw: “Demarginalizing the intersection between race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics”, University of Chicago Legal Forum, 1989, páginas 139 a 167. De esta misma autora véase “Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, *Stanford Law Review*, volumen 43, 1991, páginas 1241 a 1299. También entre estos estudios pioneros el de Angela P. Harris “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, *Stanford Law Review*, volumen 42, número 3, 1990, páginas 581 a 616. Todos ellos son de fácil acceso en Google.

² Virginia W. Wei, “Asian women and employment discrimination: Using Intersectionality Theory to address Title VII claims based on combined factors of race, gender and national origin”, *Boston College Law Review*, volumen 37, issue 4, número 4, artículo 5, 1996 (de fácil acceso en Google).

³ Julissa Reynoso, “Perspectives of intersections of race, ethnicity, gender and other grounds: *Latinas at the margins*”, *Harvard Latino Law Review*, volumen 7, 2004, páginas 63-73 (de fácil acceso en Google).



⁴ En su párrafo 2 se reconoce que “las víctimas (del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia) pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición”. En el párrafo 69 se manifiesta el convencimiento de que “el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas”, lo que obliga a integrar en las medidas una perspectiva de género. Y en el párrafo 70 se reconoce la “la necesidad de elaborar un enfoque más coherente y sistemático para evaluar y vigilar la discriminación racial contra las mujeres”.

⁵ El Documento Final de la Conferencia contiene varias referencias a la discriminación múltiple y, más en concreto, tres declaraciones específicas sobre sexo/género, donde la Conferencia “expresa su preocupación por la persistencia de la discriminación contra las mujeres y las niñas por motivos de raza, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia”, “destaca, en el contexto de la discriminación múltiple, la necesidad de tipificar como delito, punible por ley, todas las formas de violencia contra la mujer y de violencia contra los niños”, y “exhorta a los Estados a... incorporar una perspectiva de género en todos los programas y planes de acción de lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia” –véanse numerales 86 a 88–.

⁶ En el párrafo **D** del Preámbulo se manifiesta la preocupación por “la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación”. Su artículo 6, “mujeres con discapacidad”, obliga a los Estados Partes a reconocer que “las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación... (adoptando) medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, y a tomar “todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”.

⁷ Con carácter general, el artículo 22 establece que “en la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de... las mujeres”, y que “los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación”. Una referencia más específica aparece en el artículo 21.2 que, en relación con el compromiso de mejoramiento continuo de las condiciones económicas y sociales de los pueblos indígenas, obliga a considerar la situación de las mujeres. Y en el artículo 44 se garantiza la igualdad del hombre y de la mujer indígena respecto a los derechos y libertades reconocidos en la propia Declaración.

minaciones tienden a acumularse a la discriminación contra la mujer, generando, más allá de un mero sumatorio de causas discriminatorias, otras nuevas formas de discriminación que conjugan el sexo/género con la nacionalidad, con la religión, con la discapacidad, con la edad, o con la orientación sexual. Naturalmente, son factibles discriminaciones múltiples conjugando más de dos causas, y conjugando estas causas sin intervención del sexo/género.

No nos extraña en consecuencia que la discriminación múltiple rápidamente apareciera en textos internacionales de derechos humanos. Así, la Declaración emitida tras la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, celebrada en Durban-Sudáfrica (2001), contiene importantes referencias⁴, que toman más cuerpo en la Conferencia de Examen de la Declaración de Durban, celebrada en Ginebra (2009)⁵. También aparecen

referencias a la discriminación múltiple con componente de sexo/género en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)⁶, y en la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007)⁷.

El proceso de expansión de la categoría conceptual ha sido así tan intenso que se puede afirmar que la discriminación múltiple está hoy de moda en la agenda política. Pero en este proceso de expansión probablemente se han alterado algunas cosas. Y es que, a poco que se profundice en gran número de textos donde se habla de discriminación múltiple, se podrá comprobar que el concepto utilizado no siempre coincide con la idea de interseccionalidad. Muchas veces se ha ido a un entendimiento del término –acaso más acorde con el significado literal de las palabras– que atiende a la existencia de varias causas de discriminación sufridas por una persona, simultáneas o no, e interactúen o no entre ellas.





Siguiendo esta línea expansiva, alguna autorizada doctrina⁸ ha distinguido hasta tres fenómenos diferentes: la discriminación múltiple, cuando una persona es discriminada a lo largo de su vida por diferentes causas; la discriminación compuesta, cuando una persona es discriminada en un mismo momento por varias causas sin que estas interactúen; y la discriminación interseccional, cuando una persona es discriminada en un mismo momento por varias causas que interactúan. En un sentido contrario, y con afán de rescatar la idea originaria de interseccionalidad, otra asimismo autorizada doctrina⁹ apuesta por prescindir de las dos primeras categorías, la primera por innecesaria, la segunda por reiterativa, y considerar términos sinónimos discriminación múltiple e interseccional.

Pero la taxonomía doctrinal más extendida¹⁰ es considerar la discriminación doble, triple o –mejor– múltiple como un género con dos especies según si la discriminación se puede apreciar manejando cualquiera de las causas que concurren –discriminación aditiva o acumulativa– o si solo se podría apreciar conjugando causas –discriminación compuesta, superpuesta o interseccional–. La discriminación múltiple, acumulativa o interseccional, sería, además, diferente conceptualmente al historial de discriminaciones que puede haber sufrido una persona a lo largo de su vida por motivos diferentes –lo que constituiría si acaso una discriminación sucesiva, pero en ningún caso constituiría una discriminación múltiple–.

Hechas estas precisiones, se habrá de convenir que, desde la óptica jurídica –no seguramente desde la óptica de otras disciplinas–, la discriminación múltiple acumulativa no aporta excesivas ventajas como categoría conceptual y sí aporta algunos inconvenientes. No aporta excesivas ventajas porque la discriminación se podría apreciar manejando cualquiera de las causas que concurren. Pero ello no quiere decir que la categoría sea, desde dicha óptica jurídica, to-

talmente irrelevante porque puede servir para definir con más detalle políticas de igualdad de oportunidades, y, en supuestos de vulneración de la igualdad de trato, puede justificar la agravación de sanciones o indemnizaciones aplicables¹¹.

Cuanto a sus inconvenientes, la doctrina más autorizada se refiere a *“una fragmentación potencialmente infinita de los grupos discriminados de graves consecuencias tanto a nivel de acción política (fragmentación del sujeto emancipatorio que puede ser indefinida) como de normativa jurídica (inflación del derecho antidiscriminatorio)”*¹². Parecidamente, otra doctrina igualmente autorizada ha destacado, de un lado, que *“la identificación de una lista enorme de discriminaciones múltiples... amenaza con disolver el concepto de discriminación múltiple”*, y, de otro lado, que *“el desarrollo teórico en este campo puede conducir a creación de jerarquías entre y dentro de los diferentes grupos de intersección”*¹³.

Y es que la utilidad de la discriminación múltiple se encuentra no tanto en la acumulación de causas de discriminación, sino en la identificación de las interseccionalidades. Se trata de *“superar las formas contextuales o puntuales de discriminación para encontrar nexos en las estructuras o categorías (de los sistemas de opresión) que puedan explicar sus manifestaciones culturales, de clase, religiosas, etc.”*¹⁴. Porque *“no cualquier combinación de factores permitirá identificar (a través de la interseccionalidad) un grupo (discriminado)... cabrá exigir que la discriminación de sus miembros se base en estereotipos sociales negativos, lesivos para su dignidad, que tengan un perfil propio o genuino”*¹⁵.

Todo ello nos permite concluir que, sin despreciar la utilidad –que alguna tiene– del concepto de discriminación acumulativa, lo realmente importante del concepto de discriminación múltiple se encuentra en la idea de interseccionalidad, que, al sustentar la apreciación de la desigualdad

⁸ Es la categorización del primer autor europeo que ha analizado esta temática, y que, por ello, ha pasado a ser una trilogía conceptual clásica y de la que suele partir la doctrina europea: Timo Makkonen, *“Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore”*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2002 (de fácil acceso en Google).

⁹ Fernando Rey Martínez, que es precisamente el primer autor español que ha analizado esta temática, ha criticado la trilogía de Makkonen porque la que denomina discriminación múltiple no aporta ninguna novedad –es solo el historial de discriminaciones de una persona–, y la diferencia entre discriminación compuesta e interseccional –aunque puede hacerse en teoría– es imposible de apreciar en la realidad de las cosas. Por ello hace las tres siguientes propuestas:

¹ utilizar siempre la denominación de discriminación múltiple,

² prescindir de los demás calificativos al ser fungibles semánticamente, y

³ considerar la discriminación múltiple y la interseccional como dos conceptos sinónimos. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 84, 2008.

¹⁰ Planteamiento mucho más sencillo acogido por Colleen Sheppard, “Multiple Discrimination in the World of Work”, *Working Paper* número 66, OIT, Ginebra, 2011 (de fácil acceso en Google).

¹¹ La posibilidad de una mayor indemnización derivada de la eventualidad de unos mayores daños y perjuicios la apuntan Pilar Rivas Vallejo, “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación”, Comunicación presentada en las Jornadas “El Dret del Treball en el Segle XXI” (disponible en <http://www.jornadasiuslaboralistas.org/comunicacion.php?id=9>), y Antonio Álvarez del Cuvillo, “El género como categoría y las categorías de género”, *Revista de Derecho Social*, número 52, 2010, página 109, aunque, obviamente, la importancia de los daños y perjuicios depende de cada caso.

¹² María Ángeles Barrère Unzueta/Dolores Morondo Taramundi, “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 45, 2011, página 35 (<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/523>).

¹³ Fernando Rey Martínez, “La discriminación...”, obra citada.

¹⁴ María Ángeles Barrère Unzueta/Dolores Morondo Taramundi, “Subordinación...”, obra citada, *ibidem*.

¹⁵ Fernando Rey Martínez, “La discriminación...”, obra citada.



en la identificación de los prejuicios derivados de la concurrencia de dos o más causas de discriminación más que en la comparación de situaciones, supone un nuevo avance dogmático en el tránsito desde una concepción de la igualdad de trato basada en un test de comparación hacia una concepción de la igualdad de trato basada en un test de perjuicio, que, adecuadamente utilizado, permitirá mejorar la aplicación práctica de la igualdad de trato.

16 Fernando Rey Martínez argumentó, en tal sentido, que “a la recurrente se la impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se le impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo con los usos gitanos (por ser mujer gitana) y cuidar del marido hasta la muerte de este (por ser mujer y gitana), pero se le negó jurídicamente una pensión de viudedad (por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido jurídicamente aplicable a una mujer paya o fácticamente aplicable a un varón gitano) —es evidente que su experiencia de discriminación no la hubiera podido haber sufrido ni una mujer paya ni tampoco un varón gitano— es específica —es una discriminación múltiple— discriminación que no ha sido judicialmente reparada”, “La discriminación...”, obra citada.

17 Aunque considera “el fallo razonable”, Fernando Rey Martínez se lamenta de que “la interpretación elegida limita enormemente las posibilidades futuras de aplicación de su argumentación”, “La discriminación racial en la Jurisprudencia del TEDH”, accesible en www.procuradorgeneral.es, y “La Sentencia del TEDH de 8.12.2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, Diario La Ley, número 7344, 2010. Parecidamente, Alicia Catalá Pellón limita a los casos de buena fe la aplicación de la doctrina del Caso de La Nena, “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, AEQUALITAS, número 26, 2010, página 15. Y Cristina Sánchez-Rodas Navarro concluye que “difícilmente el Caso Muñoz Díaz podrá ser extrapolado a futuras demandas”, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, *Aranzadi Social*, volumen II, número 18, 2010, BIB 2009 2052.

18 En este sentido véase el análisis, y en particular las conclusiones, de Ruth Abril Stofels “El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo (TEDH – Sentencia de 25.07.2012, B. S. contra España, 47159/08 – arts. 3 y 14 CEDH – tratos inhumanos o degradantes – prohibición de discriminación – deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 44, enero/abril 2013, páginas 309-326.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) se muestra muy abierto a recibir el concepto de discriminación múltiple —acumulativa e interseccional— dada la amplitud de la cláusula de igualdad que contiene su artículo 14 al prohibir distinciones “por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Y la Estrategia de Igualdad de Género 2014-2017 del Consejo de Europa afirma que sus cinco objetivos estratégicos integrarán la cuestión de la discriminación múltiple, teniendo asimismo en cuenta los derechos específicos y las necesidades de mujeres y hombres a lo largo de la vida.

No es así de extrañar que el TEDH, ciertamente después de alguna oportunidad perdida, ya haya aludido en alguna ocasión al concepto de la discriminación múltiple, y, en todo caso, aplique con completa naturalidad en el enjuiciamiento la confluencia de distintas causas de discriminación.

■ Un primer asunto donde el TEDH pudo utilizar el concepto de la discriminación múltiple, pero no lo utilizó —con lo cual se puede hablar de una oportunidad perdida—, fue en la Sentencia de 8.12.2009, Caso Muñoz Díaz contra España. La Nena —sobrenombre de la actora— se había casado por el rito gitano con un varón gitano que, como albañil, había cotizado 20 años a la Seguridad Social. Tuvieron 6 hijos. Disponían de Libro de Familia, tenían la condición de familia numerosa y toda la familia constaba en la cartilla de la Seguridad Social. Los tribunales españoles denegaron la pensión de viudedad de la actora al entender ni se la había discriminado por razón de sexo, ni por razón de raza. El Caso de La Nena fue final-

mente fallado a su favor en la citada STEDH, pero no argumentando sobre la base de una discriminación interseccional —como había sostenido alguna atinada doctrina¹⁶—, sino sobre la cláusula genérica de igualdad pues en otros casos donde mediaba buena fe de los esposos la jurisprudencia española había flexibilizado la exigencia de la forma matrimonial, trayendo a colación para subrayar dicha diferencia de trato la prohibición de discriminación racial¹⁷.

■ Otro asunto relativo a España donde, de manera ciertamente escueta, el TEDH introdujo el concepto de discriminación múltiple fue en la STEDH de 25.07.2012, B. S. contra España. Se trataba de una mujer de origen nigeriano, con residencia regular en España, que ejercía la prostitución, y que sostuvo que unos agentes de policía la llamaron puta nigeriana y la agredieron con ocasión de una serie de acciones de identificación en una céntrica calle de Palma de Mallorca. Rechaza el TEDH la denuncia de la demandante por trato policial inhumano o degradante al no estar los hechos suficientemente acreditados, pero sí considera la existencia de discriminación al no haberse investigado judicialmente los hechos con la suficiente seriedad. El TEDH entiende que los tribunales no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución, faltando con ello a la obligación que les incumbía en virtud del artículo 14 de adoptar todas las medias posibles para determinar si una actitud discriminatoria ha podido desempeñar algún papel en los sucesos. Ahora bien, esta Sentencia alude al término de discriminación múltiple, introduciendo así una categoría jurídica que hasta entonces no había utilizado, pero no explica si ello tiene consecuencias jurídicas distintas a las de una discriminación por un solo motivo, ni delimita cuál es su alcance¹⁸.



■ Más moderna es la STEDH de 25.7.2017, Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal. Se trata de una ciudadana portuguesa, nacida en 1945, sometida en 1995 a una operación quirúrgica para la extracción de las glándulas de Bartolín, en la cual, por un error médico, se le inutilizó el nervio pudendo. A partir de entonces, sufre incontinencia urinaria, dolor al andar y sentarse e imposibilidad de tener relaciones sexuales. El Tribunal Supremo redujo dos partidas indemnizatorias: de 16.000 € a 6.000 € la relativa a la necesidad de contratar una empleada de hogar para las tareas domésticas porque –entre otras razones– la demandante, dada la edad de sus dos hijos, *“solo debe cuidar de su esposo”*, no siendo necesario en consecuencia contratar a una empleada de hogar a tiempo completo; de 80.000 € a 50.000 € porque –entre otras razones– la demandante, que tiene ya 50 años y dos hijos, *“tiene una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad”*. Considera

el TEDH la existencia de una discriminación por sexo y edad porque, cuando el tribunal nacional afirma que la sexualidad no es importante para una mujer quincuagenaria con dos hijos como lo es para una joven, está asumiendo la tradicional idea de que la sexualidad femenina esta ligada al propósito de tener hijos, ignorando la relevancia física y psicológica de la sexualidad en la realización de la mujer como persona, y omitiendo tomar en consideración las dimensiones que la sexualidad tenía para la demandante en el caso concreto. La existencia de prejuicios en el razonamiento judicial se corrobora con la frase *“solo debe cuidar de su esposo”*. Además, el TEDH trae a colación dos asuntos decididos asimismo por el Tribunal Supremo de Portugal en los cuales, en supuestos de indemnización por errores médicos en que los demandantes eran varones quincuagenarios, se dieron indemnizaciones superiores por las dificultades en el acto sexual, a la vez que ello se consideraba un *“tremendo shock”*.

Con independencia de los otros factores concurrentes –origen racial o étnico en el Caso de la Nena, origen racial o étnico y nacionalidad en el Caso B. S., o edad en el Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais–, los tres casos tienen el denominador común de la discriminación por sexo/género, demostrando así su fácil acumulabilidad a otras causas de discriminación.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LA INTERSECCIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA (RECTIUS, EL NO RECONOCIMIENTO)

A nivel legislativo, ninguna directiva sobre igualdad contempla expresamente en su parte articulada la discriminación múltiple. No obstante, la doble discriminación sexo/raza aparece expresamente en el Considerando (14) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, donde se afirma que, *“en la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad... debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”*. Una afirmación de alcance semejante nos la encontramos en el Considerando (3) de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación –que contempla como causas de discriminación motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual–: *“En la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad... debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”*.



Siguiendo esta línea, la Estrategia Marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades (2005)¹⁹ afirma que, “en consonancia con el principio de integración de la igualdad entre los sexos en otras políticas, la UE debe tomar en consideración las distintas formas de discriminación que sufren las mujeres y los hombres por razones vinculadas a su raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En algunos ámbitos, puede ser pertinente la aplicación de un enfoque integrado para combatir la discriminación y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, que tenga en cuenta el hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos”.

Con fundamento en todos estos datos, se ha dado por sentado que la discriminación múltiple está protegida por el Derecho de la Unión Europea, y ello ha avalado la publicación de varios estudios en la materia²⁰. En esta línea de pensamiento, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 17 de enero de 2014²¹, afirma que “las Directivas no recogen nin-

guna disposición específica sobre las discriminaciones múltiples pero ambas se refieren al hecho de que a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”, de modo que “las Directivas ya contemplan la combinación de dos o más motivos de discriminación”.

No obstante, se trata de afirmaciones situadas en partes expositivas de las directivas y en actos no normativos dictados en su desarrollo, así como en informes sin ningún valor jurídico, sin que se haya aprobado hasta el momento ningún acto de carácter normativo donde expresamente se contemple la discriminación múltiple. Y la cuestión es trascendental porque, a diferencia del CEDH, el Derecho de la Unión Europea no contempla una cláusula abierta de igualdad, sino que solo prohíbe determinadas causas de discriminación –a saber, sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual–.

Vaya por delante que, a nuestro juicio, una discriminación interseccional en la que confluyan dos o más causas de discriminación, es un

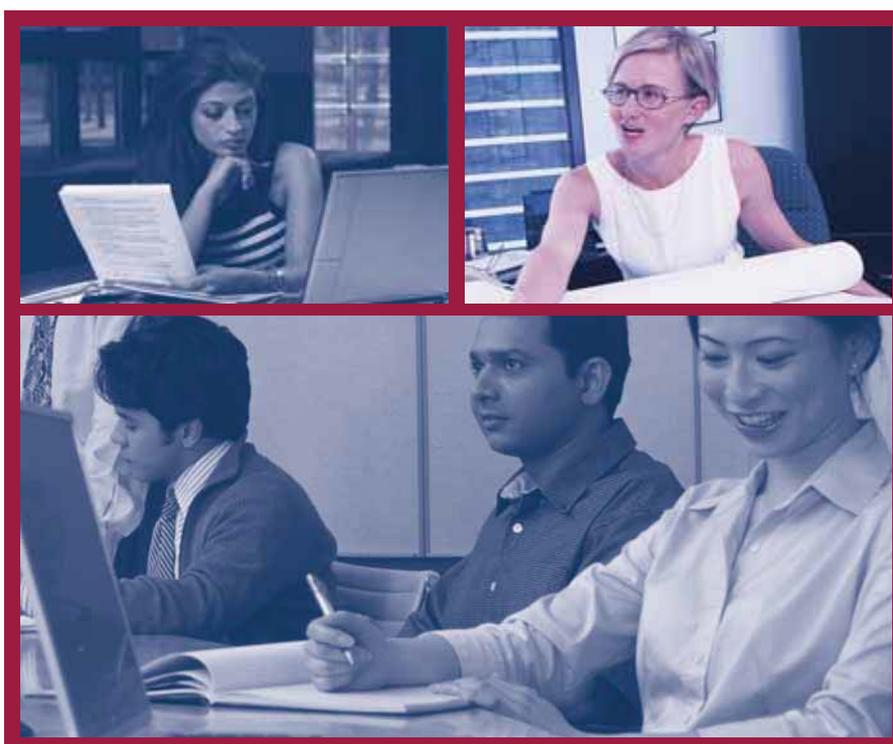
derivado de esas causas que se ampara en las mismas. Pero también se ha objetado que si la interseccionalidad obliga a identificar un colectivo discriminado, estaríamos entonces ante una nueva causa de discriminación diferente a la suma de las causas de discriminación conjugadas que debería ser recogida legalmente para poder ser aplicada judicialmente. Otra solución diferente –según esta objeción– supondría –en símil beisbolístico– batear dos veces: una atendiendo a las causas de discriminación contempladas en la ley, y otra atendiendo a otra causa de discriminación.

Desafortunadamente, esto último es lo que opina el TJUE. Aunque la doctrina científica se ha afanado en buscar casos de discriminación múltiple en su jurisprudencia, lo cierto es que nunca ha admitido el concepto de discriminación múltiple ni sus eventuales consecuencias jurídicas. Quizás, hasta el Caso Parris –al que se hará mención de inmediato y que, como veremos, sienta una doctrina restrictiva–, el caso donde más de cerca había aparecido la discriminación múltiple fue en la STJUE de 19.4.2012,

¹⁹ La Estrategia Marco aparece canalizada en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [SEC(2005) 689].

²⁰ La Comisión Europea ha publicado varios informes (de fácil acceso en Google): “Tackling multiple discrimination: Practices, Policies and Laws” (Danish Institute for Human Rights, 2007); “Multiple discrimination in EU Law – Opportunities for legal responder to intersectional gender discrimination?” (European network of legal experts in the field of gender equality – Susanne Burri/Dagmar Schiek, 2009); “Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law” (European network of legal experts in the field of gender equality and non discrimination – Sandra Fredman, 2016).

²¹ Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo (Directiva de igualdad racial) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo (Directiva de igualdad en el empleo) [SWD(2014) 5 final].





Caso Meister, C-415/2010. La trabajadora demandante alegaba la existencia de un rechazo al empleo por una discriminación múltiple por su sexo, su edad y su origen étnico. Sin embargo, la cuestión resuelta por el TJUE no tenía que ver con el concepto de discriminación múltiple, ni con sus consecuencias jurídicas, sino con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba que, de manera idéntica, se contienen en las tres directivas referidas a esas causas de discriminación –a saber, artículo 8 de la 2000/43/CE, artículo 10 de la 2000/78/CE, y artículo 19 de la 2006/54/CE–.

En la STJUE de 24.11.2016, Caso Parris, C-443/15, se enjuició si era discriminatorio por razón de orientación sexual, o por razón de edad, o por ambas razones conjuntamente, un plan de pensiones de empleo que supeditaba el derecho de las parejas registradas supervivientes de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se haya celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, cuando es que el derecho irlandés no le ha permitido a dicho afiliado –por tratarse de una pareja de homosexuales varones– celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar esa edad. El TJUE rechaza la existencia de discriminación primero por orientación sexual y luego por edad, para acabar concluyendo que –en contra del criterio de la Abogada General Sra. J. Kokott– tampoco hay discriminación combinada. Según el TJUE razona, “aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado”. Y el fallo consiguiente no puede ser más cla-

ro: “los artículos 2 y 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no puede crear una discriminación basada en el efecto combinado de la orientación sexual y de la edad cuando dicha normativa no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ni en razón de la edad consideradas por separado”.

¿Aplicaría el TJUE los mismos argumentos si una de las discriminaciones a considerar fuera la de sexo? No debemos olvidar que el artículo 8 del TFUE establece que “en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad” –principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres–. Quizás esta norma actúe como una palanca argumental válida para concluir que una discriminación interseccional con componente de género siempre debe ser judicialmente tutelada sin necesidad de ninguna intervención legislativa en orden a reconocer protección al colectivo de mujeres multidiscriminado. Una solución en sentido contrario negativo sería tanto como admitir que las directivas sobre raza y sobre otras discriminaciones se pueden aplicar sin tomar en consideración el objetivo de conseguir la igualdad de los sexos.

4. UN BREVE APUNTE DE DERECHO COMPARADO, EN ESPECIAL EN LOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

En los Estados Unidos de América, con sustento en el concepto de discriminación “sex-plus” –que no coincide exactamente con el de interseccionalidad²²–, los tribunales federales suelen admitir a las mujeres negras y de otras razas como colectivos protegidos²³. Igualmente existen avances importantes en el reconocimiento judicial en Canadá y Sudáfrica²⁴.



²²La noción de discriminación “sex-plus” arranca del Caso *Phillips vs Martin Marietta Corp.* 400 US 542 (1971), del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Una empresa rechazó la contratación de una mujer porque tenía hijos en edad escolar, mientras contrataba varones con hijos en edad escolar, alegando la ausencia de discriminación sexista dado que la mayoría de su plantilla estaba compuesta por mujeres. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró la existencia de discriminación sexista en la política de contratación de la empresa. De este modo, se habilitaba la posibilidad de comparar subgrupos dentro del grupo protegido con esos mismos subgrupos del grupo no protegido, y, a la vez, se frustraba el intento de justificar el perjuicio del subgrupo en que no se discriminaba al resto del colectivo protegido.

²³El Caso *Jefferies vs. Harris County Community Action Association*, 615 F.2d 1025 (5th Cir. 1980), consideró discriminada por sexo y por raza a una mujer negra por una empresa que, sin embargo, contrató hombres negros y mujeres blancas, afirmando que, aún sin discriminación de hombres negros o mujeres blancas, “la discriminación contra las mujeres afroamericanas puede existir”. A partir de aquí, los casos enjuiciados han girado en torno a diferencias de trato –como el Caso *Lam vs University of Hawaii*, 40 F.3d 1551 (9th Cir. 1994), referido a una profesora de ascendencia francesa/vietnamita, a quien se le denegó una promoción–, o en torno a acosos discriminatorios –como el Caso *Hicks vs Gates Rubber Co.*, 833 F.2d 1406 (10th Cir. 1987), donde se agregan las evidencias de hostilidad racial y hostilidad sexista–.

²⁴Referencias al reconocimiento de la discriminación múltiple en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, de Canadá y de Sudáfrica (el concepto no había llegado entonces a la India), en “*Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India*” (European network of legal experts in the field of non discrimination – Sandra Fredman, 2012), páginas 37 a 39.



²⁵ La Ley rumana relativa a la igualdad entre los hombres y las mujeres (2006) define la discriminación como un acto que puede tener uno o varios motivos de discriminación. Y la Ley rumana relativa a la igualdad de trato (2006), que cubre los motivos de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, dispone que la discriminación sobre dos o más motivos es una “situación agravante”. Aquí parece evidente que solo se está pensando en la discriminación acumulativa.

²⁶ Las leyes austriacas sobre igualdad de tratamiento de 2004 fueron reformadas en 2008 para especificar que la discriminación múltiple debe ser tomada en cuenta para el cálculo de la indemnización. En la Exposición de Motivos se explica que los asuntos de discriminación múltiple deben ser examinados desde una perspectiva global, sin que las indemnizaciones puedan ser consideradas aislada o acumuladamente. De nuevo aquí parece evidente que la normativa solo está pensando en la discriminación acumulativa.

²⁷ La ley federal alemana relativa a la igualdad de trato (AGG 14.08.2006) dispone, en su capítulo 4, que, cuando la discriminación se funda sobre varios motivos, no se puede justificar más que si la justificación se aplica a todos los motivos causantes de la diferencia de trato, lo que se interpreta en el sentido de que la justificación debe ser fijada según las normas más estrictas. Véase Barbara Giovanna Bello, “Multiple discrimination” (2015), documento accesible en www.era-comm.eu. Como se ve, el texto de la ley no hace distinciones entre las discriminación acumulativa y la discriminación interseccional, y, como opinión personal, me parece está presuponiendo solamente la discriminación acumulativa, no la interseccional.

²⁸ La Equality Act de 2010 establece, Sección 2.14 (“combined discrimination: dual characteristics”), que “una persona (A) discrimina a otra (B) si, debido a una combinación de dos características relevantes protegidas, A trata a B menos favorablemente que A trata o trataría a una persona que no comparte ninguna de esas características”, especificando que “las características relevantes protegidas son: (a) edad; (b) discapacidad; (c) cambio de sexo; (d) raza; (e) religión o convicciones; (f) sexo; (g) orientación sexual” (la traducción es propia). Obsérvese solo se alude **1** a dos causas de discriminación, **2** debiendo ser la dos directas, y **3** dentro de una lista cerrada de causas de discriminación. Una crítica más profunda destaca como el concepto, si bien adecuado para la discriminación acumulativa, no refleja la esencia de la interseccionalidad al no acoger la idea de “stigma”. Véase Iyiola Solanke, “Multiple discrimination: Immutability and its alternative” (2010), documento accesible en www.era-comm.eu.

²⁹ La legislación griega sobre no discriminación (2005 y 2010) no contiene referencias a la discriminación múltiple. Pero en una reforma atinente a la Inspección de Trabajo (2011) se establece que ésta controla la aplicación del principio de igualdad de trato sin distinción por el origen racial o étnico, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual considerando los casos de discriminaciones múltiple. Es un texto genérico que no aclara expresamente si incluye la discriminación interseccional.

Dentro de la Unión Europea, los Estados que reconocen legalmente la discriminación múltiple no son actualmente muchos, ninguno hace distinciones entre discriminación acumulativa y discriminación interseccional, y todos parecen hablar solo de la primera: Rumanía (2006)²⁵, Austria (2008)²⁶, Alemania (2006)²⁷, Reino Unido (2010)²⁸, o Grecia (2011)²⁹.

5. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL DERECHO ESPAÑOL INTERNO

Nuestra legislación también conoce la categoría de la discriminación múltiple pues la contempla la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD). En este sentido, nuestra legislación suele ser citada en los informes emanados de la Unión Europea como uno de los pocos Estados miembros que contemplan expresamente la categoría en su legislación. Pero asimismo se incurre en las imprecisiones y limitaciones vistas en las legislaciones de los demás Estados miembros.

6.2

La LOIEMH

La LOIEMH, en su Exposición de Motivos se refiere explícitamente a la “especial consideración con los supuestos de doble discriminación”. En la parte articulada, su artículo 14.6º incluye, como criterios de actuación de los Poderes Públicos, “la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los Poderes Públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva”. Y su artículo 20.c) obliga a adecuar estadísticas y estudios para la detección de las “situaciones de discriminación múltiple”.

Merece esta norma algunos comentarios. En primer lugar, se habla tanto de doble discriminación como de discriminación múltiple, lo cual sería siempre preferible pues construir el concepto sobre la idea de duplicidad resulta limitativo, tanto porque cabe la posibilidad de que en una situación dada se acumulen más de dos motivos de discriminación, como porque parece solo contemplar la adición de las causas, no su intersección.



En segundo lugar, no se hace una descripción del concepto de doble discriminación, o más correctamente de discriminación múltiple, que permita identificar las situaciones en que se produce más allá de los ejemplos que se ponen. Si a ello unimos la falta de referencia expresa a la interseccionalidad, se corrobora que nos encontramos con una normativa aparentemente referida solo a los supuestos de discriminación acumulativa.

En tercer lugar, no se agotan los motivos o factores de discriminación con los cuales se puede combinar el sexo/género, pues se alude solo a algunas de las posibles combinaciones partiéndose siempre de la variable sexo que nunca muta y a la que se le combina otros motivos o factores de discriminación, aunque se olvidan otros –por ejemplo, la conjunción de sexo y orientación sexual, que da lugar a una forma tan típica de discriminación múltiple que tiene *nomen* propio: la lesbofobia–. Ob-

viamente –dado que se trata de una ley de igualdad de mujeres y hombres–, no se alude a otras combinaciones de factores sin intervención del sexo/género. La crítica doctrinal aquí no sería, pues, a la LOEIMH, dada su finalidad y contenido, sino más bien al legislador por no haber todavía acogido con generalidad el concepto de discriminación múltiple.

Y, finalmente, se prevé la posibilidad de tomar medidas de acción positiva cuando estemos ante grupos de especial vulnerabilidad por concurrir en ellos diferentes factores de discriminación, lo que es una habilitación general sin concreción de medidas concretas a adoptar. A lo largo de la LOIEMH, hay algunos artículos con ciertas concreciones: en los programas específicos dirigidos a la plena incorporación de las mujeres a la sociedad de la información, se contemplarán en particular los “*colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural*” –artículo 28.2–; o

cuando se establece que los programas de inserción laboral activa comprenderán “*todos los niveles educativos y edad de las mujeres*” –artículo 42.2–.

En desarrollo de la LOIEMH, la discriminación doble o múltiple aparece nombrada una docena de veces en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016. Además de varias referencias puntuales a lo largo del documento, hay una referencia realmente trascendental dado su carácter transversal en cuanto se incluye dentro del Eje 7, “*instrumentos para integrar el principio de igualdad en las distintas políticas y acciones del Gobierno*”. Se trata del objetivo 7.7: “*tener en cuenta, en el diseño e implementación de las políticas públicas de los diferentes ámbitos de intervención, las posibles formas de discriminación múltiple de las que puedan ser víctimas determinados colectivos de mujeres*”. La justificación del objetivo es que “*las políticas públicas no solo habrán de tener en cuenta la inclusión transversal del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sino también la posible incidencia de otras variables, cuya concurrencia resulte generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención*”.

¿Se está contemplando la interseccionalidad? Desde luego, no de manera expresa ni en la LOIEMH ni en Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016. Y las dificultades para apreciar si se contempla de manera tácita resultan evidentes: no se hacen distinciones, no se alude a ella, y la constante alusión a las medidas de acción positiva para solventar las discriminaciones dobles o múltiples nos sitúan más en el ámbito de la igualdad de oportunidades –contenido promocional de la igualdad de género– que en el ámbito de la igualdad de trato –contenido esencial de la igualdad de género– en el cual se debería integrar la interseccionalidad.





5.2

La LGDPD

También LGDPD se refiere a la discriminación que, a diferencia de la LOIEMH, ya llama siempre múltiple. Su artículo 7, rubricado “derecho a la igualdad”, establece, entre otras cosas, que *“las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías”*. Y en su artículo 67, rubricado “medidas de acción positiva”, se afirma que *“los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural”*.

Presenta la formulación de la LGDPD algunos avances frente a la LOIEMH, aunque también algunos aspectos criticables, y, en todo caso, sigue sin concretar cuáles puedan ser las medidas adecuadas de acción positiva. Entre los aspectos positivos, destaca señeramente el uso de la expresión discriminación múltiple. Aunque luego tampoco la define, e introduce una serie de conceptos un tanto confusos como cuando alude a las situaciones de *“un mayor grado de discriminación”*, entre las cuales estaría la discriminación múltiple, y luego contempla como una situación diferente la de *“un menor grado de igualdad de oportunidades”*, pero sin aclarar donde están los matices diferenciales entre esas dos situaciones, incurriendo en confusión que se agrava con la circunstancia de que los ejemplos de esta segunda situación claramente se deberían incluir como evidentes supuestos de discriminación múltiple, a saber: quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la libre toma de decisiones –como serían los niños y las niñas, correctamente citados en la norma; pero aquí la referencia asimismo contenida en la norma a las mujeres es inapropiada en cuanto que las mujeres no precisan por definición de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la

libre toma de decisiones–, y quienes padecen una más acusada exclusión social.

En desarrollo de la LGDPD, el Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020, dentro del Eje 1, *“igualdad para todas las personas”*, cuyo objetivo estratégico es *“garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de todos sus derechos con el resto de los ciudadanos”*, incluye como objetivo operativo 1 el de *“combatir la discriminación múltiple y erradicar toda forma de discriminación”*. Lo que se justifica en la existencia de *“factores multiexcluyentes que posibilitan (la) mayor vulnerabilidad (de las personas con discapacidad) y que tienen su origen en el sexo, en la pertenencia a un grupo social determinado, en la edad, la etnia, la nacionalidad, la orientación o identidad sexual o el ámbito residencial. Corresponde actuar para contrarrestar estas situaciones y limitar su impacto excluyente”*.

¿Se está contemplando la interseccionalidad? Desde luego, no de manera expresa ni en la LGDPD ni en el Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020. Y las dificultades para apreciar si se contempla de manera tácita resultan las mismas vistas en relación con la LOIEMH y el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016.

6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

Si releemos todo lo hasta ahora explicado, aparentan existir dos mundos diferentes en la Unión Europea y en sus Estados miembros, incluyendo España: la agenda política y el sistema jurídico.

La agenda política ha acogido con alborozo el concepto de discriminación múltiple reflejándose en actos no normativos, estudios oficiales, planes de igualdad y en la asunción de medidas de acción po-



sitiva. Mientras las normativas internas y las resoluciones judiciales –en particular, el TJUE– se resisten a acoger la interseccionalidad argumentando que, de acogerse, se estaría consagrando judicialmente una nueva causa de discriminación prohibida, situando de esta manera la pelota en el tejado del legislador comunitario.

No se puede negar –aunque no se compartan– que las argumentaciones del TJUE se fundamentan en la propia esencia de la discriminación interseccional, pues esta –a diferencia de la discriminación acumulativa– se caracteriza precisamente porque la conjunción simultánea de dos o más causas de discriminación crea una nueva discriminación diferente al sumatorio de las causas conjugadas. Y al crear una discriminación nueva, no entra –según el TJUE– en la prohibición de las causas conjugadas. La virtualidad positiva de la interseccionalidad, que es dar nombre a algo que hasta entonces no lo tenía y que, en consecuencia, no tenía marcos de protección jurídica, resulta también su talón de Aquiles.

Pero estas argumentaciones –ya lo hemos dicho y ahora lo reiteramos– no las compartimos. La discriminación interseccional es un nuevo e importante avance dogmático en el tránsito desde una concepción de la igualdad de trato/prohibición de discriminación basada en un test de comparación hacia una concepción de la igualdad de trato/prohibición

de discriminación basada en un test de perjuicio. Al TJUE lo que le da pánico es apreciar una discriminación sin la existencia de un tercero comparador, y eso es efectivamente lo que ocurre con la discriminación interseccional que se construye más sobre la idea de los prejuicios hacia un colectivo determinado por la conjunción simultánea de dos causas de discriminación.

Frente a esta postura del TJUE, se encuentra la del TEDH, más abierto a recibir el concepto de discriminación múltiple basada en la conjunción de varios prejuicios discriminatorios. También es verdad que son diferentes los marcos normativos de referencia con arreglo a los cuales deciden esos altos tribunales. El artículo 14 del CEDH prohíbe las desigualdades con una cláusula muy abierta mientras el Derecho de la Unión Europea solo contempla unas causas tasadas de discriminación. Quizás si la Unión Europea suscribiese el CEDH desaparecerían estas divergencias, pero ello, que estaba previsto en el Tratado de Lisboa (2008), no parece vaya a ocurrir a corto plazo, y acaso acabe siendo una quimera.

Mientras tanto, los tribunales españoles deberían poner la vista en la jurisprudencia del TEDH más que en la del TJUE. En primer lugar, porque el CEDH es directamente aplicable en España, y según la interpretación del TEDH presenta un mayor nivel de protección de la discriminación múltiple en compa-

ración con el Derecho de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, porque el artículo 14 de nuestra Constitución, en línea precisamente con el artículo 14 del CEDH, no solo prohíbe las discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, además prohíbe la discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, constituyendo así una cláusula de igualdad sumamente abierta.

En conclusión, la discriminación múltiple, sea acumulativa o sea interseccional, no se puede quedar solo en el campo de la promoción de la igualdad justificando medidas de acción positiva o de igualdad de oportunidades que no son exigibles judicialmente y están al albur del legislador; sino que debe entrar de lleno en el campo de la igualdad de trato, es decir debe entrar de lleno en la prohibición de discriminaciones que sí es exigible judicialmente incluso frente a una actuación legislativa³⁰. Con independencia de lo que diga al respecto el Derecho de la Unión Europea, ello es justamente lo que se deriva del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 14 de nuestra Constitución.

³⁰ Conclusión que ya alcanzábamos en “*El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, páginas 243 a 250, y en particular páginas 246.

