

LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE,
UNA REALIDAD ANTIGUA,
UN CONCEPTO NUEVO

FERNANDO REY MARTÍNEZ

I. INTRODUCCIÓN: UN CONCEPTO EMERGENTE, SENCILLO DE INTUIR, PERO DE CONTORNOS IMPRECISOS.—II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA IDEA DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. UN CONCEPTO DE CORTA HISTORIA Y LARGO PASADO.—III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES. CLAVES Y CLASES DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. REVISIÓN CRÍTICA DE LA CLASIFICACIÓN EN DISCRIMINACIONES MÚLTIPLES, COMPUESTAS E INTERSECCIONALES.—IV. SENTIDO Y ALCANCE DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE COMO PRINCIPIO DE POLÍTICA SOCIAL Y COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.—V. EN PARTICULAR, LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE COMO CRITERIO O PERSPECTIVA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA. APLICACIÓN AL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 69/2007, DE 16 DE ABRIL, SOBRE DENEGACIÓN DE PENSIÓN DE VIUDEDAD A MUJER CASADA CONFORME A LA COSTUMBRE GITANA.

I. INTRODUCCIÓN: UN CONCEPTO EMERGENTE, SENCILLO DE INTUIR,
PERO DE CONTORNOS IMPRECISOS

Las instituciones de la Unión Europea se han puesto serias en la lucha contra la discriminación. Una Comunicación reciente de la Comisión (1) revela que, aunque se han verificado avances, muchos europeos sienten todavía que la discriminación sigue extendida: en el año 2007 un 15 por 100 de ellos la han experimentado personalmente y un 29 por 100 afirma que han sido testigos de ella. La discriminación,

(1) Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 2 de julio de 2008.

se asegura, «destruye la vida de los individuos, perjudica también a la economía y a la sociedad en su conjunto, y, además, mina el apoyo y la confianza en los valores fundamentales europeos de la igualdad y el Estado de Derecho» (2).

El Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea ha sido objeto de un espectacular desarrollo en los últimos años, entre otros factores, por la introducción del artículo 13.1 en el Tratado de la Comunidad Europea en 1999 (3), la adopción de las dos Directivas del año 2000 contra la discriminación racial o étnica (4) y la igualdad en el empleo (5), la evolución de las políticas y disposiciones a favor de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (6) [que ha operado como «locomotora de la igualdad» (7) en otros campos], la adopción del Programa comunitario para el empleo y la solidaridad social, «Progress» (2007-2013) (8), la declaración de 2007 como «año europeo de la igualdad de oportunidades para todos» (9), o, de modo más reciente todavía, la propuesta de Directiva del Consejo sobre aplicación de la igualdad de trato con independencia de la religión o las creencias, la discapacidad, la edad

(2) Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2005. Es interesante este argumento porque resalta la dimensión objetiva de la igualdad, como valor que interesa a toda la sociedad y no sólo (aunque, por supuesto, lo sea más directamente) a las víctimas de la discriminación. Por mi parte, hubiera añadido que la discriminación no sólo mina el Estado de Derecho, sino también el principio democrático, en la medida en que confina a ciertas personas y grupos a la categoría de no participantes, devaluando su ciudadanía.

(3) «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.»

(4) Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, sobre la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico.

(5) Directiva 2000/78/EC, de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación.

(6) La disposición más importante es la Directiva 76/207/CEE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al empleo, a la formación y la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, que ha sido modificada el 23 de septiembre de 2002 y por la Directiva 2006/54, que viene a «codificar» la normativa sobre la materia.

(7) La Estrategia marco, antes citada (ver nota 2), constata que la Unión Europea «posee una larga experiencia en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo y en la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres» y ahora «debe examinar de qué manera puede trasladar a otros tipos de discriminación la experiencia adquirida en la lucha contra la discriminación por razón de sexo».

(8) Decisión núm. 1672/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006. Uno de los objetivos principales de este Programa es la lucha contra la discriminación en el ámbito del empleo, la protección e integración social y las condiciones de trabajo.

(9) Decisión núm. 771/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo.

y la orientación sexual, de 2 de julio de 2008. Cuando dicha Directiva logre aprobarse, se consolidará un Derecho europeo antidiscriminatorio «de seis rasgos» (semejante al de los sistemas anglosajones), género, raza o etnia, religión y creencias, discapacidad, edad y orientación sexual, cuyos ámbitos de aplicación principales serán el empleo, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, el acceso a bienes y servicios a disposición de la población, incluida la vivienda, y la educación.

La impetuosa emergencia y evolución del Derecho europeo de lucha contra la discriminación ha venido marcando tendencia respecto de los ordenamientos estatales, procurando transformaciones significativas de éstos. Europa está sirviendo como modelo y factor de impulso, como «catalizador» (10), llegando su influencia a establecer la propia gramática fundamental del derecho de la igualdad, esto es, el marco normativo y conceptual del Derecho antidiscriminatorio de los Estados miembros (11). Así ha sucedido, por ejemplo, con las definiciones centrales de la igualdad de trato y de oportunidades, de las discriminaciones directas e indirectas, del acoso, etc., con las principales técnicas de garantía: la inversión de la carga de la prueba, la creación de los organismos de igualdad de trato, etc. Y así está sucediendo en la actualidad con un concepto tan fácil de entender intuitivamente, un concepto sencillo *ictu oculi*, como borroso y de contornos de difícil precisión, cual es el de las discriminaciones *múltiples*. La Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2005, ya aludía, en su Introducción, al hecho de que «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».

El uso entusiasta que este término está alcanzando en el lenguaje político no se compadece, sin embargo, con la escasa claridad que, al menos por el momento, acompaña a su sentido y alcance desde el punto de vista estrictamente jurídico. Este breve trabajo se enmarca precisamente en este contexto: se trata de intentar explorar los perfiles jurídicos de una categoría-niebla que, hasta ahora, salvo en algunos ordenamientos anglosajones, parecía pertenecer sobre todo al campo de la sociología, con perfiles más teóricos que prácticos, además. No es ajeno a ello, como tendremos ocasión de comprobar, el carácter problemático que acompaña al concepto.

(10) Así lo califica el Preámbulo del Libro Verde sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, presentado por la Comisión el 28 de mayo de 2004.

(11) Por supuesto, más en unos casos (la Europa del Este y la del Sur) que en otros (las áreas anglosajona y nórdica). En conjunto, el Derecho antidiscriminatorio europeo se inspira en el troquel británico y norteamericano.

Evidentemente, no es nueva la idea de que algunas víctimas de discriminación lo son por varios rasgos asociados a estereotipos negativos hondamente arraigados en la sociedad, lo que, por un lado, amplifica la gravedad de la herida de su dignidad y, por otro, transforma de alguna manera el tipo de lesión. Se había detectado de modo particular en el campo de la discriminación por género, significativamente, el más desarrollado en Europa y en España (12). Pero la constatación apenas había ido más allá y no se habían extraído de ella consecuencias líquidas y ciertas. Tanto en el Derecho internacional como en el de los Estados, la prohibición de discriminación se aborda invariablemente a partir del análisis de un solo factor de discriminación (raza, género, discapacidad, etc.) y rara vez combinando varios. Se suelen tratar como rectas paralelas que siempre guardan la misma distancia y nunca se cortan.

Este enfoque está cambiando. El concepto de discriminación múltiple ha sido reconocido expresamente en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrado en Durban (Sudáfrica) en 2001. La Declaración de Durban alude explícitamente en varias ocasiones a las discriminaciones múltiples; se trata de un auténtico bautismo jurídico del concepto en la arena del Derecho internacional (13). Durban puso la idea de discriminación múltiple en el mapa. El concepto de discrimina-

(12) Ya la declaración de Beijing (1995) en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres, en su párrafo 32, se refería a las «múltiples barreras» que impiden a algunos grupos de mujeres avanzar en la igualdad real: «Nosotros, los Gobiernos participantes, estamos determinados a... Intensificar los esfuerzos para asegurar el igual disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todas las mujeres y chicas que sufren múltiples barreras en su empoderamiento y progreso a causa de factores tales como su raza, edad, lengua, grupo étnico, cultura, religión, discapacidad o por pertenecer a una comunidad indígena».

(13) El Preámbulo de la Declaración enfatiza el deber de los Estados de promover los derechos humanos de «todas» las víctimas de racismo y discriminación racial, aplicando una perspectiva de género y reconociendo las múltiples formas de discriminación que las mujeres sufrían. El artículo 2 de la Declaración abraza explícitamente el concepto: «Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia ocurre en razón de la raza, el color, la nacionalidad o el origen étnico y que las víctimas pueden sufrir múltiples o agravadas formas de discriminación basadas en otros factores como el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otro tipo, el origen social, la propiedad, el nacimiento u otro *status*». También son de interés los párrafos 69 y 70: «69. Estamos convencidos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia se muestran de forma distinta para mujeres y chicas y puede estar entre los factores que conducen a un deterioro en sus condiciones de vida, pobreza, violencia, formas múltiples de discriminación y la limitación o la lesión de sus derechos humanos. 70. Reconocemos la necesidad de desarrollar una perspectiva más sistemática y consistente para evaluar y monitorizar la discriminación racial contra mujeres, así como las desventajas, obstáculos y dificultades que sufren las mujeres en el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por causa del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia».

ción múltiple ha entrado también con fuerza en la agenda de las instituciones comunitarias europeas. Un influyente Informe elaborado en 2007 por el Instituto danés de Derechos Humanos para la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, lleva por título, precisamente: «Abordando la Discriminación Múltiple. Prácticas, políticas y normas» (14). El párrafo 14 de la Directiva 2000/43, sobre igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, antes aludida, pone como meta de la Comunidad la igualdad entre mujeres y hombres, «sobre todo considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». La idea ha entrado en el lenguaje político y jurídico de la Unión. El esfuerzo de clarificación conceptual se torna por ello más acuciante.

II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. UN CONCEPTO DE CORTA HISTORIA Y LARGO PASADO

La idea de discriminación múltiple tiene un neto pedigrí anglosajón. Como observa Timo Makkonen (15), uno de los mayores especialistas en la cuestión, y recoge también el Informe antes citado (16), la idea de que la gente puede pertenecer a varios grupos en desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación, fue reconocida y denominada por primera vez discriminación «*multiple*» o, más comúnmente, «*interseccional*» (17) a finales de los años ochenta por algunas profesoras feministas afroamericanas de Estados Unidos. La más representativa ha sido Kimberlé Crenshaw (18), quien tuvo la oportunidad de plasmar su visión conceptual en el primer documento internacional que reconoce el fenómeno con su participación en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo celebrada en 2001 en Durban (Sudáfri-

(14) *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, European Communities, 2007. No hay trabajos sobre este tema en España, así que en su bibliografía (que no es muy larga) no se refleja ni un solo trabajo doctrinal español.

(15) *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, abril de 2002, pág. 1.

(16) Ob. cit., pág. 15. El Informe hace suyas, en gran medida, las bases conceptuales del profesor finlandés T. Makkonen.

(17) En el epígrafe posterior se intentará trazar un esquema terminológico y conceptual preciso.

(18) *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1989, págs. 67-139.

ca). Su planteamiento ha marcado impronta en la academia norteamericana para describir, sobre todo, las experiencias de las mujeres negras (19), pero también de mujeres asiáticas (20) y latinas (21), e incluso de hombres negros, lo cual no deja de resultar paradójico en relación con la tesis principal de Crenshaw (22), aunque con ello se pone de relieve, ya desde el inicio, una de las amenazas más importantes que pesan sobre el concepto de discriminación múltiple, la de la subyacente jerarquización de la situación de vulnerabilidad y de las consecuentes necesidades de los grupos sociales en desventaja que podría acarrear (23). De «abrir la caja de Pandora», si se estimaran las discriminaciones múltiples, habla una temprana sentencia del Tribunal de Distrito Este de Missouri de 1976 (24).

K. Crenshaw expone en su seminal trabajo de 1989, antes citado (25), la idea de que la tendencia a tratar género y raza como categorías mutuamente excluyentes, impermeables entre sí podríamos decir, produce consecuencias

(19) Rosario CASTRO y Lucía CORRAL, *Comment*, «Women of Color and Employment Discrimination: Race and Gender Combined in Title VII Claims», *La Raza Law Journal*, vol. 6, 1993, pág. 159. Angela P. HARRIS, «Race and Essentialism in Feminist Legal Theory», *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, págs. 581, 594, 608-609. Mary Jo WIGGINS, *Foreword*, «The Future of Intersectionality and Critical Race Feminism», *Journal Contemporary Legal Issues*, vol. 11, 2001, págs. 677-678. Paulette CALDWELL, «A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender», *Duke Law Journal*, 1991, pág. 365. Maria ONTIVEROS, «Three Perspectives on Workplace Harassment of Women of Color», *Golden Gate University Law Review*, vol. 23, 1993, pág. 817. Judy SCALES-TRENT, «Black Women and the Constitution: Finding Our Place, Asserting Our Rights», *Harvard Civil Rights Law Review*, vol. 24, 1989, pág. 9.

(20) 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», *B. C. L. Rev.*, vol. 37, 1996, pág. 771.

(21) Julissa REYNOSO, «Perspectives on Intersections of Race, Ethnicity, Gender, and Other Grounds: Latinas at the Margins», *Harv. Latino L. Rev.*, vol. 7, 2004, págs. 63-64.

(22) Ya que la idea de K. Crenshaw es que las mujeres negras son, en cierta medida, una minoría dentro de la minoría negra, mientras que estos autores defienden que son los hombres negros «la última minoría» en Estados Unidos, puesto que, con apoyo en algunas estadísticas, observan que las mujeres negras están haciendo mejores avances en empleo y educación que los hombres negros. Floyd D. WEATHERSPOON, «Remediating Employment Discrimination Against African-American Males: Stereotypical Biases Engender a Case of Race Plus Sex Discrimination», *Washington Law Journal*, vol. 36, núm. 23, 1996, pág. 26, y, más recientemente (2007), D. Aaron LACY, «The most endangered title VII plaintiff?: exponential discrimination against african-american males», disponible en http://works.bepress.com/d_aaron_lacy/2.

(23) Volveremos sobre este asunto, pero adelanto que el hecho, por otro lado, no de laboratorio, sino muy real, de la *competición* entre minorías (especialmente por los recursos públicos escasos) puede ser el efecto no deseado de una incorrecta comprensión del fenómeno de la discriminación múltiple, no su consecuencia necesaria.

(24) *DeGraffenreid v. Gen. Motors Assembly Div.*, 1976.

(25) Ver *supra*, nota 18.

problemáticas tanto en la teoría feminista como en las políticas antirracistas. Concretamente, nuestra autora entiende que al limitar el examen de las discriminaciones a las experiencias de los miembros más privilegiados de las minorías (los hombres negros y las mujeres blancas), se margina del análisis a aquellas que sufren múltiples barreras que no pueden ser comprendidas como consecuencia de rasgos de discriminación aislados y, por tanto, las mujeres negras son «invisibilizadas» (26). El enfoque tradicional no tendría en cuenta adecuadamente la interacción entre raza y género y se limitaría a un escaso juego de experiencias. En consecuencia, no enfocaría «de modo suficiente la manera particular en que las mujeres negras se hallan subordinadas» (27). La tesis principal de Crenshaw es que las mujeres negras pueden ser discriminadas de formas semejantes, pero también distintas de las experimentadas por las mujeres blancas y por los hombres negros. ¿Cómo? De cuatro maneras: pueden ser discriminadas del mismo modo que las mujeres blancas; o que los hombres negros; o pueden sufrir una «discriminación doble» en razón de los efectos combinados que discriminan sobre las bases del sexo y de la raza; o, finalmente, pueden ser discriminadas en tanto mujeres negras, no por la suma de ambos factores (el racial y el sexual), sino específicamente por ser mujeres negras (28).

Este concepto de discriminación múltiple que emerge en Estados Unidos está en trance de adquirir carta de naturaleza en el Derecho europeo, pero hay que tener en cuenta que algunos de los elementos centrales de su configuración sí son extrapolables a otros ordenamientos, pero otros, por razones de contexto, no lo son. Ante todo, porque el concepto surge en Estados Unidos directamente ligado a su sistema procesal, concretamente a cómo está organizada allí la protección jurídica frente a las discriminaciones laborales a partir del famoso Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. En efecto, esta legislación sólo permite, en principio, plantear demandas de discriminación o por género o por raza, pero no por ambas conjuntamente. El corazón del trabajo citado de K. Crenshaw es, precisamente, el examen crítico de algunas decisiones judiciales que se negaron a realizar un examen de las demandas presentadas desde una perspectiva conjunta del género y de la raza.

(26) *Ibidem*, pág. 24. Ella emplea la palabra «*erased*»; la traduzco un tanto libremente por «invisibilizadas». Para apreciar con mayor intensidad el interesante análisis de Crenshaw, me permito sugerir al lector español que aplique, por ejemplo, los argumentos que ella emplea a las mujeres gitanas o a las inmigrantes que ejercen la prostitución en nuestro país.

(27) *Ibidem*, pág. 25. Y, por ello, las necesidades y perspectivas de las mujeres negras se habrían venido ubicando en «los márgenes» de las agendas emancipadoras del feminismo y del movimiento antirracista (pág. 35).

(28) *Ibidem*, pág. 35.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos doctrinales mencionados, en Estados Unidos el reconocimiento judicial de las discriminaciones múltiples o interseccionales sólo se ha producido en «algunos pocos asuntos» (29). Una primera vía se ha referido a la discriminación sexual, combinada con otros factores (30). En *Phillips v. Martin Marietta* (1971), el Tribunal Supremo Federal acuñó la teoría de la discriminación *sex-plus*, que es una forma de discriminación múltiple que se produce cuando un empleador mantiene una política de contratación diferente para hombres y mujeres basándose en el ejercicio de un derecho fundamental, como el de contraer matrimonio o el de tener hijos. Es una variedad de discriminación interseccional porque supone una combinación de un rasgo o criterio protegido explícitamente por las normas contra la discriminación (el sexo) y otro no aludido expresamente (el matrimonio, la maternidad, etc.). En *Phillips*, Ida Phillips demandó a la empresa que se negó a contratarla porque tenía hijos en edad preescolar. El tribunal de instancia sostuvo, sin embargo, que esa decisión empresarial no era discriminatoria, ya que el 75 por 100 de los empleados eran mujeres (que no tenían hijos pequeños). El Tribunal Supremo revocó esta sentencia, considerando que esta política de contratación diferente entre mujeres y hombres por el factor adicional de tener hijos en edad preescolar sí era discriminatoria. El mensaje del Supremo es claro: los empleadores no pueden discriminar a un grupo dentro de una minoría en desventaja (en este caso, las mujeres trabajadoras) intentando justificarse en que no discriminan a otra porción de esa misma minoría (31).

Los tribunales federales también han empezado a reconocer en algunos casos las demandas de discriminación que combinan raza y sexo en relación, precisamente, con las mujeres negras. El Quinto Circuito fue el primero en hacerlo en *Jefferies v. Harris County Community Action Association* (1980). La demandante era una mujer negra, pero la empresa había contratado para el puesto de trabajo disputado a una mujer blanca y a un hombre negro. El tribunal de instancia había denegado, por este motivo, la pretensión de discriminación sexual (ya que se había contratado a una mujer) y racial (ya que se había contratado a un varón negro), pero el Tribunal de Circuito consideró que se producía una discriminación interseccional de raza y sexo. Literalmente afirmó: «creemos que la discriminación contra las mujeres afroamericanas puede existir incluso

(29) D. A. LACY, ob. cit., pág. 8.

(30) Traigo aquí, básicamente, la excelente exposición de D. A. LACY, *ibidem*, págs. 8-17.

(31) Otra Sentencia del Tribunal Supremo Federal en la que se emplea el test *sex-plus* es *Int'l Union United Auto. Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. v. Johnson Controls*, 1991. El Tribunal consideró discriminatoria la política de promoción y de reserva de ciertos puestos de trabajo de riesgo potencial por la exposición al plomo para mujeres que no tuvieran la posibilidad de ser madres.

en ausencia de una discriminación contra hombres negros o mujeres blancas». A partir de esta decisión, otros tribunales también han apreciado la existencia de discriminaciones múltiples (32), pero otros no (33). Aunque el Tribunal Supremo federal no ha enfocado expresamente esta cuestión, sí ha aludido implícitamente, en algunos *obiter dicta*, a la viabilidad de las demandas de discriminación interseccionales (34).

El concepto de discriminación *intersectional* también es conocido en el ordenamiento canadiense, que no por casualidad dispone de un sistema de protección contra las discriminaciones semejante al norteamericano. De modo particular, cabe destacar el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario (35), de 9 de octubre de 2001, titulado «Un enfoque interseccional de la discriminación. Tratando múltiples rasgos en las demandas de Derechos Humanos». Comienza este Informe citando una célebre afirmación de la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá *Egan v. Canada* (1995): «Nunca abordaremos completamente el problema de la discriminación... si continuamos enfocando a las categorías abstractas y generalizaciones en vez de a sus efectos específicos... La mayoría de las veces, la desventaja deriva de la manera en que la sociedad

(32) Así, por ejemplo, el Tribunal del Décimo Circuito ha reconocido una discriminación interseccional en *Hicks v. Gates Rubber Co.* (1985). El Tribunal, con cita expresa del asunto *Jeffries*, estimó que los insultos racistas contra la señora Hicks (una mujer afroamericana) debían ser considerados junto con la prueba de acoso sexual para determinar si existía un ambiente laboral hostil. Por su parte, el Tribunal del Noveno Circuito también apreció la existencia de una discriminación interseccional en relación con una mujer de ascendencia vietnamita en *Lam v. Univ. of Hawaii* (1994). Maiban Lam planteó una demanda de discriminación racial, sexual y de origen nacional porque se le había denegado la promoción de directora de un programa de estudios asiáticos de la Universidad de Hawaii. El Tribunal afirmó que era incorrecto en este caso analizar las discriminaciones racial y sexual separadamente, ya que «cuando existen dos rasgos de discriminación, no pueden reducirse claramente a componentes distintos» porque «intentar bisecar la identidad de una persona en la intersección de la raza y el género, a menudo distorsiona o ignora la naturaleza particular de sus experiencias».

(33) El caso paradigmático que analiza críticamente K. CRENSHAW en el trabajo citado es el de *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Division* (1976), del Tribunal de Distrito Este de Missouri, negándose a reconocer las discriminaciones interseccionales. El Tribunal sostuvo que una demanda de discriminación sólo podía presentarse por un motivo de sexo u otro de raza, pero no por una combinación de ambos a la vez. Reconocer como grupo protegido a las mujeres negras como DeGraffenreid «no debería permitirse», ya que crearía «una supergarantía» no prevista por los autores de la Ley y plantearía la posibilidad de «abrir la Caja de Pandora».

(34) Por ejemplo, en *Olmstead v. Georgia Dep't of Human Res.* (1999) cita la doctrina *Jeffries*: «la discriminación contra mujeres negras puede existir incluso en ausencia de discriminación contra hombres negros o mujeres blancas».

(35) El Informe para la Comisión europea sobre Discriminación Múltiple destaca el activo papel de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario en incorporar la perspectiva interseccional (pág. 19).

trata a los individuos en particular, más que de cualquier característica inherente a estos mismos individuos». Este punto de vista incorpora un «enfoque contextualizado de la discriminación», que mira menos a las características individuales y más a la respuesta social hacia esa persona y a las desventajas históricas sufridas por los miembros de la minoría. El Informe propone un ejemplo del nuevo enfoque harto elocuente (36): según el Tribunal Supremo (37), la determinación de lo que constituye una «discapacidad» debe basarse, sobre todo, en si la persona ha experimentado «barreras sociales» y no tanto en sus condiciones o limitaciones físicas.

En tal contexto analiza el Informe «el enfoque interseccional de la discriminación». Define el concepto de «interseccionalidad» como aquella «opresión que deriva de la combinación de varios factores que, juntos, producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo» (38). El enfoque interseccional toma en consideración el contexto histórico, social y político y reconoce la experiencia genuina del individuo basada en la intersección de todos los factores relevantes. Se propone como ejemplos: la experiencia de discriminación de las mujeres de minorías étnicas, que en muchos casos es completamente diferente de la de los varones de esa misma minoría o incluso del resto de las mujeres; la de los miembros de una religión concreta si pertenecen a otro grupo étnico o si son mujeres; las mujeres pueden estar más expuestas al acoso sexual si concurren en ellas otros factores de vulnerabilidad, como, por ejemplo, el de ser recién llegadas a Canadá; las personas discapacitadas ancianas, o de grupos minoritarios o mujeres; la discriminación de homosexuales varones y mujeres es diferente, dado que los estereotipos sexuales y de relación son distintos; los enfermos de SIDA pueden sufrir una discriminación por enfermedad y por su orientación sexual (dado que muchos consideran el SIDA una enfermedad de homosexuales) (39).

(36) *Ibidem*, pág. 2

(37) En *Quebec (Comisión des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand* (2001).

(38) *Ibidem*, pág. 3. Cita esta definición de Mary EATON («Patently Confused, Complex Inequality and Canada v. Mossop», *Review of Constitutional Studies*, vol. 1, 1994, págs. 203-229), que, por cierto, se parece mucho a la de K. Crenshaw. Eaton critica en su trabajo la Sentencia *Canadá v. Mossop*, en la que el Tribunal Supremo consideró que las familias homosexuales no estaban cubiertas por la prohibición de discriminación por *status* familiar de la Ley de Derechos Humanos de Canadá. En su opinión, el Tribunal no comprendió la complejidad de la opresión subyacente cuando la discriminación es experimentada por más de un factor. Al obligar a los demandantes a elegir entre uno u otro factor, criterio o rasgo de discriminación, se reduce en exceso una forma compleja de discriminación.

(39) *Ibidem*, págs. 4 y sigs. El Informe especifica que se trata tan sólo de unos ejemplos de entre otros muchos que podrían traerse a colación.

Pasa el Informe a continuación a exponer algunas ventajas del enfoque interseccional o contextual (40): 1.^a Permite conocer la complejidad de cómo la gente experimenta la discriminación. 2.^a Pone el foco sobre la respuesta que la sociedad ofrece al individuo como resultado de la confluencia de diversos factores y no requiere que las personas se etiqueten en rígidos compartimentos o categorías. 3.^a Se enfrenta al hecho de que la discriminación muta y tiende a ser cada vez menos abierta, más sutil, sistémica, ambiental e institucional. 4.^a Posibilita la consideración de otros factores no directamente cubiertos por el Código de Derechos Humanos de Ontario como el desempleo o subempleo, la pobreza o la falta de vivienda.

Otra idea interesante que se ofrece en el texto es la de que aunque el análisis interseccional puede operar respecto de cualquier combinación de factores, ofrece, no obstante, «implicaciones particulares para los casos raciales» (41). Volveremos sobre ello más adelante.

No obstante, el problema jurídico más importante que se presentaba en Canadá respecto de la introducción del concepto de discriminaciones múltiples era también, como ocurría en Estados Unidos, de formato más bien *procesal*. En efecto, en Canadá, con la excepción del Código de Derechos Humanos de Manitoba, el resto de catálogos de derechos de las provincias contienen una lista cerrada de factores de discriminación, que no permite a los tribunales reconocer otros no expresos (42). Esto provocaba, a juicio de los autores del Informe, dos problemas graves: la desprotección de aquellas víctimas de discriminación que no lograran incluirse en alguno de los factores enumerados (raza, género, etc.), y la insuficiente comprensión de los casos complejos de discriminación en los que aparecían combinados dos o más factores. Ejemplo del primer tipo sería la Sentencia del Tribunal Supremo en *Canada v. Mossop* (1994). El Tribunal calificó la denegación de permiso para asistir al funeral del padre de la pareja del mismo sexo como un caso de discriminación por «orientación sexual» y no por «*status* familiar» y se negó a considerar ambos factores a la vez. Al hacerlo así, y dado que en ese momento la Ley canadiense de Derechos Humanos no prohibía expresamente la discriminación por orientación sexual, el Supremo desestimó la demanda. Como ejemplos de la segunda categoría, el Informe propone los siguientes (43): apenas hay casos en los tribunales canadienses de derechos humanos que se refieran expresamente a mujeres de minorías racia-

(40) *Ibidem*, pág. 5.

(41) *Ibidem*, pág. 5.

(42) *Ibidem*, pág. 8.

(43) *Ibidem*, págs. 8 y sigs.

les (que están, por tanto, «desaparecidas», como si fueran «mujeres sin raza» o «minorías étnicas sin género») y, sin embargo, el cruce del género con otro factor de discriminación produce una «experiencia única» de discriminación; un escenario donde la combinación de raza y género suele ser a menudo una fuente de trato discriminatorio es el del acoso sexual, debido a los estereotipos sobre cómo viven su sexualidad las mujeres de las minorías étnicas (44), y, sin embargo, este fenómeno no ha sido captado por la jurisprudencia.

El Informe también se muestra crítico con la «pobre» concepción jurídica de «raza» o «etnia», que no es capaz de comprender las diferencias entre grupos étnicos, de modo que todos los miembros de este tipo de minorías son vistas por el grupo mayoritario como «no-blancos» o «minoría racial» o «minoría visible» (45). Otro problema que presenta la metodología que se niega a combinar factores para apreciar una discriminación compleja es que tiende a asumir que sólo los miembros del grupo mayoritario pueden discriminar, pero no los de las minorías raciales entre sí (46). Todas éstas me parecen ideas que abren posibilidades interesantes al desarrollo del Derecho antidiscriminatorio de nuestro país, hasta ahora quizás un tanto básico, incluso tosco.

Sin embargo, como ocurría con Estados Unidos, el Informe tan sólo puede exhibir un tímido reconocimiento judicial del enfoque interseccional (47): algunos votos particulares de la magistrada L'Heureux-Dubé, la sentencia del Tribunal Supremo *Law v. Canada* (1999) que ha reconocido que una demanda de discriminación puede presentar una intersección de factores que sea una síntesis de los enumerados en el artículo 15 (1) de la Carta canadiense de Derechos Humanos o que sean análogos a ellos (48), y algunas sentencias de otros tribunales (que en ocasiones, por cierto, han utilizado datos estadísticos para ilustrar las circunstancias particulares de los grupos identificados como la intersección de diversos factores).

Puede, pues, concluirse que el reconocimiento judicial de las discriminaciones múltiples hasta el momento ni es frecuente, ni se hace sin vacilaciones.

(44) El Informe (pág. 9) cita una elocuente opinión de un empleador que había acosado sexualmente a su empleada negra: «Así es como la gente negra hace su vida, haciendo marmadas».

(45) *Ibidem*, pág. 10.

(46) *Ibidem*, pág. 11.

(47) *Ibidem*, pág. 16. Literalmente, el Informe señala que, a pesar de los avances, este tipo de enfoque «se halla aún en su infancia».

(48) Aplicando esta doctrina, el Tribunal ha reconocido nuevos factores de discriminación, como el de la residencia en el caso de los aborígenes (*Corbière v. Canada*, 1999: el Tribunal falló que era una discriminación constitucionalmente prohibida la exclusión del voto de las elecciones comunales de la población aborígen que vivía fuera de una reserva).

Por poner tan sólo un último ejemplo, en el ordenamiento británico, una famosa sentencia de la *Court of Appeal* de 2004, *Bahl v. the Law Society*, rechazó expresamente la perspectiva interseccional (49).

III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES. CLAVES Y CLASES DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. REVISIÓN CRÍTICA DE LA CLASIFICACIÓN EN DISCRIMINACIONES MÚLTIPLES, COMPUESTAS E INTERSECCIONALES

Para calificar el fenómeno de la discriminación producida por más de un factor constitucionalmente sospechoso (raza, género, etc.) están disponibles no pocos adjetivos: discriminaciones múltiples, dobles, acumulativas, aditivas, multidimensionales, interactivas, compuestas, combinadas, interseccionales (trayendo literalmente a nuestro idioma la fórmula normalmente empleada en el Derecho anglosajón), etc. La profusión de términos se explica a partir de la oscuridad y ambigüedad que envuelven al concepto, así como a su carácter preferentemente académico. Naturalmente, la clarificación terminológica es un efecto necesario de la clarificación conceptual.

El Informe elaborado en el año 2007 para la Comisión Europea sobre discriminación múltiple (50) hace suyas las definiciones de T. Makkonen (51), para quien cabe distinguir entre discriminaciones múltiples, compuestas e interseccionales.

a) Una *discriminación múltiple* se produce cuando una persona es discriminada (tratada de modo distinto y peor que otra) por diferentes factores (raza, género, etc.) en diversos momentos. Una mujer discapacitada puede ser discriminada por su género en la adquisición de un determinado puesto de trabajo y en atención a su discapacidad porque un edificio público no sea accesible a las personas que se desplazan en silla de ruedas. La víctima *acumula* diversas experiencias de discriminación (diversas por el momento en que se sufren y por la causa o factor que las motiva), por lo que también podría llamarse a esta forma de discriminación «acumulativa», o «doble» (o «triple», etc.). T. Makkonen ar-

(49) En *Bahl*, una mujer asiática alegó que había sido discriminada por ser mujer y por ser asiática. En primera instancia, un tribunal falló que su término de comparación era el de un «hombre blanco», de modo que podía ser considerado el efecto combinado de su género y raza. Pero la *Court of Appeal* rechazó expresamente esta posibilidad, exigiendo que cada factor debía considerarse de modo aislado o desagregado incluso aunque en la experiencia del demandante estuvieran íntimamente unidos.

(50) Ob. cit., págs. 16 y sigs.

(51) Ob. cit., pág. 10.

gumenta sobre lo apropiado que es en estos casos utilizar el adjetivo «múltiple» dadas sus connotaciones matemáticas: la víctima es discriminada por factores que no actúan simultáneamente ni de modo conjunto o interactivo, sino separado, como una suma del tipo: género + discapacidad + etc. (52). Este concepto de discriminación múltiple no es, como habrá advertido el lector, el acuñado por K. Crenshaw y la literatura posterior.

b) Una *discriminación compuesta* (53) se refiere a una situación en la cual uno o varios factores de discriminación se añaden a otro/s en un caso concreto produciendo una barrera o dificultad añadida a la/s ya existente/s. En un mercado de trabajo que segregue por género (algunos empleos están reservados a varones) y por nacionalidad (algunos empleos están disponibles sólo para nacionales), las posibilidades de que una mujer inmigrante encuentre un trabajo de acuerdo a su formación se reducen considerablemente. En castellano quizás fuera más ilustrativo emplear la expresión «discriminación adicional» que «compuesta», ya que en esta forma de discriminación, a diferencia de la múltiple, sí intervienen diversos factores a la vez, pero no parecen actuar conjuntamente (al menos de forma significativa), perdiendo su especificidad y formando una experiencia diferente (como en el tipo de discriminación interseccional que se describe a continuación). Tampoco esta variedad es la aludida en el epígrafe anterior del presente trabajo.

c) Una *discriminación interseccional* (54) es la que evoca una situación en la que diversos factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica de discriminación. La discriminación de una mujer gitana es el resultado de la combinación entre el género y el grupo étnico, pero un resultado peculiar, genuino, que, debido a los particulares estereotipos sociales negativos, es diferente de la discriminación que sufren tanto las mujeres no gitanas como los varones gitanos. T. Makkonen pone el ejemplo, por seguir combinando los factores del género y la discapacidad, de la esterilización forzosa a la que se somete en algunos países a las mujeres con discapacidad, una experiencia que no sufren ni las mujeres no discapacitadas, ni los varones discapacitados (55). Ésta sí es la forma de discriminación a la que se referían la literatura y la jurisprudencia anglosajonas antes analizadas.

Esta taxonomía que parece tan nítida no lo es, sin embargo. El propio Makkonen añade un cuarto tipo, que, sin embargo, no refleja el Informe para

(52) *Ibidem*, pág. 10.

(53) «*Compound discrimination*», en inglés.

(54) «*Intersectional discrimination*», en inglés.

(55) *Ibidem*, pág. 11.

la Comisión, el de las discriminaciones superpuestas o solapadas (56), lo cual parece indicar que la clasificación quizás no logre reflejar toda la complejidad del fenómeno. Un problema importante tiene que ver con la propia terminología, porque en los ordenamientos anglosajones se utiliza la expresión «discriminación interseccional» y el propio Makkonen (57) sugiere que, junto con el concepto estricto de *interseccional discrimination* aquí expuesto, todas las variedades de discriminación (también la «múltiple» y la «compuesta») se denominen, en sentido amplio, precisamente así, *interseccional discrimination*, y, por el contrario, en el lenguaje político y jurídico de la Unión Europea es la expresión «discriminación múltiple» la que está ganando el pulso para describir el mismo fenómeno. De hecho, el Informe para la Comisión Europea, tantas veces mencionado, lleva por título «Abordando la Discriminación Múltiple». Obviamente, este título no se refiere a lo que Makkonen (y también, de forma paradójica el propio Informe al hacer suyas las conclusiones de aquél) (58) llama «discriminaciones múltiples», sino a las «discriminaciones intersectoriales». Al obrar así, es imposible no confundirse.

Pero los problemas de la clasificación no se agotan, ni mucho menos, en este punto. La taxonomía no me resulta convincente. El concepto de discriminación «múltiple» que maneja, por ejemplo, es virtualmente inservible, ya que el dato de que los diversos factores se presenten a la vez en el caso concreto es fundamental, a mi juicio, para poder calificar a una discriminación en pureza como una discriminación «múltiple». Que una persona experimente diversas discriminaciones en el tiempo por diferentes motivos es un hecho lamentable,

(56) «*Overlapping discrimination*», en inglés, referida a una situación en la que la persona es discriminada por varios factores que operan a la vez, pero de modo independiente entre sí (*ibidem*, pág. 12). Si una empresa tiene una política de no contratar inmigrantes ni personas discapacitadas, un inmigrante discapacitado que busque empleo es discriminado por esos dos factores (nacionalidad, discapacidad), que actúan de modo simultáneo (a diferencia de las discriminaciones «múltiples»), pero separado (a diferencia de las discriminaciones «interseccionales»). En mi opinión, esta categoría es poco útil, ya que, como el propio MAKKONEN admite (pág. 12), en la práctica resultará casi imposible determinar cuál ha sido el factor de entre los presentes en el caso que finalmente ha motivado la decisión empresarial, pero, sobre todo, porque esta categoría me parece indistinguible de la de discriminación «compuesta» (e incluso, en su caso, de la discriminación «interseccional»). No me sorprende, por ello, que el Informe para la Comisión no albergue este cuarto tipo de discriminación múltiple.

(57) *Ibidem*, pág. 12

(58) En otras palabras, el Informe incurre en una contradicción fundamental al utilizar, desde su mismo título, un sentido amplio de discriminación «múltiple» en el que aloja cualquier tipo de discriminación producida por dos o más factores y, al mismo tiempo, el sentido estricto de «discriminación múltiple» que propone MAKKONEN como la discriminación de una misma persona por diversos factores en diferentes momentos.

por supuesto, pero no permite que el ordenamiento ofrezca una respuesta adecuada para el caso concreto que tenga en cuenta la complejidad del trato discriminatorio. En otras palabras, la discriminación «múltiple», tal como la define Makkonen, no es múltiple en realidad, sino singular: en cada caso se produce por la existencia de un solo factor de discriminación. A mi juicio, para poder hablar de discriminaciones múltiples, interseccionales, etc., es preciso que los factores de discriminación se presenten al mismo tiempo. Por ello, creo que la idea de discriminación múltiple que utilizan Makkonen y el Informe no tiene sentido dentro de una clasificación de discriminaciones múltiples (59).

Tampoco me parece clarificador el concepto de discriminación «combinada» como un *quid* diferente al de las discriminaciones «intersectoriales». Presentándose en el mismo caso, por tanto simultáneamente, diversos factores de discriminación, la combinación resultante es, de modo necesario, el producto de algún tipo de interacción entre ellos. La identificación de un factor predominante al que se añaden otros es misión intelectualmente ardua, si no imposible. No es fruto del azar que en ninguno de los escasos casos judiciales recaídos sobre la materia se haya apreciado algo parecido a lo que Makkonen llama discriminación «combinada» (ni, por supuesto, con mayor motivo, a lo que califica como discriminación «múltiple»). La idea de discriminación «combinada» es de formato exclusivamente académico y de nula eficacia práctica porque, aunque se admitiera como una categoría distinta a la de las discriminaciones «interseccionales», no se alcanzaría de ello ninguna consecuencia jurídica: el tratamiento en ambos casos sería idéntico desde el Derecho.

Así pues, el único concepto que, con un mínimo rigor teórico, puede subsistir es el de las discriminaciones «interseccionales», que es el concepto del que hemos venido hablando en los epígrafes anteriores de este trabajo. Ahora bien, también esta denominación presenta algún problema. El primero, y no de estatura menor, es que la palabra «interseccional» es traducción literal de la que se maneja en la órbita anglosajona «*intersectional*» y ni siquiera figura en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. La palabra «intersección» sí consta en él, con un sentido geométrico («encuentro de dos líneas — punto —, dos superficies — línea — o dos sólidos — superficie — que recíprocamente se cortan») y otro matemático («conjunto de los elementos que son comunes a dos conjuntos»). Aunque la acepción geométrica es acertada, me parece más precisa para nuestro asunto la matemática: no se trata sólo, un tanto asépticamente,

(59) Al menos, dentro de una clasificación *jurídica*, porque quizás sí tenga algún sentido en una taxonomía de temperamento sociológico que aborde las maneras en que unas personas o grupos puedan sufrir discriminaciones por terceros.

de que se crucen dos factores (el género y la etnia, por ejemplo) en una situación concreta de discriminación simultánea, sino de valorar el hecho realmente crucial que de esa combinación de conjuntos o factores se genera un conjunto nuevo, distinto de los anteriores.

La palabra inglesa «*intersection*» evoca (cerca del sentido geométrico) también un cruce de caminos y, de hecho, la metáfora del cruce de carreteras la utiliza ya desde el primer momento K. Crenshaw (60).

En definitiva, desde la crítica aquí expuesta a la, por otra parte, cada vez más extendida clasificación de Makkonen, concluiría con tres afirmaciones:

1.^a La expresión «discriminación múltiple» debe emplearse de modo distinto a la que propone este autor y debe recuperarse para describir el fenómeno de las discriminaciones en las que intervienen *a la vez* dos o más factores de discriminación.

2.^a Los adjetivos «múltiple» e «interseccional» son fungibles entre sí, así como con otros: «combinada», «compuesta», etc. Como situación jurídicamente significativa sólo existe, en puridad, una forma de discriminación en la que se combinan diversos factores, pero puede describirse válidamente de diversas maneras. Una realidad, muchos calificativos. Lo que Makkonen llama discriminaciones «múltiples» no lo son en sentido estricto y las discriminaciones «combinadas» o son lo mismo que las discriminaciones «interseccionales» o, a lo sumo, una especie de su género. Esta taxonomía induce a la confusión conceptual si no se tiene en cuenta que la única expresión que capta con precisión el fenómeno en examen es la discriminación que Makkonen llama «interseccional».

3.^a En la órbita anglosajona se emplea habitualmente la palabra «interseccional», pero en el Derecho europeo no continental se suele preferir más la de «múltiple». Como digo, creo que ambas palabras son sinónimas en este punto, pero personalmente me gusta más la expresión «discriminación múltiple» por varias razones. Es más expresiva en español, figura en el Diccionario y es la de uso corriente en las instituciones europeas. Nada obsta, sin embargo, a emplear una u otra palabra (u otras), siempre que se tenga claro cuál es exactamente el concepto que intentan definir.

(60) *Ibidem*, pág. 149.

IV. SENTIDO Y ALCANCE DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE COMO PRINCIPIO DE POLÍTICA SOCIAL Y COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Hasta ahora hemos intentado rastrear el origen y evolución del concepto, a qué realidad intentaba dar respuesta con su emergencia, y hemos planteado una reconstrucción terminológica a partir de los elementos de su definición. Algo ya se habrá podido intuir sobre el sentido y alcance del concepto de discriminación múltiple, aunque también ha quedado constatada la dificultad de trasladar sin más el uso de la categoría en los ordenamientos anglosajones a otros, dado que la configuración del Derecho antidiscriminatorio es parcialmente diferente en cada país.

Debemos preguntarnos ahora, sin más dilación: discriminación múltiple... ¿para qué? La situación a la que se refiere el concepto parece bastante clara (aunque su identificación en la práctica puede no ser tan sencilla en muchos casos, particularmente en el supuesto de la discriminación múltiple «estructural») (61), pero la cuestión fundamental es si merece una respuesta jurídica distinta a la que se viene ofreciendo y, si es así, qué perfiles debería tener.

Pero antes de preguntarnos por sus efectos, es necesario reparar en los presupuestos ideológicos innovadores y, hasta cierto punto, subversivos respecto del actual marco de la lucha contra la discriminación que tiene su sentido. Porque podríamos preguntarnos: si tan evidente es la situación de la discriminación múltiple, ¿por qué no se ha abierto paso hasta hace poco y, además, de modo tan vacilante? ¿Qué obstáculos impiden su progreso? El análisis de T. Makkonen me parece especialmente incisivo en este punto (62). Las dificultades para reconocer el concepto de discriminación múltiple apuntan, sobre todo, a dos hechos: primero, las demandas y necesidades de un específico subgrupo (mujeres gitanas, por ejemplo) a menudo se consideran como las de una minoría dentro de la minoría (gitana) y son excluidas por ésta; segundo, los diferentes factores (raza, género, discapacidad, etc.) han sido considerados aisladamente por los movimientos feministas, antirracistas, etc., los cuales han guardado en

(61) Que T. MAKKONEN define como aquella situación en la que una persona sufre una desventaja o una mayor vulnerabilidad a causa del funcionamiento de la vida social y no de un comportamiento aislado de un tercero (*ibidem*, pág. 15). Esta forma de discriminación a menudo resulta invisible porque al estar tan difundida simplemente se piensa que es lo «natural» o al menos como algo que no puede cambiar. MAKKONEN pone como ejemplo la situación de las mujeres «intocables» de la India.

(62) *Ibidem*, págs. 19 y sigs.

todo el mundo, no sólo en España, una considerable distancia entre sí, de modo que han progresado muy poco en el análisis de los modos en que interactúan los diferentes factores de discriminación y en la lucha conjunta contra ella. Destacadamente esto último ha ocurrido en relación con el movimiento feminista y el antirracista. Señala Makkonen que el movimiento feminista ha tendido a comprender de un modo «esencialista» el factor «género» al sostener la existencia de una «experiencia de las mujeres unitaria, universal y esencial» (63). Esta perspectiva es ciega respecto de las diferencias entre las mujeres y pasa por alto la opresión simultánea que sufren determinadas mujeres en atención a su grupo étnico, por ejemplo (64). Makkonen llega a decir que, en este sentido, el feminismo excluye en gran medida de su movimiento a las mujeres discapacitadas y de minorías raciales (65).

No sé si se puede llegar tan lejos, pero por lo que se refiere al modelo español de feminismo institucional, basado en organismos públicos de igualdad, planes de igualdad periódicamente evaluados y revisados, etc., y que ha tenido un rendimiento positivo en líneas generales, lo cierto es que los planes de igualdad (el estatal, los autonómicos y los locales) han tenido desde el comienzo serias dificultades para incluir en su seno a las mujeres de este tipo de minorías, normalmente reunidas de un modo periférico en un epígrafe del Plan relativo a «mujeres en situación de exclusión» o expresión similar. Y algunos colectivos de mujeres simplemente no han estado nunca, como, por ejemplo, las viudas, en las que normalmente suele concurrir los factores del género y la edad (quizás porque de ninguna manera encarnaban el nuevo ideal de mujer a conseguir, sobre el patrón de los varones, el de la mujer que trabaja dentro y fuera de casa), o han empezado a considerarse desde hace poco y de forma tímida, como ocurre con las lesbianas (donde concurren los factores de género y de orientación sexual), por ejemplo. El movimiento feminista en España no ha considerado, por lo general, el fenómeno de las discriminaciones múltiples (a pesar de referirse a «todas» las mujeres, su modelo antropológico dominante se ha referido a mujeres blancas, no muy mayores, no discapacitadas, de religión no minoritaria, con estudios y/o con trabajo extradoméstico, asociadas con otras

(63) *Ibidem*, pág. 19.

(64) MAKKONEN cita a K. CRENSHAW (pág. 20): «mientras el feminismo se propone hablar para las mujeres de color a partir de la invocación del término “mujeres”, la perspectiva feminista excluye a las mujeres de color porque se basan en experiencias e intereses de un cierto subgrupo de mujeres».

(65) *Ibidem*, pág. 20. Aunque aprecia cambios en el movimiento feminista en algunos países (no en todos).

y participantes en procesos sociales o políticos) y esa ausencia se refleja también en las políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Pero el movimiento antirracista tampoco lo ha hecho mejor en este punto. T. Makkonen observa cómo la comunidad afroamericana en Estados Unidos a menudo se ha representado como un «grupo racial homogéneo y estable» (66) (de nuevo, la visión esencialista, pero en este caso del grupo étnico), supuestamente unido por una experiencia de discriminación idéntica para todos sus miembros. Algunos autores han sostenido, sin embargo, que el verdadero índice por el que se evalúa a toda la minoría es el de la experiencia de los negros jóvenes varones (67). Éstos hablan por todo el grupo, mientras que otros (mujeres negras, mujeres discapacitadas, varones negros mayores, etc.) sólo hablan por sí mismos.

El fracaso de los movimientos feminista y antirracista para ser inclusivos y abarcar a *todos* sus miembros es comprensible, señala Makkonen (68), ya que la simplificación y generalización de los grupos responde al interés pragmático de presentar sus reivindicaciones de forma unida, diferente a la de otros grupos, lo cual conduce a exagerar la propia unidad y también las diferencias con otros. Inevitablemente se presenta el problema de cómo determinar qué intereses del grupo se reconocen como importantes y en qué orden y cuáles no. La retórica del grupo unido conlleva, irónicamente, la exclusión de algunos dentro de su seno. Tampoco es fácil admitir que, en el seno de una minoría, unos miembros del grupo discriminan a otros (pensemos en las mujeres gitanas, discriminadas en ocasiones por los varones payos, pero también por las mujeres payas y los varones gitanos; o en algunas mujeres de religión musulmana, etc.) (69). Y, en cualquier caso, observa T. Makkonen (70), el fracaso de los movimientos feminista y antirracista al considerar la identidad propia de las mujeres de color reproduce las relaciones de poder que intentan combatir: el feminismo indiferente al origen étnico excluye los intereses de las mujeres de las minorías étnicas y el movimiento antirracista se construye sobre la dominación masculina dentro de la minoría.

(66) *Ibidem*, pág. 20.

(67) *Ibidem*, pág. 20.

(68) *Ibidem*, pág. 21.

(69) T. MAKKONEN (*ibidem*, pág. 30) alerta del peligro de incurrir en la paradoja de la «vulnerabilidad multicultural», que consiste en remediar un tipo de vulnerabilidad social (la pertenencia a un grupo étnico, por ejemplo) pero creando otros (el de las mujeres de esa minoría, si, por ejemplo, las autoridades reconocen sin reparo los principios de esa comunidad en el caso de que sean machistas).

(70) *Ibidem*, pág. 22, reproduciendo el argumento principal del trabajo de Kimberlé CRENSHAW tantas veces citado.

La doctrina de la discriminación múltiple supone, por tanto, una profunda crítica y corrección de los modelos y estrategias de igualdad que, hasta la fecha, han propugnado (principalmente) los movimientos feminista y antirracista. No es de extrañar que su generación y evolución haya sido lenta, ambigua y confusa. Por otro lado, como se ha visto, la acuñación del concepto en su dimensión jurídica ha tenido una finalidad aún más episódica, la de intentar que los jueces anglosajones pudieran conocer de casos de discriminación que no respondían al tratamiento de un solo factor, sino de varios combinados (sorteando las limitaciones procedimentales del tipo lista cerrada y bloqueada de factores de discriminación). Con estos antecedentes, es difícil que este concepto se fuera abriendo paso en el ordenamiento europeo y en el español (o en ningún otro). Había tantas barreras ideológicas y las suficientes diferencias en el marco normativo de la lucha contra la discriminación respecto de los modelos anglosajones para que nadie esperara o demandara esta nueva categoría para nuestro ordenamiento, al menos como criterio judicial (cuestión distinta sería su virtualidad para identificar nuevos grupos-diana de las políticas sociales).

La idea de discriminación múltiple nace vinculada, tanto en sede académica como en su primer reconocimiento internacional en la Declaración de Durban, a la combinación de dos factores: el género y la raza o etnia. Este hecho es fundamental para comprenderla. Por supuesto, esto no significa que la única combinación de factores posible sea ésta. Muchas combinaciones, y no sólo de dos factores, pueden efectuarse. Se presentan, de este modo, problemas específicos. Primero, la identificación de una larga lista de discriminaciones múltiples, y además abierta en el tiempo, combinando género, grupo étnico, edad, discapacidad, religión y convicciones, orientación sexual, etc., amenaza con disolver la propia entidad del concepto de discriminación múltiple. Si hay tantas discriminaciones múltiples (en la realidad, casi todas las discriminaciones son múltiples), ¿cómo podemos definir en qué casos se requiere un tratamiento específico? Si (casi) todas las discriminaciones son múltiples (casi) ninguna discriminación es múltiple. Segundo, dado que los recursos públicos para lograr la igualdad de oportunidades real y efectiva entre individuos y grupos son limitados, ¿qué criterios cabe discernir para establecer las prioridades? Y si existen (como no puede ser de otro modo) prioridades entre combinaciones de factores de discriminación, se puede sostener que existen diversas «políticas de igualdad» (tan válidas como diferentes) a desarrollar por las mayorías políticas del momento, esto es, que en la práctica se produce inevitablemente una jerarquía en la atención pública y social a grupos sociales en desventaja (primero, segundo, etc., en atención al volumen de gasto, la importancia de los programas públicos, su continuidad, la presencia en la agenda, el tratamiento en los medios, etc.) y que, además, esta jerarquía es variable en el tiempo y por el programa político. Si esto es así, ¿no

sucede que el concepto de discriminación múltiple es potencialmente perturbador porque supone una decisión que transparenta o visibiliza en cada momento las políticas de igualdad, esto es, las preferencias públicas de unos grupos frente a otros (frente al mito de que todos los poderes públicos atienden a todos los grupos vulnerables del mismo modo en todo momento)? (71).

A todo ello cabe señalar algunas «trampas» adicionales, como hace T. Makkonen (72). La primera es la posibilidad de usar el concepto de discriminación múltiple para crear nuevas categorías esencialistas y exclusivistas de «víctimas presuntas». Propone como ejemplo el argumento de que «todas las mujeres musulmanas son discriminadas». Con ello se genera un «falso positivo» (no todas las mujeres musulmanas son víctimas de discriminación), también un «falso negativo» (algunas personas, por su situación social, no se presumen como víctimas, pero sí lo son —siguiendo el ejemplo— el caso de algunos varones musulmanes), y, quizás, una indeseable «identidad de víctima».

Está claro que el concepto de discriminación múltiple no es ideológica o políticamente neutro, incoloro e insípido. Es un concepto problemático de apariencia inocente (73).

Sin embargo, me sigue pareciendo útil. Y creo que, en este punto, se impone trazar una distinción fundamental entre su aplicación en las políticas sociales y su aplicación como nuevo criterio de interpretación jurídica y, más precisamente, judicial. Los problemas antes señalados se sitúan más bien en el plano de las primeras, de las políticas de igualdad de oportunidades (que son el ADN del Estado Social). Los poderes públicos españoles no sólo pueden, sino que deben empezar a adoptar este enfoque múltiple de la discriminación para identificar grupos sociales vulnerables que pueden calificarse como minorías dentro de otras minorías. Una de las ventajas de este nuevo enfoque es, precisamente, que este mejor entendimiento de la discriminación que conlleva (al detectar minorías «invisibles» y discriminaciones en gran medida «ocultas») posibilita unas políticas de lucha contra ella más efectivas.

Por supuesto, no cualquier combinación de factores permitirá identificar un grupo de este tipo. De momento, 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. La combinación de género y de grupo

(71) El Informe sobre Discriminación Múltiple para la Comisión Europea se hace eco de este posible problema cuando sostiene que «el desarrollo teórico en este campo puede conducir a la creación de jerarquías entre y dentro de los diferentes grupos de intersección» (pág. 19).

(72) *Ibidem*, pág. 34.

(73) Aunque, como cabía imaginar, el Informe para la Comisión europea lo presente sin aspereza alguna, como un concepto de naturaleza exclusivamente técnica.

étnico entre sí y con los demás factores será, de hecho, lo más frecuente (74). Una determinada minoría dentro de una minoría merecerá mayor protección en la medida en que su discriminación sea socialmente más o menos significativa. Por supuesto, los poderes públicos deberán intentar remediar cualquier forma de discriminación múltiple, pero de un modo especial y prioritario, entiendo, deberán abordar aquellas que se refieren a un gran número de personas o que tengan una suerte de dimensión sistémica. Pensemos, por ejemplo, en las mujeres gitanas en España, un colectivo que no tiene especificidad alguna en las políticas sociales. O en las mujeres de religión musulmana, inmigrantes o nacionales. O en la prostitución, ejercida en su abrumadora mayoría por mujeres inmigrantes que han sido víctimas de redes de tráfico internacionales. O en la discapacidad y el acceso al empleo respecto de minorías étnicas y personas mayores, por poner tan sólo algunos ejemplos. Cada país podría poner los suyos (75).

La discriminación múltiple debe ser abordada desde las políticas públicas de igualdad. En este sentido, el Informe de 2007 para la Comisión europea sobre discriminación múltiple (76), recomienda a los Estados que: 1.º Sus instituciones de investigación desarrollen los marcos conceptuales para analizar las experiencias, situación e identidad de grupos interseccionales e investiguen cómo y dónde se manifiesta la discriminación múltiple institucional. 2.º Incorporen en sus legislaciones antidiscriminación el concepto de la discriminación múltiple. 3.º Este concepto debe ser también introducido en las políticas, estrategias, planes de acción, presupuestos, ayuda financiera, etc., de las instituciones de la Unión. 4.º El Tercer Sector realice foros y redes de trabajo para promover la comprensión, el diálogo y la cooperación entre los diversos factores de discriminación. La Comisión europea deberá destinar fondos a este fin. 5.º Los agentes sociales y los organismos nacionales de promoción de la igualdad (organismo,

(74) Así lo atestigua también el Informe para la Comisión europea, tantas veces citado (pág. 47), al recoger, tras una encuesta con responsables políticos y expertos en igualdad de varios países de la Unión, la percepción mayoritaria de que la discriminación múltiple afecta sobre todo a mujeres de grupos étnicos minoritarios. Aunque también se señalaron otros grupos, como el de las mujeres discapacitadas, las mujeres mayores, los jóvenes varones de minorías étnicas, los mayores discapacitados, etc.

(75) Por ejemplo, en Estados Unidos este problema debutó considerando las necesidades específicas de las mujeres negras, en Reino Unido muchas de las demandas de discriminación provienen de mujeres caribeñas (Informe «*Tacking Multiple Discrimination...*», ob. cit., pág. 46), en España podríamos pensar, entre otros grupos, en las mujeres gitanas y en las mujeres inmigrantes (y, en este caso, con una atención especial a las que practican la prostitución y a las de religión musulmana).

(76) *Ibidem*, pág. 7.

por cierto, del que aún carece nuestro país incumpliendo clamorosamente una obligación comunitaria) deben promover la innovación entre los empleadores y proveedores de servicios en respuesta a la discriminación múltiple, por ejemplo, financiando proyectos piloto. Deben desarrollarse y promoverse buenas prácticas en el empleo y la provisión de servicios. 6.º Los Estados deben recopilar datos estadísticos teniendo en cuenta todos los factores de discriminación prohibida. 7.º Los organismos públicos de cada Estado y los organismos de promoción de la igualdad deben ser entrenados en la identificación y el manejo de los casos de discriminación múltiple.

Es un hecho que se está imponiendo en el seno de la Unión Europea la invitación a que sus instituciones y los Estados miembros adopten la perspectiva de la discriminación múltiple en relación con las políticas de igualdad de oportunidades o acciones positivas de las minorías protegidas por el Derecho antidiscriminatorio. Habrá que prepararse para escuchar todavía más la noción de discriminación múltiple como expresión *à la mode*. Aunque no todo serán facilidades, desde luego, pues el concepto ni es conocido por los agentes de igualdad más que de modo superficial, ni será sencillo identificar los grupos víctimas de discriminaciones múltiples *prevalentes*, ni será fácil fomentar la colaboración entre los movimientos de lucha a favor de la igualdad entre mujeres y hombres, de las minorías étnicas, de los discapacitados, de las minorías religiosas, de los homosexuales, etc. Un buen instrumento para avanzar en este campo sería el trabajo del organismo de promoción de la igualdad de trato exigido por el artículo 13 de la Directiva de igualdad de trato racial, pero, como he señalado antes, ni siquiera existe aún en España.

V. EN PARTICULAR, LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE COMO CRITERIO
O PERSPECTIVA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA. APLICACIÓN AL CASO
RESUELTO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 69/2007,
DE 16 DE ABRIL, SOBRE DENEGACIÓN DE PENSIÓN DE VIUDEDAD
A MUJER CASADA CONFORME A LA COSTUMBRE GITANA

Así pues, el concepto de discriminación múltiple puede llegar a resultar útil en el campo de las políticas sociales. Pero su virtualidad no se agota ahí. Como se decía, también puede operar como un nuevo criterio de interpretación jurídica en el marco del Derecho antidiscriminatorio. Hasta donde sé, ningún juez o tribunal español lo ha empleado por el momento. Una buena razón explicativa es que el concepto de discriminación múltiple no tiene todavía reconocimiento normativo expreso en nuestro ordenamiento (hacerlo es una de las recomendaciones del Informe europeo), de modo que si algún órgano judicial lo hubiera

utilizado, tendría que haberlo hecho a partir de una construcción interpretativa del artículo 14 CE, intentando hallarlo en la penumbra de esta disposición, o bien, se me ocurre, por la vía de ampararla en la categoría de «acoso por razón de género o raza», etc., que se alberga en las normas europeas (y españolas ya transpuestas). El artículo 14 CE contiene una lista abierta y no cerrada de factores de discriminación, pero no alude expresamente a la eventual combinación de dos o más de ellos, aunque tampoco cierra esa posibilidad. El marco normativo actual no obliga al intérprete a utilizar el concepto de discriminación múltiple, pero, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como hemos tenido ocasión de comprobar, tampoco lo impide. Sería mejor, no obstante, por razones de seguridad jurídica, reconocerlo normativamente. El caso es que el análisis judicial de la igualdad en España se ha venido haciendo siempre teniendo en cuenta de modo aislado cada uno de los factores de discriminación, sin combinarlos.

Y, como no podía ser de otro modo, esto ha conducido a fallos criticables por no haber tenido en cuenta la situación de discriminación en toda su complejidad. Un buen banco de pruebas de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril. Una mujer gitana recurrió en amparo ante el Tribunal porque se le había denegado una pensión de viudedad por no concurrir el presupuesto de la relación matrimonial con el causante, a pesar de haber contraído matrimonio con él conforme a los usos y costumbres gitanos en noviembre de 1971. La demandante consideró que había sido discriminada por razón étnica y de origen social (art. 14 CE), pero el Tribunal desestimó el amparo y el asunto se encuentra actualmente ante la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La argumentación del Tribunal Constitucional puede resumirse de este modo:

1.º Marco general. El Tribunal identifica dos principios:

a) La Constitución prohíbe la discriminación racial o étnica, a la que se califica de «odiosa y perversión jurídica» (77), ya sea directa o indirecta (78).

(77) Me parece que esta expresión no es del todo correcta porque la perversión (entendida como el hecho que produce la discriminación) podrá ser jurídica sólo si la provoca una norma o una decisión con forma jurídica, pero la mayoría de las veces la perversión será fáctica, no jurídica, en cuyo caso la perversión jurídica sólo podría provenir de una incorrecta protección y reparación jurídicas *a posteriori* de la discriminación.

(78) Por cierto, también insiste el Tribunal en hacer coincidir la denominación de las discriminaciones directas con las «patentes» y las indirectas con las «encubiertas». Esto es un error de concepto grave porque tanto las discriminaciones directas como las indirectas pueden ser, a su vez, patentes (un despido por embarazo) o encubiertas (un despido por embarazo pero alegando faltas de puntualidad). Si quisiera ser preciso, el Tribunal debería hacer coincidir las discriminaciones directas con las de «trato» y las indirectas con las de «impacto». Ambas podrán ser patentes o encubiertas.

b) Pero, en cuanto a los presupuestos legales para acceder a la prestación de viudedad, el Tribunal ha reiterado que no supone una discriminación que el legislador limite dicha prestación a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia. El legislador dispone en este campo de un amplio margen de configuración porque la Constitución tampoco prohíbe que extienda la prestación de viudedad a otras uniones diferentes de las matrimoniales. De hecho, la reciente Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, ha extendido la pensión de viudedad a las parejas de hecho, aunque con unos requisitos diferentes que para los matrimonios. La unión conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido, sin embargo, reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio.

2.º Aplicados estos principios al caso, se deduce que la denegación de la pensión de viudedad a la recurrente por no haber contraído matrimonio no supone una discriminación, ni social ni étnica (pues no toma como referencia la raza o etnia de ningún modo). La diferenciación de trato entre los que pueden acceder a una pensión de viudedad por haber contraído matrimonio y los que no es totalmente neutra desde el punto de vista étnico o racial.

3.º Con este razonamiento al Tribunal le habría bastado para resolver el caso, pero también tuvo que desactivar un argumento propuesto por la recurrente, el de que la equiparación de la unión conforme al rito gitano con las parejas de hecho y no con el matrimonio la discriminaba étnicamente. Habría, a juicio de la recurrente, una «discriminación por indiferenciación», ya que se aplicaría el mismo trato jurídico a dos realidades diferentes (las uniones por el rito gitano y las parejas de hecho). Sin embargo, el Tribunal recuerda que el artículo 14 CE no comprende este tipo de discriminación por indiferenciación.

4.º No obstante, la Sentencia concluye con una recomendación al legislador para que, preservando los derechos y valores constitucionales, las uniones celebradas conforme al rito gitano pudieran tener efectos civiles matrimoniales (FJ 4).

El Voto particular discrepante de J. Rodríguez-Zapata considera que podría haberse argumentado y fallado de otro modo. En primer lugar, opina que el Tribunal se aparta en este caso de su manera de razonar en otro anterior semejante, resuelto por la STC 199/2004. En aquella decisión, el Tribunal declaró vulnerado el derecho a la igualdad del viudo de una funcionaria tras acreditar la existencia de una relación conyugal con ella, aunque su matrimonio religioso no fuera inscrito en el Registro Civil por voluntad expresa de los conyu-

ges (79). En segundo término, Rodríguez-Zapata argumenta desde la idea del reconocimiento de los derechos de las minorías y su diversidad cultural (con el único límite del orden público constitucional), que requiere medidas de «discriminación positiva».

El Tribunal Constitucional ha efectuado, por tanto, en este asunto una interpretación exquisitamente *formalista*. En el lenguaje jurídico norteamericano se hablaría de un enfoque *race-blind*. El mensaje está claro. Si usted quiere la pensión de viudedad, cásele válidamente. La forma legal de matrimonio como requisito para conseguir en su momento una pensión de viudedad no es un *tertium comparationis* sospechoso en atención a la raza o al grupo étnico. Una respuesta jurídica sencilla y corta, como la propia Sentencia.

Y, sin embargo, no del todo convincente (80). Expondré las razones que justifican por qué. Una de ellas será, como puede suponer el lector, la idea de que si el caso se hubiera planteado adoptando el enfoque de la discriminación múltiple, combinando el grupo étnico gitano de la víctima con el hecho de que se trataba de una mujer, posiblemente el Tribunal hubiera alcanzado otro fallo. En mi opinión, estamos en presencia de un ejemplo prístino de discriminación múltiple étnica y de género. Pero antes de llegar ahí, intentaré aportar otras observaciones críticas respecto de la Sentencia.

1.º El primer hecho que cabe recordar es contextual: la escasa (y discutible) jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discriminación racial prohibida por el artículo 14 CE (81). La discriminación racial no ha estado entre las preocupaciones del Tribunal y esto se nota en la Sentencia 69/2007. También respecto de la discriminación por razón de género, el Tribunal atravesó una

(79) El Tribunal había descartado en el fundamento jurídico 2 la identidad de objeto entre ambos casos, ya que en el de 2004 se había celebrado válidamente un matrimonio (aunque no se inscribiera en el Registro), mientras que en este caso no hay matrimonio reconocido legalmente.

(80) En un trabajo anterior afirmé que la argumentación de la Sentencia me parecía formalmente inobjetable, aunque hubiera conducido a una solución injusta («La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y España. El caso de la minoría gitana», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, t. II, pág. 4857). Sigo pensando que el razonamiento que emplea el Tribunal es consistente y razonable, pero me pregunto en el presente texto si hubiera podido hacerlo mejor aún, concluyendo afirmativamente.

(81) Sobre esto, permítaseme la remisión al texto «La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana», en la *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 57, Madrid, 2003, págs. 61-109. De hecho, la única Sentencia sobre prohibición constitucional de discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional había sido la discutible 13/2001, de 29 de enero, que resuelve, desestimando, un recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra.

fase semejante, *sex-blind*, en las sentencias anteriores a la STC 128/1987. Por otro lado, tampoco la tajante negativa a reconocer la discriminación por indiferenciación (que yo prefiero llamar discriminación por «igualación») es, creo, asumible por completo (82).

(82) Me parece muy interesante el problema de la discriminación *por igualación* (trato jurídico idéntico de lo diverso fáctico). La tesis restrictiva del TC lo resuelve demasiado rápido y sin aportar argumentos consistentes. En efecto, como ha mostrado recientemente E. COBREROS («Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, págs. 102-108), la simple apelación a la dicción literal del artículo 14 CE y a la generalidad de la ley, por sí solas, no resultan convincentes para justificar su no inclusión en el ámbito normativo del artículo 14 CE. Comparto con él su crítica en este punto, pero no otros elementos de su argumentación, particularmente la utilización que hace de la Sentencia del TEDH del caso *Thlimmenos contra Grecia*, de 6 de abril de 2000. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo apreció en ese caso un supuesto de discriminación por indiferenciación. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del artículo 14 del Convenio en relación con el derecho de libertad religiosa del artículo 9. Según el profesor Cobrerós, esta Sentencia obligaría a interpretar, por la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE, que la discriminación por indiferenciación está amparada por nuestro artículo 14 CE. Sin embargo, la doctrina Thlimmenos no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto para alcanzar una solución justa, de modo que el artículo 10.2 CE no sería (aún) aplicable o no de un modo imperativo (a mi juicio, nunca lo es por esta vía: el intérprete constitucional, y mucho más si se trata del Tribunal Constitucional, es libre para elegir los criterios hermenéuticos de resolución del caso —no lo es sólo para no elegir ningún canon interpretativo de corte jurídico—). En cualquier caso, con un Tribunal de Estrasburgo expansivo (y crecientemente discutible) parece excesivo convertir a una sola de sus sentencias en criterio de interpretación de nuestros derechos fundamentales. En un trabajo anterior (*El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, MacGraw-Hill, 1995, pág. 51), ya propuse importar para nuestro ordenamiento la tesis clásica de Joseph TUSSMAN y J. TENBROEK («The Equal Protection of the Laws», *California Law Review*, vol. XXXVII, núm. 3, septiembre de 1949, págs. 341 y sigs.) acerca de que una diferenciación normativa «sobre-inclusiva» (como se produce siempre en los supuestos de discriminación por indiferenciación) pueda llegar a valorarse como una violación del principio general de igualdad. Por otro lado, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (racial, sexual, etc.), particularmente la categoría de «discriminación indirecta», como agudamente ha observado E. COBREROS, reclama la prohibición de tratar jurídicamente de modo idéntico a aquellos sujetos cuya diferente situación fáctica les puede ocasionar un impacto negativo. Por tanto, coincido con el autor citado en que el Tribunal Constitucional no debiera negarse, por principio, a admitir que el artículo 14 CE prohíbe también la discriminación por indiferenciación. Ahora bien, me parece que hay una razón de peso que justifica una interpretación restrictiva de la admisibilidad de la discriminación por indiferenciación, razón que ni el Tribunal Constitucional ni E. COBREROS consideran, y es que la valoración

2.º La desestimación del amparo conduce, en el caso, a que una mujer gitana de escasos recursos sociales, culturales y económicos no perciba una pensión de algo más de 900 euros mensuales por no ser viuda «legal» de un albañil que había cotizado a la Seguridad Social durante casi veinte años y con el que convivió con la convicción de que eran matrimonio a todos los efectos durante 29 años de su vida y del que ha tenido seis hijos. La reforma de la Ley de la Seguridad Social en diciembre de 2007 extiende la pensión de viudedad a las parejas de hecho (art. 174.3) y contempla, en su Disposición Adicional Tercera, la posibilidad de retroacción, bajo ciertas condiciones, si se solicita dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley, de modo que, si la recurrente cumpliera todos los requisitos, quizás sí pudiera llegar a disfrutar pese a todo de una

y elección de los criterios o rasgos de diferenciación de trato entre sujetos es política y debe corresponder, en principio, a quien está legitimado constitucionalmente para ello: al legislador. No es lo mismo, me parece, el mandato de prohibición de trato (jurídico) desigual a quienes estén (de hecho) en situación igual o semejante, un mandato de perfiles bastante precisos, que el mandato de prohibición de trato (jurídico) igual a quienes estén (de hecho) en situación desigual, un mandato de formato impreciso por definición. En efecto, ¿cuánta desigualdad se requeriría para poder exigir en propio favor un trato distinto? La sentencia Thlimmenos habla de una situación «sensiblemente» diferente. ¿Cómo se mide esa sensibilidad? Estará clara en los casos más extremos, pero no en la mayoría. Además, habría que distinguir el tipo de disposición porque, evidentemente, la exigencia de diferenciación deberá ser mayor en el caso del Derecho sancionador, pero menor en otros casos. El propio COBREROS, consciente de las dificultades de aplicación de la discriminación por indiferenciación, propone que se sancione con inconstitucionalidad, pero sin nulidad (ob. cit., pág. 110). Y es que el principal atractivo de la discriminación por igualación, la posibilidad que abre al juez de apreciar una discriminación legislativa «real y efectiva» de alguna persona o grupo, constituye, al mismo tiempo, su principal peligro. Una aplicación generosa de la discriminación por indiferenciación (por más que pueda resultar ideológicamente simpática, ya que permitiría normalmente hacer justicia en casos concretos), abre la puerta a un activismo judicial de perfiles inciertos y atenta, por ello, al diseño de poderes establecido por la Constitución. Discrepo, pues, con la rotunda negativa del Tribunal Constitucional a entender amparada la discriminación por indiferenciación en el artículo 14 CE, pero también con una opinión de manifiesto sentido contrario como la de E. COBREROS. Más bien, considero que debe admitirse en nuestro ordenamiento la discriminación por indiferenciación, pero sólo de modo restrictivo, como una suerte de *air-bag* de seguridad frente a las arbitrariedades legislativas más flagrantes, esto es, más como una defensa frente a eventuales patologías legislativas que como una función fisiológica ordinaria de los tribunales. Además, habría que distinguir entre el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación en sentido estricto porque la discriminación por igualación jugaría más en el segundo supuesto que en el primero (al ser la prohibición de discriminación sexual, racial, etc., un auténtico derecho fundamental, la libertad de configuración legislativa se ve reducida drásticamente). No obstante, las dificultades para apreciar una discriminación por igualación incluso en el caso de las discriminaciones indirectas es también patente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

pensión de viudedad, pero la sensación de que la Sentencia no hizo justicia en el caso concreto (o toda la justicia que hubiera podido) permanece. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el matrimonio ha gozado de apariencia jurídica porque disponía de Libro de Familia (desde 1983), de título de familia numerosa (desde 1986), y todos los familiares del marido estaban reconocidos como tales en su cartilla de la Seguridad Social. Y, a mayor abundamiento, la recurrente no pudo en 1971 contraer matrimonio de carácter civil (nadie podía hacerlo en esas fechas, salvo previa declaración de apostasía de la fe católica).

Por eso no es casual que para que el Tribunal pudiera fallar como lo hizo se cuidara de dejar sentado inicialmente (FJ 2) que como no se había planteado en la vía judicial ordinaria el problema del eventual reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación basado en la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio civil con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, ni tampoco la posibilidad de aplicación analógica del tratamiento establecido para los matrimonios nulos, a los que, en algunas ocasiones, se les llega a reconocer el derecho a una pensión de viudedad (un ejemplo, por cierto, de protección jurídica de la apariencia matrimonial), la Sentencia no los iba a abordar. A mi juicio, ésta es la clave de la decisión. La elección por el Tribunal del escenario argumental en el que va a desarrollarse el razonamiento determina por completo su resultado. Es evidente que los argumentos excluidos *a limine* permitían (o incluso reclamaban) una construcción interpretativa no tan formalista como la que eligió finalmente el Tribunal.

3.º Si el Tribunal hubiera utilizado las vías de interpretación citadas, podría haber otorgado el amparo en el caso concreto sin poner en cuestión el marco general de acceso a la pensión de viudedad. Hubiera razonado desde el principio general de igualdad [art. 14.a) CE] y no hubiera necesitado hacerlo desde la prohibición de discriminación racial o étnica [art.14.b) CE]. Pero el conflicto también podría abordarse desde esta última perspectiva. En efecto, en el Derecho antidiscriminatorio se llama discriminación indirecta o de impacto a todos aquellos tratos jurídicos diferentes en atención a un factor no «sospechoso» o neutro desde el punto de vista racial, sexual, etc. (por ejemplo: la exigencia de forma legal de matrimonio para acceder a una pensión de viudedad), pero que, de hecho, impactan de forma adversa sobre una persona o grupo en desventaja (por ejemplo: las viudas gitanas) sin que exista una justificación suficiente (que la medida constituya una exigencia objetiva e indispensable para la consecución

de un objetivo público legítimo) (83). La cuestión es opinable. En principio, el legislador sí puede anudar, por razones de seguridad jurídica, la prestación de una pensión de viudedad a unas formas de convivencia y no a otras. Pero al excluir por completo la forma derivada de la costumbre gitana en un momento en el que la recurrente no podía contraer matrimonio civil se estaría excluyendo, de hecho, del acceso a la pensión de viudedad a todo un grupo de mujeres por razones étnicas (art. 14 CE) y también se incurriría en discriminación por razón de religión o convicciones, puesto que, finalmente, se estaría condicionando el acceso a la pensión de las viudas que contrajeron matrimonio en esas fechas a que lo hubieran celebrado conforme al rito católico.

4.º No se explora las posibilidades de combinar en el caso las discriminaciones étnica y de género. Me parece que con esta omisión se pierde por completo la perspectiva de análisis de los hechos discriminatorios. La recurrente es tratada de modo distinto y peor porque es gitana y porque es mujer, o, mejor dicho, porque es una mujer gitana. Ciertamente, también un varón gitano hubiera sido discriminado si se le hubiera denegado una pensión de viudedad por las mismas razones, pero la institución de la pensión de viudedad, aunque no disponible sólo para las mujeres, despliega un sentido específico (cuantitativo y cualitativo) en relación con ellas, como pusiera de relieve el Voto particular de F. Rubio Llorente en la STC 103/1983, de 22 de noviembre (84).

(83) En la sentencia *D. H. y otros contra la República de Chequia*, de 13 de noviembre de 2007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido un caso de discriminación indirecta contra varios niños gitanos. El Tribunal consideró contrario al artículo 14 del Convenio el envío (en la República checa) de estos niños a colegios especiales para discapacitados mentales sin perspectiva educativa alguna (el 75 por 100 de los niños gitanos iban a este tipo de centros, según datos aportados por el propio Gobierno checo), a pesar de que aparentemente el criterio de selección era neutro desde el punto de vista étnico (un test psicológico) y de que los padres tenían que firmar el consentimiento de esa derivación escolar.

(84) La Sentencia 103/1983 sí se atreve a innovar el ordenamiento, y además de una forma amplia, declarando inconstitucional el requisito de acceso a la pensión de viudedad que se exigía para los viudos y no para las viudas de hallarse, al tiempo del fallecimiento de la esposa, incapacitado para el trabajo y a cargo de la mujer. Rubio Llorente, en su Voto particular, no considera, sin embargo, irrazonable la diferencia que la Ley establecía en el acceso a la pensión entre viudos y viudas porque ambos grupos son diferentes. «Es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nítidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer.» La división doméstica del trabajo arroja sobre la mujer «la parte más importante, si no la totalidad, del trabajo en el hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeñan tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres». Esta desigualdad «real y efectiva» debe ser eliminada por el legislador, «pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla».

El corazón argumentativo de la defensa de la recurrente se ha situado en el intento de reconocimiento del rito del matrimonio gitano como un hecho cultural diferencial de la comunidad gitana acreedor de respeto y protección. Pero la idea de que dicho rito debe considerarse, al menos en ciertos casos, como una forma de matrimonio equiparable a las reconocidas expresamente por el ordenamiento no fue acogida por el Tribunal. Tan sólo motivó esa vaporosa recomendación final al legislador para que éste desarrollara en el futuro una regulación que, bajo ciertas condiciones, otorgara a «las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos» plenos efectos civiles matrimoniales. El Voto particular, por el contrario, sí que acoge la tesis de la protección de la identidad cultural gitana. La línea argumental del matrimonio gitano como hecho cultural diferencial de la comunidad gitana equiparable al resto de formas matrimoniales aceptadas por el ordenamiento (de modo que su exclusión pudiera lesionar derechos fundamentales como el de no sufrir discriminación étnica o el de contraer libremente matrimonio) plantea, sin embargo, no pocos problemas. No está claro que algunos aspectos del matrimonio gitano, que, a diferencia de las formas religiosas permitidas, ni es un rito religioso ni, a diferencia del matrimonio civil, permite tener constancia de su celebración (ya que no es fácil determinar ante qué persona, y bajo qué título, se presta el consentimiento, de modo análogo al funcionario o al ministro religioso) (85), respeten el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de género (86).

Personalmente, insisto, me convence más el planteamiento estratégico de la cuestión, respecto de los argumentos de igualdad, a partir de un enfoque de discriminación múltiple. Se ha discriminado a una mujer gitana por una situación que sólo puede tener por víctimas a mujeres gitanas. En el caso en examen, a la recurrente se la impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se la impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo a los usos gitanos (por ser mujer gitana) y cuidar del marido hasta la muerte de éste (por ser mujer y gitana), pero se la negó jurídicamente una pensión de viudedad (por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido

(85) El magnífico trabajo de Ana Laura CABEZUELO insiste de modo particular en este punto: «Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007, págs. 48 y sigs.

(86) En particular, la comprobación de la virginidad de la novia (ver, en este sentido, M.^a Cruz MUSOLES, «El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la STC 69/2007, de 16 de abril», en *Revista General de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2008, pág. 22, y A. L. CABEZUELO, ob. cit., págs. 47 y sigs.), pero también (aunque se produzca en menos ocasiones) de los matrimonios concertados por los padres.

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. Una discriminación que no ha sido judicialmente reparada.

