

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE GÉNERO, DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL Y SU RECONOCIMIENTO JURÍDICO EN TIEMPOS DE CRISIS*

Marta Fernanda León Alonso
Universidad de Salamanca

Sumario:

I. LA RESPUESTA DE LAS CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS A LOS FENÓMENOS DISCRIMINATORIOS COMPLEJOS. II. LA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO. 1. La exitosa acogida en el sistema interamericano de derechos humanos. 2. La discriminación múltiple en Europa. A) El sistema europeo de protección de derechos humanos. B) Las políticas de igualdad en la Unión Europea: de la transversalidad a la interseccionalidad.

183

* Este texto recoge mi intervención, ampliada y revisada, en el seminario internacional “Asignaturas pendientes en materia de género: hacia un futuro modelo regulativo constitucional”, organizado por el CESJ Sur de Europa y la Universidad de Jaén, el 26 de noviembre de 2020.

RESUMEN

La interseccionalidad es una categoría analítica para identificar cómo la convergencia de diferentes factores (género, raza, nacionalidad, clase social, discapacidad) genera situaciones complejas de discriminación. Sin embargo, su reconocimiento como herramienta de análisis por el Derecho antidiscriminatorio no ha sido homogéneo. En el caso del sistema interamericano de protección de derechos, su implementación ha sido exitosa. No ha ocurrido lo mismo en Europa, donde el enfoque interseccional sí se aplica en la elaboración de las políticas públicas, aunque apenas se usa en las normas y en la jurisprudencia nacional e internacional.

Palabras clave:

Palabras clave:

Discriminación interseccional, género, Derecho antidiscriminatorio, sistema interamericano de protección de derechos, sistema europeo de protección de derechos humanos.

ABSTRACT

SOME REFLECTIONS ON GENDER, INTERSECTIONAL DISCRIMINATION AND ITS LEGAL RECOGNITION IN TIMES OF CRISIS

Intersectionality is an analytical category to identify how the convergence of different factors (gender, race, nationality, class, disability) generates complex situations of discrimination. However, its recognition as a tool of analysis by anti-discrimination law has not been homogeneous. In the case of the Inter-American system for the protection of rights, its implementation has been successful. This has not been the case in Europe, where the intersectional approach is applied in the elaboration of public policies, although it is hardly used either in norms or in national and international jurisprudence.

Key Words:

Intersectional discrimination, gender, Anti-discrimination law, Inter-American System for the Protection of Human Rights, European System for the Protection of Human Rights.

I. LA RESPUESTA DE LAS CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS A LOS FENÓMENOS DISCRIMINATORIOS COMPLEJOS.

En el mundo del derecho es cada vez más habitual el uso de expresiones procedentes de otras ramas del conocimiento que nos permiten a los juristas acercarnos a realidades de cuya existencia nos percatamos, pero sobre las que no habíamos teorizado. Así, en el discurso jurídico se han introducido términos como diversidad, interseccionalidad o resiliencia. No son conceptos propios de nuestra disciplina, ni forman parte de la dogmática tradicional, pero sí resultan útiles para describir fenómenos sociales y categorizarlos a través del derecho.

En ese sentido, las ciencias sociales nos enseñan que la identidad de las personas está compuesta por múltiples facetas y que los demás tienden a ver y tratar a cada individuo como un todo que abarca esas diversas identidades (mujer, trans, mayor, con diversidad funcional, inmigrante, musulmana, etc.). Y puede ocurrir que un sujeto, vinculado a varios grupos en situación de especial vulnerabilidad, sufra formas agravadas y singulares de discriminación, como la denominada discriminación interseccional.

Por otro lado, los fenómenos discriminatorios se agudizan con las crisis que se suceden de forma encadenada en tiempos de “modernidad líquida” (Bauman). Crisis que, como la provocada por la COVID-19, pueden afectar al planeta entero, hasta el punto de ser considerada una *sindemia*. Este vocablo es un neologismo formado por las palabras sinergia y epidemia, y sirve en medicina para identificar la confluencia de dos o más patologías que se desarrollan en entornos de desigualdad estructural. El término sindemia se usa en algunos foros para aludir a la triple crisis sanitaria, económica y social y sus efectos en la ciudadanía. Frente a estas adversidades, se apela a la resiliencia como mecanismo de autodefensa. Otro término ajeno al ámbito del derecho, pero al que se recurre en determinados contextos jurídicos, al resultar muy atractivo por su fuerza metafórica¹. En las ciencias naturales, la resiliencia permite definir aquellos cuerpos capaces de absorber la energía de los golpes sin quebrarse. No es sinónimo de resistencia, pues los cuerpos resilientes no oponen fuerza, sino que amortiguan el impacto gracias a la elasticidad de sus estructuras. Esta elasticidad, ¿se puede predicar de la constitución y de los derechos que en ella se reconocen? En mi opinión, admitir sin más la resiliencia en lo jurídico puede tener un efecto perverso si no se hace un análisis de las causas de las crisis y se depuran responsabilidades políticas y jurídicas de quienes las provocaron o no supieron dar una adecuada respuesta para preservar los derechos. Asumir esta cualidad de forma acrítica, puede conducirnos a aceptar las crisis como algo normal. Esta posibilidad sería, incluso, contraria a la esencia del denominado Derecho de excepción, sometido a límites formales, materiales y temporales para evitar, precisamente, que lo excepcional se convierta en normal. En definitiva, a quien sufre discriminación, no se le puede pedir que sea resiliente. A quien sufre discriminación, en un Estado de Derecho, se le debe proteger.

Este contexto de crisis poliédrica es el caldo de cultivo idóneo para que se agraven las desigualdades que ya existían, pero que ahora se han hecho más evidentes. Ni nuestro sistema sanitario era tan robusto ni nuestro Estado del bienestar tan sólido. La *Encuesta de condiciones de vida*, realizada en 2019 por el Instituto Nacional de Estadística (INE), arroja una serie de datos que evidencian el alto grado de vulnerabilidad de la población española. Según el INE, el 25,3% está en situación de exclusión social. Tal y como se explica en la nota de prensa que acompaña la encuesta, este indicador no mide la pobreza absoluta, sino la desigualdad. Otro dato que me gustaría subrayar es el referido a los delitos de odio y discriminación que en 2019 aumentaron, según el Ministerio del Interior, casi un 7% respecto al año anterior². A pesar de que las condenas por estos delitos hayan crecido, el número de denuncias sigue siendo sorprendentemente bajo. En un estudio del Instituto de la Mujer de 2018 sobre la evolución de la discriminación en España, se concluye que solo el 8% de las personas que

1 Sobre la utilización de este término en el ámbito del Derecho Constitucional, vid. mi trabajo «Rigidez, resistencia y resiliencia constitucional frente a la vulnerabilidad de los derechos», [en línea] *Papeles “El tiempo de los derechos”*, n° 16, 2016, Universidad Carlos III. [Consulta: 20 de febrero de 2021], disponible en: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2015/01/wp-16.pdf>.

2 Vid. Ministerio del Interior, *Informe 2019 sobre la evolución de los “delitos de odio” en España*. [en línea] [Consulta: 20 de febrero de 2021], disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+evolucion+2019/631ce020-f9d0-4feb-901c-c3ee0a777896>.

consideran haber sido objeto de discriminación presentaron una denuncia formal³. La razón principal es que no se confía en el sistema judicial para resolver estos casos, como pone de manifiesto el 42% de los entrevistados. Este estudio contiene otro dato a tener en cuenta: la escasa percepción que existe respecto a la discriminación por “acumulación de motivos”. Solo un 15% de la población encuestada reconoce haber sido objeto de este tipo de conductas. La razón de esta cifra tan baja se debe, como explica Rey Martínez, a que se trata de una categoría-niebla. Intuitivamente, es fácil de entender en qué consiste la discriminación interseccional⁴. Sin embargo, para los operadores jurídicos presenta unos contornos difíciles de perfilar. Prueba de ello es, por un lado, el desacuerdo entre la doctrina a la hora de denominar el fenómeno (discriminación múltiple, interseccional, acumulativa), y, por otro, la falta de reconocimiento normativo, lo que complica la labor de los tribunales para tutelar a quienes lo sufren.

II. LA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas publicó en 2017 un informe en el que se analiza cómo convergen motivos de discriminación diversos y su efecto negativo en el pleno disfrute de los derechos, especialmente de las mujeres y las menores. En este documento se señalan las carencias que presentan los Estados y se formulan una serie de recomendaciones en dos direcciones: la acción política y la acción jurídica. La agenda política ha incorporado con entusiasmo el concepto de interseccionalidad, como queda reflejado en la aprobación de disposiciones no normativas, la elaboración de estudios, planes de igualdad y medidas de acción positiva donde se tiene en cuenta este nuevo enfoque. Por el contrario, los sistemas jurídicos, nacionales e internacionales, se resisten a reconocer la interseccionalidad como una nueva causa de discriminación cualificada y como principio interpretativo. Estas reticencias se producen al mismo tiempo que la tutela antidiscriminatoria experimenta un importante desarrollo, a partir de la identificación de nuevos supuestos de discriminación vinculados a condiciones y circunstancias personales o sociales como la discapacidad, la edad o la orientación sexual que generan situaciones de victimización o exclusión y en las que ha sido necesario implantar una protección jurídica reforzada. Incluso se han acuñado términos como el de aporofobia⁵ o edadismo para nombrar estos fenómenos.

El Derecho antidiscriminatorio se ha centrado, tradicionalmente, en la raza y el sexo/género, sin tener en cuenta las identidades múltiples, cada una de las cuales puede ocasionar desventajas y desigualdades que tienen que ser valoradas en su conjunto y no desde un enfoque unidimensional. La legislación y la jurisprudencia no han tenido en cuenta la posible confluencia de varias causas de discriminación que interaccionan entre sí y se afronta el problema, en la mayoría de los casos, valorando por separado cada una de ellas. Esta manera de proceder se cuestionó, tempranamente, por la sociología académica, de la mano, entre otras, de Patricia Hill Collins, y más tarde por la doctrina jurídica estadounidense. Es bien conocido que una de las voces más críticas ha sido Kimberlé Crenshaw, quien en un estudio publicado en 1989 defendió que una visión unidimensional de las posibles causas de discriminación que sufre una persona, no permite tener una percepción completa de la realidad⁶. Según Crenshaw las teorías jurídicas clásicas sobre discriminación racial y discriminación sexual son insuficientes para explicar y dar una respuesta adecuada al trato discriminatorio que soportan las mujeres

3 Vid. M.^a A. CEA D'ANCONA y M. S. VALLES MARTÍNEZ *Evolución de la discriminación en España*, [en línea] Instituto de la Mujer, 2018, [Consulta: 20 de febrero de 2021], disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2018/EvolucionDiscrimEsp2018-0159.pdf>.

4 Vid. F. REY MARTÍNEZ, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 28, 2008, p. 253.

5 Este concepto ha sido elaborado por A. CORTINA ORTS, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, 2017.

6 Vid. K. CRENSHAW, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», [en línea] *University of Chicago Legal Forum*, 1989, [Consulta: 20 de febrero de 2020], disponible en: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>.

afrodescendientes. Discriminación que nada tiene que ver con la que puede sufrir una mujer blanca, por el hecho de ser mujer, o un hombre negro, por el hecho de ser negro. Crenshaw propuso un nuevo punto de vista basado en la idea de la interseccionalidad, según la cual cada individuo sufre opresión u ostenta privilegios en base a su pertenencia a múltiples categorías sociales. La interseccionalidad se presenta, pues, como una herramienta de análisis que permite, primero, identificar y, en segundo lugar, actuar en aquellos casos en los que el trato discriminatorio se produce por el cruce de factores como el sexo y el género con otras características o identidades personales que provocan discriminaciones singulares.

Desde algunos ámbitos del feminismo académico se ha manifestado cierta desconfianza hacia esta nueva perspectiva, porque se teme que la interseccionalidad disuelva el factor sexo-género como eje principal en las políticas públicas⁷. Quienes así opinan, tienden a homogenizar las características y reivindicaciones del movimiento feminista, desatendiendo las peculiaridades y necesidades específicas de las minorías dentro del grupo. Un análisis unidimensional basado únicamente en el género, corre el riesgo de invisibilizar esas otras situaciones en las que la discriminación que sufren muchas mujeres se produce por la convergencia con otros factores. Como ha señalado Ferrando García, la transversalidad y la interseccionalidad son dos ideas complementarias que permitirían dar una respuesta más eficaz a esos casos de discriminación agravada⁸.

2.1. La exitosa acogida en el sistema interamericano de derechos humanos

La expansión de esta nueva categoría conceptual ha sido desigual. En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en los países que de él forman parte, la teoría interseccional ha tenido una exitosa acogida. Zota-Bernal, al estudiar su aplicación en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace una observación muy acertada al recordarnos el origen estadounidense del concepto y la necesidad de no transculturizar su contenido. Esta precisión es relevante para contextualizar su aplicación en el sistema interamericano, pues los países que forman parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) son muy diversos y experimentan de manera diferenciada las desigualdades sociales, aun cuando todos deban combatir la discriminación y la exclusión social⁹.

La perspectiva interseccional se positivizó en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994). En los últimos años, se han aprobado nuevos instrumentos normativos que se refieren expresamente a este concepto y que establecen el compromiso de los Estados de adoptar medidas para combatir la discriminación interseccional. Tal es el caso de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, ambas adoptadas por la Asamblea General en 2013. En fechas más cercanas, la OEA ha incorporado el enfoque interseccional a la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).

Además de este reconocimiento en la normativa internacional, ha sido encomiable la labor de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la aplicación del análisis interseccional de mujeres en situación de vulnerabilidad, como indígenas, personas con discapacidad y población afrodescendiente. Son muchos los pronunciamientos al respecto y me referiré solo a algunos de ellos. Uno de los casos paradigmáticos resueltos por la Corte ha sido el asunto *González y otras vs. México* del año 2009, conocido como “Campo Algodonero”, en el que se señala que la interacción de varios factores de vulnerabilidad de las víctimas y sus familias tuvo un impacto negativo en sus derechos debido a la falta de protección por parte del Estado mexicano. La intersección entre género y orientación sexual, es analizada por la Corte en la sentencia *Atala Ríffo y niñas vs. Chile* (2012), en la que se denuncian las trabas que sufren las mujeres lesbianas en el ejercicio de sus derechos

7 Cfr. M. BARRÈRE UNZUETA, «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 87, 2010, en concreto, pp. 244 a 251.

8 Vid. F.M.^a FERRANDO GARCÍA, «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral, Estudios financieros», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 428, 2018, pp. 40 y 41.

9 Vid. A. ZOTA-BERNAL, «Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 9, octubre 2015-marzo, 2016, p.74.

civiles, en concreto, los relacionados con la patria potestad. En 2015, la Corte resuelve el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, que tiene su origen en una negligencia médica cometida con una menor a la que se le hizo una transfusión de sangre contaminada, lo que tuvo como consecuencia que contrajera el VIH. A partir de ese momento, tanto la afectada como sus familiares quedaron estigmatizados. Estigma que se agudizó por las condiciones socioeconómicas en las que vivían, sin que el Estado hiciera nada por minorar los perjuicios causados. Por este motivo, la Corte sentenció que en este supuesto se combinaron de forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, vinculados a la condición de mujer de la demandante, en situación de pobreza y afectada por el VIH. Recientemente, la Corte Interamericana en el asunto *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, que se falló en 2020, condena al Estado por la muerte de sesenta personas, en su mayoría mujeres y niñas, que trabajaban en condiciones de esclavitud. El Estado, dice la sentencia, tiene “la obligación de asegurar condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, salud e higiene en el trabajo y de prevenir accidentes de trabajo”, y se destaca que “la situación de pobreza en que se encontraban las víctimas, sumada al hecho de que eran mujeres y afrodescendientes, agravó su condición de vulnerabilidad”.

2.2. La discriminación múltiple en Europa.

La sensibilidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos contrasta con la inercia del sistema europeo frente a los casos de discriminación interseccional. Este concepto viajero (*travelling concept*), así definido por La Barbera¹⁰, ha llegado a Europa desde América a través de la ciencia política y la sociología, sin haber sido previamente adaptado al modelo jurídico continental. Este hecho dificulta su reconocimiento como un tipo de discriminación específica y como criterio interpretativo del Derecho antidiscriminatorio. Es más, la propia idea de interseccionalidad ha sido muy debatida por la doctrina jurídica, sin que ni siquiera exista un consenso sobre cuál es la expresión más adecuada para referirse a la concurrencia de varias causas de discriminación sufridas por una persona que interactúan entre sí. De hecho, en Europa se prefiere hablar de discriminación múltiple como sinónimo de discriminación interseccional, aun no significando lo mismo. El disenso se refleja incluso en el modo en que el Consejo de Europa y la Unión Europea responden ante supuestos de esta variante de discriminación¹¹.

188

A) El sistema europeo de protección de derechos humanos

En el marco del Consejo de Europa, su principal norma, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), ha permitido introducir el concepto de discriminación múltiple gracias a la interpretación amplia del art. 14 que prohíbe la discriminación “por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. A pesar de que no exista un reconocimiento expreso de este tipo de discriminación en las normas del Consejo de Europa, esto no ha impedido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) admitir su existencia. En la literatura especializada se cita siempre el asunto *Muñoz Díaz “La Nena” vs. España*, como un caso paradigmático en el que el TEDH en 2009 dio la razón a la demandante, una mujer de etnia gitana a la que el Estado español denegó la pensión de viudedad, pero sin aplicar el enfoque interseccional, siendo esta una oportunidad perdida¹². El TEDH sí utiliza, por el contrario, el concepto de discriminación múltiple en el caso *Beauty Salomon vs. España*, de 2012. La demandante es una mujer nigeriana, residente en España, que ejercía la

10 M. C. LA BARBERA, «Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea» *Interdisciplina*, n° 8, 2016, pp. 105-122. De la misma autora, junto con M. CRUELLS, vid. «¿Qué factores favorecen la incorporación de la interseccionalidad en la praxis jurídica?», en M.C. La Barbera y M. Cruells, (Eds.), *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 529-553.

11 Vid. F. LOUSADA AROCHENA, «Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género», *Femis: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, ISSN-e 2530-2442, vol.4, n° 2, 2019, pp. 44 a 49.

12 Vid. F. REY MARTÍNEZ, «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular? », *Diario La Ley*, n° 7344, 2010.

prostitución. La víctima presentó una denuncia ante las autoridades al haber sido presuntamente insultada y agredida por agentes de policía. La denuncia fue rechazada por la justicia ordinaria e inadmitida la demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional. Agotadas las vías de tutela nacional, la afectada recurre ante el TEDH, que acaba condenando al Reino de España, no por el trato policial inhumano o degradante, sino por considerar que fue discriminada al no haberse investigado judicialmente los hechos con la diligencia debida. El TEDH entiende que los tribunales españoles no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana que ejercía la prostitución, faltando con ello a la obligación que les corresponde, en virtud del art. 14 del Convenio, de adoptar todas las medidas posibles para determinar si una actitud discriminatoria había podido desempeñar algún papel en los hechos denunciados. En 2017, de nuevo el TEDH utiliza la idea de la discriminación múltiple combinando esta vez el sexo y la edad en el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*. Una ciudadana portuguesa, sometida en 1995 a una operación quirúrgica, es víctima de un error médico que le deja una serie de secuelas, incluida la imposibilidad de mantener relaciones sexuales. La demandante solicita una indemnización que el Supremo Tribunal Administrativo de Lisboa reduce por valorar excesiva la cantidad solicitada. En primer lugar, el tribunal luso aprecia que la actora no necesita ayuda para realizar las tareas domésticas, ya que sus hijos se han emancipado y solo debe cuidar de su esposo. En segundo lugar, se reduce la cuantía de la indemnización porque la demandante, de cincuenta años, tiene “uma idade em que a sexualidade não tem a importância que assume em idades mais jovens, importância essa que vai diminuindo à medida que a idade avança” (*sic*). El TEDH estima que los argumentos utilizados por la justicia portuguesa se basan en una “idea tradicional de la sexualidad femenina esencialmente vinculada con la maternidad, lo cual ignora la relevancia física y psicológica que la sexualidad tiene sobre la autorrealización de la mujer como persona” y, por lo tanto, constituye una violación del art. 14 del Convenio.

B) Las políticas de igualdad en la Unión Europea: de la transversalidad a la interseccionalidad

En la Unión Europea (UE) la lucha contra la discriminación interseccional se ha desarrollado en el ámbito político. Así la interseccionalidad acaba de ser reconocida como principio transversal en la *Estrategia para la igualdad de género (2020-2025)*, aprobada por la Comisión Europea en marzo de 2020. En este documento se dice que “[l]as mujeres constituyen un grupo heterogéneo y pueden ser objeto de una discriminación interseccional basada en varias características personales. Por ejemplo, una mujer migrante con discapacidad puede sufrir discriminación por tres o más motivos”. Frente a este tipo de situaciones, se insta a que “[l]as disposiciones legislativas de la UE, sus políticas y la aplicación de ambas deben responder, por tanto, a las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres y las niñas de distintos grupos”. Asimismo, se prevé la vinculación de la Estrategia con otros planes y marcos de acción referidos a colectivos en situación de especial vulnerabilidad, como personas con diversidad funcional, personas de etnia gitana, menores y colectivos LGTBI+.

Ahora bien, el impulso político en esta materia no ha ido acompañado de un reconocimiento a nivel normativo. Para empezar, el art. 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2007), fija una lista cerrada de causas de discriminación (sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual). Por otro lado, la protección contra la discriminación se circunscribe a ámbitos concretos, como el empleo, la Seguridad Social y asistencia sanitaria y el acceso a bienes y servicios. Estas limitaciones se reflejan en el Derecho derivado de la UE, donde las referencias a la doble discriminación o bien se encuentran ubicadas en la exposición de motivos de las directivas, con lo cual tienen valor jurídico pero carecen de fuerza normativa, o bien se incluyen en el *soft law*, como serían algunas resoluciones del Parlamento Europeo sobre discriminación múltiple, que se limitan a recoger compromisos de naturaleza política. Este déficit normativo tiene consecuencias prácticas, ya que no hay ni un solo pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que admita la existencia de la discriminación por la confluencia de más de un factor. Es más, el TJUE ha señalado en una sentencia del año 2016 que “aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos, [...] no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado”.

Para paliar estas deficiencias, la Comisión presentó en 2008 una propuesta de directiva, conocida como la Directiva Horizontal, que colmaría estas lagunas en la protección contra la discriminación en todos los ámbitos y por la confluencia de varias causas. Tras más diez años de debates y negociaciones, la propuesta está atascada en el Consejo y la UE carece de una protección integral contra la discriminación.

El caso español sigue la línea marcada por la UE, y ello a pesar de que el art. 14 de la Constitución contenga una lista abierta de factores de discriminación que permitiría, haciendo una construcción interpretativa del mismo, extender la prohibición también a la discriminación interseccional¹³. Sin embargo, el Derecho antidiscriminatorio se basa en un enfoque unifactorial y las referencias a la discriminación interseccional en la legislación española, son, por el momento, testimoniales. Los esfuerzos se han centrado, igual que en la UE, en las políticas de promoción y medias de acción positiva, como se constata en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en la legislación estatal sobre los derechos de las personas con diversidad funcional y en la normativa autonómica sobre los colectivos LGTBI.

En opinión de un amplio sector de la doctrina, al que me sumo, la discriminación interseccional no se puede quedar solo en el campo de la promoción, justificando medidas de acción positiva o de igualdad de oportunidades, que no son exigibles judicialmente y que dependen, en definitiva, de la voluntad política. La discriminación interseccional se debe llevar al terreno jurídico¹⁴. Es decir, se ha reconocer como un tipo de discriminación prohibida perseguible ante los tribunales de justicia. A este respecto, son muy escasos los fallos judiciales, ya sea de la justicia ordinaria o de la justicia constitucional, que admitan su existencia¹⁵. Y ello se debe, principalmente, a que los órganos jurisdiccionales carecen de instrumentos normativos específicos para actuar, encontrándose con limitaciones procesales, como la imposibilidad de basar la demanda en dos o más causas de discriminación, el problema de la cuantificación del resarcimiento de los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, derivados de este tipo de discriminación cualificada y la falta de una sanción proporcionada al comportamiento antijurídico agravado. También son reseñables las dificultades en materia probatoria, ya que se sigue aplicando el test de la comparación para verificar si ha habido trato discriminatorio. Autores como Rodríguez-Piñero cree necesario prescindir en estos casos del test de comparación y propone una aproximación más intuitiva, utilizando lo que él denomina la “prueba de contexto discriminatorio” generado por la conjunción de causas que operan combinadamente¹⁶.

En definitiva, y con esto concluyo, muchos de los problemas que se han apuntado podrían encontrar un marco regulador en la futura Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que se ha presentado como iniciativa legislativa hasta en cuatro ocasiones, la última en la actual Legislatura por el grupo parlamentario socialista¹⁷. Esperemos que en esta ocasión salga adelante.

13 Vid. F. REY MARTÍNEZ, «La discriminación múltiple,... », op.cit., p. 275.

14 Vid. F. LOUSADA AROCHENA, «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Revista de Derecho social*, n° 82, 2018, p. 140 y también el análisis de A. de LAMA AYMÀ, «Discriminación múltiple», *Anuario de Derecho Civil*, n° 1, 2013, en concreto pp. 296 a 320.

15 El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 22 de enero de 2018, estimó un recurso de amparo planteado por una persona con discapacidad psíquica a la que se denegó, por motivo de su edad, participar en un programa de atención especializada que se impartía en un centro para personas más jóvenes.

16 Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Discriminación múltiple», *Diario La Ley*, n° 8571, 2015.

17 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 29 de enero de 2021. Esta iniciativa, se presentó en 2011 como proyecto de ley del Gobierno de Rodríguez Zapatero; y en 2017 y en 2019, como proposición de ley del grupo parlamentario socialista.