

VULNERABLES. ASPECTOS INTERDISCIPLINARES
PROCESO PENAL Y VÍCTIMAS ESPECIALMENTE

LORENZO M. BUJOSA VADELL
MARTA DEL POZO PÉREZ
Directores

ALICIA GONZÁLEZ MONJE
Coordinadora

Proceso Penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios



Walter
Rizart
Muñoz

Cx Libris

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2019



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2019 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Lorenzo M. Bujosa Vadell - Marta del Pozo Pérez(Dirs.) y Alicia González Monje (Coord.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1309-099-3
DL NA 1034-2019

Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Índice General

	<u>Página</u>
PRÓLOGO	19
CAPÍTULO 1	
EL MENOR COMO VÍCTIMA	27
LORENZO M. BUJOSA VADELL	
I. Introducción	27
II. El menor como sujeto procesal	28
III. El menor como víctima vulnerable	29
1. Aspectos extraprocesales	33
2. Aspectos procesales	37
IV. Especial consideración de la declaración del menor	39
V. Bibliografía	47
CAPÍTULO 2	
FOMACIÓN JUDICIAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO: ANÁLISIS CRÍTICO	49
MARTA DEL POZO PÉREZ	
I. Introducción	49
II. ¿Justicia especializada? mitos y realidades	52
III. El pacto de estado contra la violencia de género y la formación en violencia de género en la judicatura	61
IV. Críticas y propuestas	66

	<u>Página</u>
CAPÍTULO 3	
CONSTITUCIÓN Y MENORES. COLECTIVO EN SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD	69
ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA	
I. Introducción	69
II. La protección constitucional de la infancia como obligación jurídica del estado	71
III. Garantías internacionales de los derechos de los menores y derecho interno	74
IV. El "interés superior del niño" y el libre desarrollo de la personalidad del menor	78
V. Nuevas perspectivas de la protección a la infancia y a la adolescencia en la lo 8/2015	80
VI. Bibliografía de referencia	84
CAPÍTULO 4	
REVISIÓN DEL CONCEPTO "VULNERABLE / VULNERABILIDAD" DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU IMPLICACIÓN	89
EVA MARÍA PICADO VALVERDE	
CARMEN HERRERO ALONSO	
I. Introducción	89
II. Acercamiento conceptual desde la academia: vulnerable, vulnerabilidad y violencia de género	93
III. El concepto de vulnerabilidad y víctima vulnerable en las normativas autonómicas	94
IV. El concepto vulnerable y vulnerabilidad de la víctima de violencia de género en el ámbito normativo de castilla y león	97
V. Proceso de desvictimización en los servicios sociales	99
VI. ¿Hacia dónde avanzar?	107
VII. Bibliografía	109

	<u>Página</u>
CAPÍTULO 5	
DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y COLECTIVOS ESPECIALMENTE VULNERABLES	117
WALTER REIFARTH MUÑOZ	
I. Introducción: «L'égalité, les grands mots! L'impossible!» ...	117
II. Los debates teóricos en torno a la discriminación múltiple	119
1. <i>Necesidad y riesgos de un enfoque «multidimensional» de la discriminación</i>	119
2. <i>Una clasificación umbrática para un fenómeno complejo</i>	121
III. «Il concetto vi dissi, ora ascoltate com'egli è svolto»: origen y evolución de la idea de discriminación múltiple	125
1. <i>La identificación del problema de la discriminación múltiple en la tradición del «common law»</i>	125
1.1. <i>Estados Unidos: del movimiento feminista al reconocimiento judicial</i>	125
1.2. <i>Canadá: la superación de una contradicción normativa</i>	129
1.3. <i>El caso especial del Reino Unido</i>	130
2. <i>La migración de la idea de discriminación múltiple a los órdenes internacional y supranacional</i>	132
2.1. <i>La discriminación múltiple y la Organización de las Naciones Unidas</i>	132
2.2. <i>La labor pionera de las instituciones de la Unión Europea</i>	133
3. <i>Breves reflexiones sobre la regulación legal de la discriminación múltiple en España</i>	136
IV. Conclusiones	139
V. Bibliografía	139

	<u>Página</u>
CAPÍTULO 6	
MENORES INFRACTORES Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO MENOR DE EDAD	143
ALICIA GONZÁLEZ MONJE	
I. La violencia de género entre menores de edad	143
1. <i>Aproximación al problema</i>	146
II. Sistema de protección de la víctima de violencia de género menor de edad	151
III. Protección cautelar	152
1. <i>Imposibilidad de adopción de una Orden de Protección</i>	152
2. <i>Alejamiento como medida cautelar</i>	155
2.1. <i>Contenido</i>	156
2.2. <i>Duración</i>	157
2.3. <i>Procedimiento para su adopción</i>	157
2.4. <i>¿Medidas civiles, asistenciales, y sociales?</i>	158
IV. Protección tras la sentencia	160
1. <i>Duración del alejamiento</i>	163
2. <i>Control del alejamiento</i>	165
V. Conclusiones	166
VI. Bibliografía	167

CAPÍTULO 7	
HIJAS E HIJOS DE LA MUJER MALTRATADA COMO VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: EL CASO GONZÁLEZ CARREÑO CONTRA ESPAÑA Y LA STS 1263/2018	171

LAURA HERNÁNDEZ LLINÁS	
I. Hijas e hijos de la mujer maltratada como víctimas de la violencia de género: una realidad pendiente de visibilización	171
II. Retrato de la desprotección y avances jurisprudenciales: el caso González Carreño contra España y la STS 1263/2018 ...	174
1. <i>La dramática historia de la señora González Carreño y su hija</i>	174
2. <i>La recomendación de la CEDAW</i>	180

3. <i>Las dificultades para hacer efectivo el dictamen de la CEDAW y el eventual reconocimiento de su valor en la STS 1263/2018</i>	182
III. Evolución de la normativa en materia de violencia de género y protección de los menores en los últimos años	185
IV. A modo de conclusión	188
V. Bibliografía	190

CAPÍTULO 8	
MALTRATO A PERSONAS MAYORES ¿VÍCTIMAS VULNERABLES "OLVIDADAS"?	193

ISABEL VILLAR FUENTES	
I. Vulnerabilidad	193
II. Discapacidad y adulto vulnerable	195
1. <i>Ámbito legislativo</i>	196
1.1. <i>Convenio sobre Protección de Adultos, La Haya 2000</i>	198
1.2. <i>Convenio de Derechos de las Personas con Discapacidad Nueva York 2006</i>	200
1.3. <i>Protección específica ancianidad</i>	201
III. Malos tratos a personas mayores	203
IV. Tratamiento legislativo	205
1. <i>Código Penal</i>	205
2. <i>Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito</i>	205
3. <i>Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género</i>	206
4. <i>Fiscalía especialista en materia de protección y defensa de las personas mayores</i>	207
5. <i>Estrategia Nacional de personas mayores 2018-2021</i>	208
6. <i>Proposición no de Ley sobre el Plan de prevención y erradicación del maltrato a las personas mayores</i>	209
V. Bibliografía	210

	<u>Página</u>
CAPÍTULO 9	
PERCEPCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO SOBRE LAS ACTUACIONES DE LOS OPERADORES JURÍDICOS Y LAS CONCEPCIONES QUE TIENEN ÉSTOS SOBRE LO QUE CONSTITUYE UN TRATAMIENTO JUSTO HACIA VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES	211
M ^º LUISA IBÁÑEZ MARTÍNEZ	
BEGOÑA GUTIÉRREZ SAN MIGUEL	
I. Víctimas de violencia de género: percepciones y demandas	211
II. Operadores jurídicos: logros, dificultades, solicitudes ante la violencia de género	222
III. Conclusiones	224
IV. Bibliografía	224
CAPÍTULO 10	
ASPECTOS PROCESALES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	227
Especial referencia a los juzgados de violencia sobre la mujer	
MARÍA INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS	
I. Introducción	227
II. Las víctimas de violencia de género	228
1. Aspectos generales sobre la violencia de género	228
2. Los juzgados de violencia sobre la mujer	231
2.1. Cuestiones previas	231
2.2. Competencias penales estos juzgados	235
III. Bibliografía	245

	<u>Página</u>
CAPÍTULO 11	
CONNOTACIONES PROCESALES DE LAS DECLARACIONES DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO VÍCTIMA ESPECIALMENTE VULNERABLE	249
FERNANDO MARTÍN DIZ	
I. La víctima de violencia de género como víctima especialmente vulnerable	250
II. Panorámica cuantitativa en relación a la víctima de violencia de género	251
III. La prueba en procesos por violencia de género: observaciones y singularidades	253
IV. La declaración de la víctima de violencia de género como elemento probatorio: alcance e implicación procesal	257
1. Incidencia de la dispensa del deber de declarar en favor de la víctima: el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	261
2. Interpretaciones y aplicaciones de la dispensa	265
3. Recomendaciones del Observatorio contra la violencia doméstica y de género (CGPJ) para la toma de declaración de víctimas de violencia de género	267
4. ¿Debe mantenerse o reformarse el art. 416 LECrim?	272
V. Bibliografía	276
CAPÍTULO 12	
BASES LEGALES Y PUNTOS CLAVE PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN PROTOCOLO DE VIDEOGRABACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	281
FEDERICO BUENO DE MATA	
I. Menores de edad y violencia de género: reconocimiento como víctima directa y ampliación de derechos	281
II. La tecnología como mecanismo de protección de la víctima de violencia de género menor de edad	284
III. Hacia un protocolo de grabación de declaraciones del menor víctima de violencia de género a la luz del Pacto de Estado ..	291

	<i>Página</i>
IV. Bibliografía consultada	296
CAPÍTULO 13	
PROTOCOLO DE FUNCIONAMIENTO NARRATIVO PARA LA GRABACIÓN DE TESTIFICALES DE VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES POR PARTE DE LOS OPERADORES JURÍDICOS	299
BEGOÑA GUTIÉRREZ SAN MIGUEL	
FRANCISCO JAVIER HERRERO GUTIÉRREZ	
M ^a LUISA IBÁÑEZ MARTÍNEZ	
ELENA CALVO ORTEGA	
I. Introducción	300
II. Objetivos propuestos	302
III. Metodología	305
IV. Proceso y técnicas	307
V. Resultados	308
1. <i>Validación Encuestas</i>	314
1.1. Resultados de la población encuestada	314
1.2. Resultados de las píldoras audiovisuales	315
VI. Discusión de resultados	319
1. <i>En la valoración de las píldoras audiovisuales independientes se obtuvieron los siguientes resultados</i>	320
2. <i>A las preguntas derivadas de la comparación entre las tres grabaciones y el grado de eficacia o pertinencia, frente a la ineficacia, y al porqué de la elección de una de las tres píldoras, los resultados erogan los siguientes resultados</i>	320
3. <i>Finalmente se recogieron las sugerencias que los/as encuestados/as llevaron a cabo sobre las mismas</i>	323
VII. Conclusiones	324
VIII. Bibliografía	325
1. <i>Webgrafía</i>	327
IX. Agradecimientos	327

	<i>Página</i>
CAPÍTULO 14	329
VÍCTIMA VULNERABLE Y PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN: TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO POR EL PERSONAL SANITARIO	329
ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL	
I. Violencia de género y actuación sanitaria	329
II. La adopción de Protocolos de Actuación Sanitaria para una más eficaz lucha contra violencia de género	335
III. Necesidad de adaptación de los protocolos existentes a las exigencias contenidas en el Pacto de Estado para la Violencia de Género de 2017	343
IV. Conclusiones	348
V. Bibliografía	349

	<i>Página</i>
CAPÍTULO 15	353
VÍCTIMAS DE CIBERDELINCUENCIA DE GÉNERO Y PROCESO PENAL: VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA	353
IRENE GONZÁLEZ PULIDO	
I. Introducción: del olvido a la obsolescencia	353
II. Cibercriminalidad de género y victimización	355
1. <i>Cibercriminalidad organizada: violencia sobre la mujer</i>	358
III. Protocolos de actuación	359
1. <i>Ante el sistema de justicia: desafíos inminentes en el proceso penal</i>	366
IV. Conclusiones: retos y progresos en la lucha contra la violencia de género	368
V. Bibliografía	373

	<i>Página</i>
CAPÍTULO 16	377
DESPOBLACIÓN E IGUALDAD: EL DIFÍCIL PAPEL DE LA MUJER EN EL MEDIO RURAL	377
JOSÉ LUIS DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ	
I. La despoblación: el drama de la España vacía	377

	<u>Página</u>
II. La situación de la mujer en el medio rural	379
III. La importancia de las entidades locales en la promoción de la igualdad y la lucha contra la violencia de género	384
1. La necesaria devolución de competencias en materia de igualdad a las entidades locales	386
1.1. Las diputaciones provinciales	386
1.2. Los ayuntamientos	387
IV. Propuestas para mejorar la calidad de vida de la mujer en el medio rural: especial atención a las víctimas de violencia de género	391
V. Conclusiones	395
VI. Bibliografía	396

CAPÍTULO 17

ANÁLISIS FILOLÓGICO DEL PROTOCOLO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO RESPECTO A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

399

PABLO RAMOS HERNÁNDEZ

I. Introducción	399
II. Aproximación a las acciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de violencia de género	400
III. Análisis del protocolo	402
1. Términos potestativos	402
2. Sexismos lingüísticos	405
3. Expresiones desafortunadas	406
4. Prácticas contradictorias	407
5. Exceso de datos	408
IV. Principio procesal en el protocolo	411
1. Presunción de inocencia	412
V. Conclusiones	413
VI. Bibliografía	414



CAPÍTULO 18

EL LENGUAJE FÁCIL Y EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN POR LAS VÍCTIMAS, CON PROBLEMAS DE COMPRENSIÓN, NO PERSONADAS EN EL PROCESO

417

MARÍA AMPARO RENEDO ARENAL

I. Rigor, claridad y accesibilidad del lenguaje jurídico	417
II. El derecho de la víctima no personada en el proceso a recibir información sobre el mismo	419
III. El lenguaje fácil como mecanismo para garantizar el derecho a recibir información	427
IV. Conclusión	431
V. Bibliografía	432

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

- pacidad intelectual. *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 43 (3), 54-68.
- RICAURTE, K., OJEDA, E., BETANCOURTH, S., y BURBANO, H. (2013). Empoderamiento en jóvenes en situación de desplazamiento. el caso de la unidad de atención y orientación (UAO) de la alcaldía de Pasto. *CS Ciencias Sociales*, (11), 179-213.
- RUIZ, M. (2018). Trazando fronteras nacionales en contextos de integración: Migración femenina y sexualidad en la subregión andina. *Revista De Estudios Sociales*, (64), 42-54. Doi: <http://dx.doi.org/10.7440/res64.2018.04>
- SAMPEDRO, C. (2017). Derecho penal y género. *Derecho Penal y Criminología*, 38 (105), 207-225. Doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v38n105.09>
- SERRANO, M. (2014). Exclusión social y criminalidad. *Revista De Derecho UNED*, (14), 587-617.
- TRIANA, J. y DONOSO, J. (2016). La discriminación como fenómeno bidireccional. Un estudio exploratorio sobre grupos vulnerables en Aca-pulco. *Revista Enfoques*, 14 (25), 37-58.
- VILLALBA, J. (2017). Relación entre variables en el miedo al delito. *Revista De Derecho UNED*, (20), 657-689.
- WEBSTER, C., DOUGLAS, K., EAVES, D. y HART, S. (1997). *HCR-20: Assessing Risk for Violence (version 2)*. Vancouver, Canadá: Simon Fraser University.

Capítulo 5

Discriminación múltiple y colectivos especialmente vulnerables

WALTER REIFARTH MUÑOZ

Personal investigador en formación. Universidad de Salamanca.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: «L'ÉGALITÉ, LES GRANDS MOTS! L'IM-POSSIBLE!». II. LOS DEBATES TEÓRICOS EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. 1. Necesidad y riesgos de un enfoque «multidimensional» de la discriminación. 2. Una clasificación umbrática para un fenómeno complejo. III. «IL CONCETTO VI DISSI, ORA ASCOLTATE COM'EGLI È SVOLTO»: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA IDEA DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. 1. La identificación del problema de la discriminación múltiple en la tradición del «common law». 1.1. Estados Unidos: del movimiento feminista al reconocimiento judicial. 1.2. Canadá: la superación de una contradicción normativa. 1.3. El caso especial del Reino Unido. 2. La migración de la idea de discriminación múltiple a los órdenes internacional y supranacional. 2.1. La discriminación múltiple y la Organización de las Naciones Unidas. 2.2. La labor pionera de las instituciones de la Unión Europea. 3. Breves reflexiones sobre la regulación legal de la discriminación múltiple en España. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: «L'ÉGALITÉ, LES GRANDS MOTS! L'IM-POSSIBLE!»

El papel que debe ser asignado al principio general de igualdad en la construcción de las democracias pluralistas es una cuestión antigua. Su

1. Extracto de la ópera *Louise* de G. CHARPENTIER (Acto I, Escena IV) y que puede traducirse como «¡La igualdad! ¡Qué gran palabra! ¡Una utopía!».

proclamación está en los albores mismos del constitucionalismo y ha sido causa de nutridos torrentes de tinta de la más autorizada doctrina que destacan su importante valor en la configuración de las relaciones sociales y de las normas que deben regirlas.

Permítaseme la *boutade*: nuestro ordenamiento jurídico únicamente realiza el principio de igualdad en la medida en que efectivamente lo realiza. El constituyente ordena propugnar la igualdad como valor superior del ordenamiento, de manera que las normas, sea cual sea el escalón que ocupen en el sistema jurídico, no deben prescribir un trato diferente entre iguales sin una justificación objetiva y razonable. Hasta tiempos recientes, la prohibición de discriminación siempre operaba en un solo eje y su reparación se construía siempre sobre el análisis de un único factor de discriminación o, en el mejor de los casos, de varios rasgos considerados aisladamente.

Esta forma de razonar es una adaptación un tanto ortopédica a una realidad compleja y en constante evolución. Un cambio de perspectiva que permita discernir entre distintos tipos de discriminación en función de los motivos que la provocan quizá pueda resultar útil para remediar la indeseable vulnerabilidad que enfrentan muchos individuos y grupos de nuestro tiempo.

No se trata de derrotar la estructura lógica de las normas ni de anteponer criterios axiológicos que puedan distorsionar su recta aplicación. Al contrario: se pretende perfeccionar el contenido normativo para abarcar la realidad social de forma, si no total, sí al menos más completa.

El conjunto o combinación de motivos discriminatorios provoca efectos de exclusión y de especial vulnerabilidad para los colectivos que los sufren. El reconocimiento y la protección de la diversidad social se entienden hoy como un paso necesario para promover la inclusión de los grupos en situaciones de especial vulnerabilidad. La discriminación tiene un impacto negativo sobre la vida y las experiencias de las personas y, más frecuentemente, de los colectivos de personas. La cuestión que intenta responder este trabajo es la averiguar si las llamadas discriminaciones múltiples pueden constituir, a la luz de los más recientes desarrollos normativos, un objeto de estudio singular, autónomo respecto de otras categorías jurídicas, o bien si el Derecho ya cuenta con suficientes instrumentos para identificar, calificar, perseguir y sancionar este tipo agravado de discriminación.

Analizar tan ambicioso propósito no sería posible sin caer en la trivialidad y por ello no vamos a abordar todos sus extremos *in extenso*. Se trata más bien de plantear el problema, todavía necesitado, como enseguida

se verá, de una mayor claridad conceptual. Junto a las dificultades en su reconocimiento, se propone el análisis de algunas medidas proactivas que se han ido adoptando en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en distintos niveles —nacional, europeo e internacional— para luchar contra esta específica forma de discriminación. Nos detendremos después en los esfuerzos que hasta la fecha se han venido desarrollando en nuestro país en la materia para finalizar con unas breves conclusiones a la luz de los resultados alcanzados.

II. LOS DEBATES TEÓRICOS EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

El fenómeno de la discriminación múltiple describe genéricamente aquellas situaciones en las que la discriminación se produce por varios motivos². La mujer musulmana que es despedida por el uso del velo en su puesto de trabajo, las personas de avanzada edad y con algún tipo de discapacidad que son rechazadas en los procesos de selección laboral o la mujer gitana sistemáticamente excluida del espacio público son algunos ejemplos en que concurren diversos motivos de un injustificado trato discriminatorio. Las posibilidades, sin embargo, son ilimitadas. En efecto, es posible que el acto discriminatorio obedezca únicamente a un único rasgo. Pero, en algunos casos, la discriminación no se produce por una única circunstancia personal o social de los afectados, sino por la concurrencia simultánea de varias de ellas.

1. NECESIDAD Y RIESGOS DE UN ENFOQUE «MULTIDIMENSIONAL» DE LA DISCRIMINACIÓN

Los ejemplos aludidos tienen en común, como más adelante se expondrá, las enormes dificultades de que adolece su reconocimiento legal, que se compadece mal con la cabal comprensión de la realidad social. Si bien las normas prohíben la discriminación por motivos especialmente odio-

2. *Vid.*, entre otros muchos, MAKKONEN, T.: *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2002, pp. 9 y ss.; HANNETT, S.: «Equality at the intersection: the legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination». En: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23 (1), 2003, pp. 65-86; FREDMAN, S.: «Double trouble: multiple discrimination and EU law». En: *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 2, 2005, pp. 13-20; MOON, G.: «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found?». En: *Justice Journal*, vol. 3(2), 2006, pp. 86-102; GERARDS, J.: «Discrimination grounds». En: SCHIEK, D.; WADDINGTON, L.; BELL, M.: *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*. Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 31-184.

sos, como el sexo, la raza, la religión o la ideología, salvo justificación objetiva y razonable de la diferencia en el trato, las personas se definen por una combinación de características intrínsecas a ellas. El presupuesto de la discriminación múltiple es, justamente, la diversidad de rasgos que dan identidad a los individuos, que quedarían así protegidos por las normas antidiscriminatorias para la totalidad de sus elementos definitorios y no solo para uno de ellos aisladamente considerado³.

En la actualidad, el tratamiento judicial de la discriminación por interacción de varios motivos constitucionalmente sospechosos responde a un «cierto pragmatismo⁴» y opera sobre una valoración aislada de todos ellos. Esta situación no parece satisfactoria cuando los rasgos de opresión guardan entre sí una conexión indisociable que provoca un nuevo y más grave tipo de lesión de los derechos fundamentales. Las experiencias de los individuos que pertenecen a un grupo minoritario o excluido no merecen un trato universal, homogéneo y unitario: una mujer homosexual, por ejemplo, no padece la misma forma de discriminación que soportan las mujeres en general ni la que sufren los varones homosexuales. La erradicación de las conductas discriminatorias debe empezar por la implementación de políticas públicas verdaderamente inclusivas y por la creación e interpretación de normas que tengan en cuenta el universo de identidades existentes en la sociedad. La elección de un *tertium comparationis* sobre la base de estos criterios podrá ayudar a entender y remediar la discriminación en toda su magnitud.

Esta operación de cirugía jurídica no está exenta de riesgos o, en la terminología de Makkonen, de «trampas potenciales» (*potential pitfalls*)⁵. Se trata de la posibilidad de crear categorías esencialistas y exclusivistas de víctimas o, si se prefiere, nuevos estereotipos alumbrados a partir de un enfoque multidimensional de la discriminación. En primer lugar, se podría incurrir en un automatismo al estudiar la fenomenología discriminatoria, generando así «falsos positivos» por el mero hecho de reunir ciertos rasgos considerados minoritarios. Como ejemplifica el autor finlandés, no todas las mujeres musulmanas son discriminadas, pero se corre el riesgo de considerar víctimas de discriminación a todas las personas que reúnan simultáneamente estos rasgos de género y religión⁶. Pero también existe la posibilidad de generar «falsos negativos», cuando obviamos la victimi-

3. MOON, G.: «Multiple discrimination...», *op. cit.*, p. 87; DE LAMA AYMÀ, A.: «Discriminación múltiple». En: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66(1), 2013, p. 274.
4. LANQUETIN, M. T.: «Égalité, diversité et... discriminations multiples». En: *Travail, genre et sociétés*, núm. 21, 2009, pp. 104.
5. MAKKONEN, T.: *Multiple, compound...*, *op. cit.*, p. 33.
6. *Ibid.*, p. 34.

zación de los individuos que presentan algunas características del grupo dominante (hombres musulmanes, siguiendo el ejemplo), y de crear una «identidad de víctima», preconciendo o estereotipando tal condición por el simple hecho de pertenecer simultáneamente a uno o más grupos en desventaja⁷. De este modo, aunque la doctrina en ocasiones presente el concepto sin ningún tipo de aspereza, en realidad la discriminación múltiple, como nota REY MARTÍNEZ, no es «ideológica o políticamente neutra»⁸.

Creo que la toma en cuenta de estos riesgos no es óbice, sino más bien estímulo, para la corrección de la discriminación múltiple en las políticas públicas y en el ordenamiento jurídico. Los beneficios, en términos de realización de los derechos fundamentales, son infinitamente superiores. La introducción del enfoque multidimensional ayudará sin duda al afloramiento de nuevas formas de discriminación hasta entonces invisibilizadas, redefinirá los grupos en situación de vulnerabilidad a partir de la diversidad real de sus miembros y contribuirá a un diseño efectivo de las políticas públicas de inclusión.

2. UNA CLASIFICACIÓN UMBRÁTICA PARA UN FENÓMENO COMPLEJO

La descripción del fenómeno en que una persona es discriminada por varios motivos adolece en los círculos académicos de una constatada ambigüedad terminológica. El loable intento por sistematizar el fenómeno se ha visto en parte entorpecido por la profusión de adjetivos (discriminaciones múltiples, dobles, interseccionales, compuestas, multidimensionales, acumulativas, interactivas⁹) que, lejos de conseguir aquel propósito, han introducido mayor oscuridad en su conceptualización.

El Informe de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea de 2007¹⁰ hace suya la clasificación de MAKKONEN¹¹, quien propone distinguir entre tres tipos de experiencias.

7. *Ibid.*, pp. 34-35. Sobre esta identidad de víctima en el caso de las mujeres, *vid.* HARRIS, A.: «Race and Essentialism in Feminist Legal Theory». En: *Stanford Law Review*, vol. 42(3), 1990, pp. 581-616.
8. REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 272.
9. MAKKONEN, T.: *Multiple, compound...*, *op. cit.*, pp. 9-10.
10. Informe *Tackling Multiple Discrimination: practices, policies and laws* de 2007, elaborado conjuntamente por el Instituto Danés de Derechos Humanos y la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión, pp. 15-17.
11. MAKKONEN, T.: *Multiple, compound...*, *op. cit.*, pp. 10-11.

En primer lugar, el concepto de *discriminación múltiple o acumulativa* evocaría aquellas situaciones en que una persona es discriminada por diferentes motivos y en momentos sucesivos¹². Este sería el caso, como ejemplifica el profesor finés, de una mujer con discapacidad que es discriminada por su género en la ocupación de un determinado puesto de trabajo y por su diversidad funcional en un edificio público no accesible para ella. En estos casos, la víctima acumula varias experiencias de discriminación, diferentes tanto por el motivo que la provoca como por el momento en que se produce. La desconexión entre los rasgos sobre los que opera la discriminación puede traducirse en términos de adición matemática (género + discapacidad, en el ejemplo), en que cada uno de los sumandos no interactúa entre sí, sino que llega a término de forma separada¹³. Justamente por esto, la discriminación múltiple puede experimentarse de forma sucesiva, y quienes la padecen viven una sucesión de hechos que le recuerdan continuamente la situación de exclusión en que se encuentran.

En la *discriminación compuesta*, sin embargo, los varios factores sobre los que se instituye el acto discriminatorio se suman a la vez en un caso concreto, creando así para la víctima una carga adicional derivada de dicha convergencia de causas. Así, en un mercado de trabajo segregado por género y origen, en el que algunos empleos se consideran adecuados solo para los varones y los nacionales, las perspectivas de que una mujer inmigrante encuentre un trabajo se reducen considerablemente¹⁴. En una

12. Este tipo específico de discriminación también ha recibido el nombre de discriminación «doble», «triple», etc., para expresar con claridad el número de facetas de la personalidad humana que motivan la discriminación. Cfr. MAKKONEN, T.: *ibid.* También se le ha dado el adjetivo «aditiva» en SCHIEK, D.; LAWSON, A. (eds.): *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination* (2.ª ed.). Nueva York: Ashgate Publishing, 2016, p. 3.
13. Si bien el autor reconoce que los rasgos que dan identidad a una persona son inseparables por lo que «las operaciones matemática simplistas están totalmente fuera de lugar». MAKKONEN, T.: *ibid.*
14. Un ejemplo ilustrativo de una discriminación compuesta, ampliamente citado por los mejores especialistas sobre el tema, es el caso inglés *Perera v. Civil Service Commission* (no. 2). En él, un ciudadano original de Sri Lanka había sido rechazado en numerosas ocasiones para un determinado puesto de trabajo atendiendo a una serie de criterios: su experiencia en el Reino Unido, su dominio del inglés, su nacionalidad y su edad. La falta de un requisito no le impidió acceder al empleo, pero lo hizo menos probable; y las expectativas de obtenerlo se reducían proporcionalmente con el incumplimiento de varios de aquellos requerimientos constitucionalmente sospechosos. Finalmente, sus circunstancias personales eran tales y en tan diversos ámbitos que fue rechazado en todas las entrevistas del *Civil Service*. Entre otros, MOON, G.: «Multiple discrimination...», *op. cit.*, p. 89.

situación como la descrita, los motivos de discriminación, aunque actúan de forma yuxtapuesta, conservan su singularidad¹⁵.

El tercer tipo de discriminación, denominada *interseccional*, abarca los supuestos de multiplicidad de motivos sobre los que se produce el trato desigual en que estos interactúan simultáneamente y de tal forma que pierden por completo su especificidad, provocando una genuina y compleja forma de discriminación¹⁶. En estos casos, la atención a un único motivo o a todos ellos por separado constituiría una concepción parcial del fenómeno. Este tipo de discriminación presenta un carácter estructural o sistémico, es fruto de las propias dinámicas sociales y suele afectar a mujeres pertenecientes a determinadas minorías que acumulan prejuicios y estereotipos hondamente arraigados en la sociedad, aunque no cabe descartar otras combinaciones posibles¹⁷. Siguiendo el ejemplo de MAKKONEN¹⁸, la discriminación que sufre la mujer con discapacidad mental, obligada a someterse en algunos países a un tratamiento de esterilización contra su voluntad, no la padecen las mujeres en general ni los varones con esa diversidad funcional. Y lo mismo podría decirse de las mujeres inmigrantes y gitanas, que soportan en nuestras sociedades una discriminación no extensible ni a la generalidad de las mujeres ni a los hombres que presentan los mismos rasgos de procedencia o etnia, respectivamente¹⁹.

La profusión de categorías parece haber introducido ciertas dificultades

15. HANNETT, S.: «Equality at the...», *op. cit.*, p. 68; GERARDS, J.: «Discrimination...», *op. cit.*, p. 171.
16. En el mismo sentido, este tipo ha sido definido como «una combinación de varias opresiones que, juntas, producen algo único y distinto respecto de cualquier otra forma de discriminación simple». EATON, M.: «Patently Confused: Complex Inequality and Canada v Mossop». En: *Review of Constitutional Studies*, núm. 1, 1994, p. 229.
17. DELIYIANNI-DIMITRAKOU, C.: «Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé». En: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 65(3), 2013, pp. 685-686. También en LANQUETIN, M. T.: «Égalité, diversité et...», *op. cit.*, p. 103.
18. MAKKONEN, T.: *Multiple, compound...», op. cit.*, p. 11.
19. El jurista finlandés propone una cuarta categoría de discriminación en varios ejes combinados, que denomina «superpuestas» (*overlapping*) y que no reconoce, sin embargo, el referido Informe de la Comisión de 2007. Se trataría de casos en que la discriminación se produce por varios motivos que interactúan de modo independiente y simultáneo en un caso concreto. El autor propone el ejemplo de una empresa que mantiene una política oculta de no contratar personas inmigrantes ni personas con discapacidad. Una persona que postulase a un puesto de trabajo en esa empresa podría ser discriminada por ambos motivos o por uno solo de ellos. El problema de esta categoría, como advierte el propio autor, es que resulta «notoriamente difícil, si no imposible, determinar el concreto ámbito en el que la víctima es discriminada». MAKKONEN, T.: *Multiple, compound...», op. cit.*, p. 12. Tampoco se encuentra referencia a este cuarto tipo de discriminación en SCHIEK, D.; LAWSON, A.: *op. cit.*

des para asir el concepto. No dudo que la discriminación «múltiple» —en la clasificación expuesta— pueda tener una cierta virtualidad sociológica o antropológica, en el sentido de ofrecer una figura que permita poner nombre común a las terribles vivencias de una persona o grupo de personas en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, el tratamiento jurídico que merezcan dos discriminaciones sucesivas en el tiempo y sin identidad de causa no debe ser único. La respuesta puede no ser adecuada y la cadena de discriminaciones distintas impugnables a la vez, infinita.

La novedad y utilidad del concepto estriba en su referencia a una forma de discriminación distinta por la interacción de causas que la provocan. Si la multiplicidad de factores discriminatorios no tiene mayor entidad que la de estar dirigida a una misma persona, siendo distinto el tiempo y el espacio en que cada discriminación se produce, no hay, en puridad, combinación de aquellos factores, y la experiencia que ha padecido la víctima puede tratarse jurídicamente como un conjunto de discriminaciones simples.

Además, la respuesta que el ordenamiento jurídico podría humanamente prever para la discriminación «compuesta» no difiere de la que pudiera establecer para la tercera categoría. Como apunta REY MARTÍNEZ, la combinación simultánea y en el mismo caso de factores de discriminación responde «de modo necesario» a algún tipo de interacción entre ellos y «la identificación de un factor predominante al que se añaden otros es una misión intelectualmente ardua, si no imposible»²⁰. La categoría de la discriminación compuesta no resulta aprehensible para el Derecho o, dicho de otro modo, no es significativa para su adecuada reparación judicial.

El enredo conceptual que venimos comentando aquí ha hecho del tema de la discriminación múltiple un «campo de minas»²¹. Por ello, conviene terminar este epígrafe con una breve digresión clarificadora.

El concepto que se manejará en lo que sigue es el de discriminación «interseccional». No obstante, y dado que se ha venido imponiendo en los círculos académicos y políticos el término de discriminación «múltiple», este será el vocablo que utilizaré en lo que sigue. Con él, me referiré, en definitiva, a aquella situación en la que la discriminación se debe a dos o más factores que interactúan en un caso concreto y de forma simultánea.

20. REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación...», *op. cit.*, p. 266.

21. BURRI, S.; SCHIEK, D.: *Multiple discrimination in EU Law: opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Publicaciones de la Comisión Europea, 2009, p. 3.

III. «IL CONCETTO VI DISSI, ORA ASCOLTATE COM'EGLI È SVOLTO»²²: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA IDEA DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

En las próximas líneas, se abordarán algunos casos que he considerado interesantes o influyentes para entender la dimensión del fenómeno de la discriminación múltiple. No se pretende, por descontado, agotar cada uno de ellos, sino ofrecer una instantánea de cada caso que pueda contribuir a un mejor planteamiento y comprensión de los problemas que enfrenta la víctima multidiscriminada.

1. LA IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN LA TRADICIÓN DEL «COMMON LAW»

1.1. Estados Unidos: del movimiento feminista al reconocimiento judicial

Uno de los primeros estudios²³ que analizan el concepto de discriminación por la interacción de género y raza es el suscrito por la jurista afroamericana Kemberle CRENSHAW a finales de los años ochenta, en el que propone una revisión crítica de la teoría feminista y de las normas y políticas antidiscriminatorias²⁴. La autora consideraba que la interpreta-

22. Extracto de la ópera *Pagliacci* de R. LEONCAVALLO (final del Prólogo): «El concepto les he dicho, ahora escuchen cómo se desenvuelve».

23. Dejamos aquí de lado el importante antecedente que marcó «Un Manifiesto Feminista Negro» (*A Black Feminist Statement*) de 1977, elaborado en Boston por el grupo *Combahee River Collective*, en el que se expresa claramente, ya en su proemio, la voluntad de «combatir las opresiones múltiples y simultáneas que enfrentan las mujeres de color». Puede consultarse en línea en <http://circuitous.org/scraps/combahee.html> (fecha de última consulta: 21 de enero de 2019).

24. CRENSHAW, K.: «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». En: *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167. A partir del trabajo de CRENSHAW, surgieron otros muchos que trataban, en la misma línea, la discriminación múltiple de las mujeres afroamericanas. Véanse, entre muchos otros, CASTRO, R.; CORRAL, L.: «Women of Color and Employment Discrimination: Race and Gender Combined in Title VII Claims». En: *Berkeley La Raza Law Journal*, vol. 6(2), 1993, pp. 159-173; HARRIS, A. P.: «Race and...», *op. cit.*; MATSUDA, M. J.: «Beside My Sister, Facing the Enemy: Legal Theory Out of Coalition». En: *Stanford Law Review*, vol. 43(6), 1991, pp. 1183-1192; WIGGINS, M. J.: «The Future of Intersectionality and Critical Race Feminism». En: *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 11, 2001, pp. 677-678; AUSTIN, R.: «Sapphire Bound!». En: *Wisconsin Law Review*, 1989, pp. 539-578; CALDWELL, P.: «A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender». En: *Duke Law Review*, 1991, pp. 365-396; ONTIVEROS, M.: «Three Perspectives on Workplace Harassment of Women of Color». En: *Golden Gate University Law Review*, vol. 23(3), 1993, pp. 817-828; SCALES-TRENT, J.: «Black Women and the Constitu-

ción del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, que recogía los motivos constitucionalmente sospechosos de discriminación en el ámbito laboral —en concreto, raza, sexo, nacionalidad y religión—, había imposibilitado la valoración simultánea de varios de ellos por parte de los tribunales de su país. Sin renunciar al uso de los viejos marcos analíticos, los tribunales se convertían en «cómplices de la destrucción de la efectividad del Título VII»²⁵. El influyente trabajo de CRENSHAW demuestra que las demandas de las mujeres negras víctimas de discriminación dirigidas a recabar la tutela de sus derechos podían fundarse en el sexo o en la raza, pero no en los dos factores conjuntamente, por lo que el tratamiento jurídico de las prácticas que discriminan por raza y género solo pueden representar «un subconjunto de un fenómeno mucho más complejo»²⁶.

En el asunto *DeGraffenreid* de 1976²⁷, comentado por la profesora de la Universidad de California, el tribunal de apelación desestimó el recurso presentado por cinco mujeres afroamericanas que habían sido despedidas de una conocida multinacional por no cumplir un criterio —aparentemente neutro— de antigüedad en la empresa (*last hired, first fired*). Al razonar sobre la base de motivos estancos que proporcionaba la *Civil Rights Act*, el tribunal no pudo calificar como una discriminación indirecta el despido de las demandantes, ya que la empresa no empleaba a un número de mujeres ostensiblemente inferior al de hombres (sexo) ni un número de hombres negros en una proporción muy inferior al de hombres blancos (raza). Las palabras del tribunal de distrito, que rechazó el argumento de que las mujeres negras fueran una clase especial de víctimas de discriminación, son especialmente ilustrativas:

«[L]as demandantes no han aludido a ninguna decisión que haya declarado que las mujeres negras son una clase especial que merece protección frente a la discriminación. Este Tribunal tampoco ha encontrado ninguna decisión en tal sentido. Las demandantes obviamente tienen derecho a la tutela judicial si han sido discriminadas. Sin embargo, no se les debe permitir combinar remedios legales para crear un nuevo “superremedio” que les brindaría protección más allá de lo que han querido los redactores de las normas controvertidas. Esta demanda debe ser reexaminada en el

tion: Finding Our Place, Asserting Our Rights». En: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 24, 1989, pp. 9-44.

25. LACY, A.: «The Most Endangered Title VII Plaintiff?: Exponential Discrimination Against African-American Males». En: *Nebraska Law Review*, vol. 86(3), 2008, pp. 556.
26. *Ibid.*, p. 140.
27. *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Division*, 413 F. Supp. 142 (US Federal Court of Appeal). Sobre este caso, vid. GREGORY, R. F.: *Women and Workplace Discrimination: Overcoming Barriers to Gender Equality*. New Brunswick: Rutgers University Press, 2003, pp. 63-65.

sentido de valorar si la acción impugnada se refiere a una discriminación por raza o a una discriminación por género, alternativamente, pero no a una combinación de ambas»²⁸.

Este razonamiento pone de manifiesto las debilidades de la doctrina y la legislación antidiscriminatoria, en la que individuos vulnerables por varios rasgos exclusivos solo quedan protegidos en la medida en que sus experiencias coincidan con las de cualquiera de los grupos que manifiestan un único motivo de discriminación.

Sin embargo, desde principios de los años ochenta, los tribunales norteamericanos comenzaron a reconocer algunos casos de discriminación debida a la interacción de diversos rasgos identitarios. En concreto, cuatro años después de *DeGraffenreid*, otro tribunal, ante un supuesto de hecho similar, llegó a una solución radicalmente distinta. La afroamericana Daffro M. Jefferies, tras haber sido rechazada en varias ocasiones para promocionar su carrera en la empresa en que trabajaba, decidió optar a un puesto para el que habían sido anteriormente seleccionados una mujer blanca y un hombre negro. La Quinta Corte de Apelaciones reconoció la discriminación múltiple por la combinación de raza y sexo, y rechazó los argumentos de la empresa, afirmando que «la discriminación contra las mujeres negras puede existir incluso en ausencia de discriminación contra los hombres negros y las mujeres blancas»²⁹ y que «el reconocimiento de las mujeres negras como un subgrupo protegido [por el Título VII] es la única manera de identificar y remediar la discriminación dirigida a ellas»³⁰. En suma, el tribunal entiende en *Jefferies* que la exclusión de las mujeres afroamericanas de los potenciales destinatarios que pretende proteger la *Civil Rights Act* de 1964 impediría encontrar un remedio frente a las prácticas laborales ilícitas de las que solo ellas son víctimas³¹.

28. La traducción es mía. Otros ejemplos de esta forma de discernir comportamientos discriminatorios en un único eje pueden encontrarse en los casos *Munford v. James T. Barries & Co.* de 1977 (441 F. Supp. 459) y *Rogers v. American Airlines* de 1981 (537 F. Supp. 229); *Moore v. Hughes Helicopter* de 1983 (708 F.2d 475); *Payne v. Travenol Laboratories* de 1982 (673 F.2d 798). En este último caso, se puede observar cómo las mujeres negras quedan expuestas al dilema de optar alternativamente por uno de los rasgos de identidad que poseen (sexo o raza), limitando la legitimación para iniciar una *class action* cuando exista un conflicto de intereses con los otros miembros del grupo que comparten uno solo de aquellos rasgos.
29. Caso *Jefferies v. Harris County Community Action Association et al.* de 1980 (615 F.2d 1025), apartado 23.
30. *Ibid.*, apartado 34.
31. *Ibid.*, apartado 24. En el mismo sentido, y por citar solo algunos ejemplos de reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en EEUU, véanse los asuntos *Lewis v. Bloomsburg Mills* de 1985 (773 F.2d 561); *Hicks v. Gates Rubber Co.* de 1987 (833 F.2d 1406).

En el asunto *Lam*³², otro ilustre ejemplo de tratamiento multidimensional de la discriminación, se puede observar una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del Título VII. La profesora Maivan Lam, de ascendencia vietnamita, demandó a la Facultad de Derecho Richardson de la Universidad de Hawái por haber sido discriminada por su raza, sexo y nacionalidad al solicitar el puesto de directora del programa de estudios jurídicos Asia-Pacífico de aquella universidad. El Noveno Circuito señaló el error que había cometido el tribunal de primera instancia en su valoración segregada de la raza y el sexo, pues «cuando existen dos motivos de discriminación, no pueden reducirse a componentes distintos»³³.

A pesar de estos notables antecedentes, los tribunales norteamericanos no solo han sido reticentes a extender el concepto de la discriminación múltiple, sino que parecen haberse limitado a reconocer su existencia únicamente en las combinaciones de género y raza³⁴. Ello contrasta con la alusión expresa a este fenómeno por la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de Estados Unidos (EEOC, por sus siglas en inglés³⁵) y por la extensiva evolución que ha tenido su concepto en la academia norteamericana. En particular, las conclusiones del estudio de CRENSHAW fueron trasladadas en los años posteriores a otros grupos de víctimas especialmente vulnerables, como las mujeres latinas³⁶, las asiáticas³⁷, los discapacitados de razas distintas a la dominante³⁸ o los hombres negros³⁹.

32. *Lam v. University of Hawai'i* de 1994 (40 F.3d 1551).

33. *Ibid.*, apartado 33.

34. DELIYIANNI-DIMITRAKOU, C.: «Égalité multidimensionnelle et...», *op. cit.*, p. 689.

35. Pueden consultarse sus fines, actividades y logros en <http://www.eeoc.gov> (fecha de última consulta: 21 de enero de 2019).

36. Entre otros muchos, REYNOSO, J.: «Perspectives on Intersections of Race, Ethnicity, Gender, and Other Grounds: Latinas at the Margins». En: *Harvard Latino Law Review*, vol. 7, 2004, pp. 63-73; ANDERSON, M. J.: «A License to Abuse: The Impact of Conditional Status on Female Immigrants». En: *Yale Law Review*, vol. 102, 1993, pp. 1401-1430.

37. WEI, V. W.: «Asian Women and Employment Discrimination: Using Intersectionality Theory to Address Title VII Claims Based on Combined Factors of Race, Gender and National Origin». En: *Boston College Law Review*, vol. 37(4), 1996, pp. 771-812.

38. LAWSON, A.: «Disadvantage at the Intersection of Race and Disability: Key Challenges for EU Non-Discrimination Law». En: SCHIEK, D.; LAWSON, A.: *op. cit.*, pp. 47-62; DEGENER, T.: «Intersections between Disability, Race and Gender in Discrimination Law». En: SCHIEK, D.; LAWSON, A.: *op. cit.*, pp. 29-46.

39. LACY, A.: «The Most Endangered...», *op. cit.*; HOLZER, H. J.; OFFNER, P.: «Trends in Employment Outcomes of Young Black Men, 1979-2000». En: *JCPR Working Papers*, Universidad de Chicago, 2001; MOSS, P.; TILLY, C.: «Soft Skills and Race: An Investigation of Black Men's Employment Problems». En: *Work and Occupations*, núm. 23,

1.2. Canadá: la superación de una contradicción normativa

Uno de los países que más ha avanzado en el reconocimiento de la diversidad y en la protección de los grupos especialmente vulnerables es Canadá. Este país federal ha reconocido constitucionalmente la promoción de políticas públicas con perspectiva de multiculturalidad⁴⁰ y, además, ha vinculado el contenido sustantivo del principio de igualdad no tanto a la idea de justicia distributiva, sino al valor de la dignidad humana⁴¹.

El apartado 1 del artículo 15 de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades de 1982 consagra el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación, especialmente cuando esta esté fundada en los motivos de «raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o deficiencias mentales o físicas». Se trata, pues, de una cláusula abierta que ha permitido a los tribunales canadienses formular nuevos rasgos prohibidos *prima facie* y, en lo que nos interesa, admitir demandas fundadas en la combinación simultánea de varios motivos discriminatorios. Paradójicamente, la *Human Rights Act* de 1985, de cumplimiento obligatorio para todos los órganos federales y las instituciones bajo el control del gobierno central, enumera una lista cerrada de facetas de la identidad humana sobre las que, en principio, no cabe formular tratos diferentes: se añaden a los mencionados *supra*, la orientación sexual, la identidad o expresión del género, el estado matrimonial, la situación familiar, las características genéticas, los antecedentes penales de las personas indultadas y la discapacidad (art. 3).

La regulación expuesta, un tanto esquizofrénica, dificultó durante un tiempo la posibilidad de que los tribunales de Canadá pudieran conocer casos de discriminación múltiple⁴². Esta contradicción en la interpretación normativa estaba en el ánimo de la reforma operada en 1998 sobre la ley,

pp. 252-276; MERIDA, K. (ed.): *Being a Black Man: At the Corner of Progress and Peril*. Nueva York: PublicAffairs, 2007.

40. El artículo 27 de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades, de cumplimiento obligatorio para todos los poderes públicos de cualquier nivel territorial, obliga a que su interpretación deba hacerse de conformidad «con el objetivo de promover el mantenimiento y la valorización del patrimonio multicultural de los canadienses».

41. PROULX, D.: «Le concept de dignité et son usage en context de discrimination: deux Chartes, deux modèles». En: *Revue du Barreau*, núm. especial, 2001, pp. 485-542; RÉAUME, D. G.: «Discrimination and Dignity». En: *Louisiana Law Review*, vol. 63(3), 2003, pp. 645-695; TREMBLAY, L. B.: «Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action: The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm». En: *American Journal of Comparative Law*, vol. 60(1), 2012, pp. 181-204.

42. DELIYIANNI-DIMITRAKOU, C.: «Égalité multidimensionnelle et...», *op. cit.*, p. 691.

que añadió un apartado al mencionado artículo: «Para mayor certeza, un comportamiento discriminatorio comprende cualquier práctica basada en uno o más ámbitos de discriminación prohibidos o en el efecto de una combinación de varios de ellos» (art. 3.1).

Aunque el Tribunal Supremo canadiense reconoció tempranamente la posibilidad de que pudieran existir casos donde la discriminación se pueda deber a una indivisa combinación de factores⁴³, han sido muy pocos los ejemplos donde se ha apreciado al máximo nivel jurisdiccional el reconocimiento de esta específica forma de discriminación⁴⁴.

1.3. El caso especial del Reino Unido

A diferencia del caso canadiense, el reconocimiento de la figura de la discriminación múltiple en Reino Unido se enfrentó desde el primer momento a enormes obstáculos derivados de un desarrollo gradual y muy disperso de la rígida legislación británica en materia de igualdad⁴⁵.

43. Así, en el asunto *Canada (Attorney General) v. Mossop* de 1993 [1 SCR 554 at 645], un empleador se negó a conceder a un trabajador un permiso laboral por el fallecimiento del padre de su pareja del mismo sexo. El Tribunal Supremo calificó esta conducta como una discriminación basada en el sexo, omitiendo, con la excepción del voto particular de la Magistrada Claire L'Heureux-Dubé, el razonamiento sobre la combinación de ambos factores.

44. El caso más famoso ha sido *Egan v. Canada* de 1995 [2 RCS 513], donde se afirma que «[n]unca abordaremos por completo el problema de la discriminación si seguimos centrándonos en las categorías abstractas y las generalizaciones en vez de en los efectos específicos. Evaluando los ámbitos de la distinción en lugar del impacto de dicha distinción en los grupos de particulares, corremos el riesgo de emprender un análisis distanciado e insensible de las reales experiencias humanas. Lo que aún es peor: al definir las categorías apropiadas en las que pueden fundarse los actos discriminatorios nos arriesgamos a confiar en convenciones y estereotipos sobre los individuos pertenecientes a esas categorías, lo que, por sí mismo, afianza todavía más el statu quo discriminatorio» (La traducción es mía). Sobre esta forma de determinar la discriminación múltiple y estructural, véase también *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City); Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)* de 2000 [1 SCR 665]. Algunos autores consideran, sin embargo, que estas decisiones del Tribunal Supremo canadiense «no están en plena armonía con la idea de interseccionalidad». ATREY, S.: «Comparison in intersectional discrimination». En: *Legal Studies*, vol. 38(3), 2018, p. 381. Sobre otros ejemplos de reconocimiento de la discriminación múltiple por tribunales inferiores, véase el informe «An intersectional approach to discrimination: addressing multiple grounds in human rights claims» de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, que puede consultarse en línea en: <http://www.ohrc.on.ca/en/intersectional-approach-discrimination-addressing-multiple-grounds-human-rights-claims> (fecha de última consulta: 21 de enero de 2019).

45. Para un recorrido completo sobre el tema, MOON, G.: «Justice for the Whole Person: the UK's Partial Success Story». En: SCHIEK, D.; LAWSON, A.: *op. cit.*, pp. 157-

Uno de los casos que mejor muestran estas dificultades, ampliamente citado por la doctrina, es *Bahl* de 2004⁴⁶. Kamlesh Bahl, una mujer negra asiática, alegaba haber sido discriminada por los miembros de la *Law Society* cuando ostentaba el cargo de vicepresidenta. Para examinar su queja, el juez hizo recaer sobre la demandante la carga de probar la discriminación por sexo y la discriminación por raza de forma separada, esto es, haciendo uso de un pensamiento binario (hombres-mujeres, blancos-negros) y obligando a la víctima a comparar la situación de los grupos especialmente vulnerables con los atributos de un único y paradigmático grupo dominante.

A pesar de este triste antecedente, las normas antidiscriminatorias del Reino Unido se vieron sometidas a significativas reformas, en buena medida impulsadas por el Derecho de la Unión Europea, que favorecieron el reconocimiento de la discriminación por combinación de varios factores. En este sentido, la promulgación de la *Equality Act* de 2010 obedeció a un intento por unificar el Derecho británico en materia de antidiscriminación e introdujo el concepto de *combined discrimination* para un listado cerrado de facetas de la identidad⁴⁷. No obstante, su artículo 14 precisa que la protección está limitada únicamente a dos motivos y, en principio, solo a casos de discriminación directa⁴⁸. En este sentido, la Government Equalities Office justificó este tipo de «discriminación dual» en la necesidad de ofrecer una mayor protección respecto a la legislación anterior, pero evitando que las empresas no pudieran hacer frente a la carga de la prueba por la dificultad de buscar un sujeto comparable (*comparator*)⁴⁹.

175. También FREDMAN, S.: *Discrimination Law* (2.º ed.). Oxford: Oxford University Press, 2011.

46. Asunto *Bahl v. Law Society* [2004] EWCA Civ 1070 (*Court of Appeal* de Inglaterra y Gales).

47. El artículo 14.1 de la referida ley señala que «una persona (A) discrimina a otra (B) si, como consecuencia de una combinación de dos características relevantes protegidas, A trata a B de forma menos favorable que A trataría a otra persona que no comparte ninguna de esas dos características». Tales rasgos, definidos en el apartado 2, son la edad, la discapacidad, la reasignación de sexo, la raza, la religión y creencias, el sexo y la orientación sexual.

48. Sin embargo, en el asunto *Ministry of Defence v. DeBique* [2010] IRLR 471, el *Employment Appeal Tribunal* admitió una demanda en que se alegaba una discriminación indirecta fundada conjuntamente en el género y la nacionalidad (*multifaceted experience*).

49. Informe de la *Government Equalities Office* «Equality Bill: Assessing the impact of a multiple discrimination provision» de abril de 2009, p. 11. Para una mayor comprensión del *comparator test* en Reino Unido con relación al objeto de nuestro estudio, vid. ATREY, S.: «Comparison in intersectional discrimination». En: *Legal Studies*, vol. 38(3), 2018, p. 379-395; HAND, J.: «Combined Discrimination: section 14 of the Equ-

En suma, encontramos en Reino Unido un caso particular y temprano de abandono de la concepción tradicional de la discriminación en un solo eje. Aunque la legislación reconoce la existencia de «discriminaciones combinadas», los tribunales parecen reticentes a llevarla a efecto⁵⁰. A mayor abundamiento, me parece bastante dudoso que limitar a dos la combinación posible de factores de discriminación por mor de una pretendida operatividad práctica sea coherente con el concepto que venimos defendiendo en este trabajo. Ceñir las posibilidades de los comportamientos prohibidos a una simple duplicidad reduce en última instancia la lógica de la intersección a la de la simple adición de factores.

2. LA MIGRACIÓN DE LA IDEA DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE A LOS ÓRDENES INTERNACIONAL Y SUPRANACIONAL

2.1. La discriminación múltiple y la Organización de las Naciones Unidas

Aunque se ha llegado a sostener que las Naciones Unidas han abordado el fenómeno de la discriminación múltiple en ciertos textos internacionales como los Pactos de Nueva York de 1966 o la Convención de Derechos del Niño de 1989⁵¹, en realidad solo han instituido un listado abierto de motivos *a priori* sospechosos en el tratamiento de la discriminación. El primer reconocimiento, todavía tímido, de este problema a nivel internacional se produjo con la aprobación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995⁵². En la introducción al documento, elaborada en 2014,

lity Act 2010: a partial and redundant provision?». En: *Public Law*, vol. 2, 2011, pp. 482-490.

50. ATREY, S.: «Comparison in...», *op. cit.*, p. 393.

51. Así se afirma en el Informe «The legal implications of multiple discrimination» de julio de 2011, elaborado por la Red Europea Europea contra el Racismo (ENAR), p. 6. Así, por ejemplo, el art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que «la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social», lo que no aborda expresamente, aunque tampoco impide, el reconocimiento de una interacción entre dos o más rasgos.

52. El apartado 32 muestra el compromiso de los 189 Estados firmantes de «intensificar los esfuerzos para garantizar el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las mujeres y las niñas que enfrentan múltiples barreras para lograr su empoderamiento y su progreso por factores como la raza, la edad, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión o la discapacidad, o la pertenencia a una comunidad indígena». Puede consultarse en: <http://>

se valoran positivamente los logros normativos que se han producido en este campo, pero se observa que el progreso ha sido lento y desigual «especialmente para las mujeres y las niñas más marginadas que sufren múltiples formas *interrelacionadas* de discriminación»⁵³.

Las varias menciones expresas a la discriminación múltiple que contiene la Declaración de Durban de 2001 —aprobada en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia— han supuesto un «auténtico bautismo jurídico del concepto en la arena del Derecho internacional»⁵⁴. En el Programa de Acción anejo, se insta a los Estados a aplicar políticas encaminadas a «prevenir y eliminar toda discriminación basada en la religión y las creencias que, combinada con ciertas otras formas de discriminación, constituye una forma de discriminación múltiple» (apartado 14), a adoptar «medidas apropiadas para prevenir la discriminación [y tener] en cuenta las formas de discriminación múltiple» (apartado 49) o a prestar «especial atención a las personas que son objeto de discriminación múltiple» en el empleo (apartado 104. c)⁵⁵. Basten estos ejemplos para dar por probada la presencia del fenómeno en la agenda política internacional y una mayor preocupación global sobre esta nefanda realidad⁵⁶.

2.2. La labor pionera de las instituciones de la Unión Europea⁵⁷

La rápida evolución que ha experimentado el Derecho antidiscriminatorio de la Unión ha favorecido el debate sobre la discriminación múltiple

www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/declar.htm (fecha de última consulta: 21 de enero de 2019).

53. «Introducción», párr. 5. La cursiva es mía. Disponible en línea en <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women> (fecha de última consulta: 21 de enero de 2019).

54. REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación...», *op. cit.*, p. 254.

55. Las explícitas referencias a la discriminación múltiple son extensas y en muy diferentes campos. Puede consultarse el Informe en <https://undocs.org/es/A/CONF.189/12> (fecha de última consulta: 21 de enero de 2019).

56. Más recientemente, la Recomendación General núm. 32 de 2005 del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial afirma que «Los "motivos" de la discriminación se amplían en la práctica con la noción de "interrelación", que permite al Comité abordar situaciones de doble o múltiple discriminación (como la discriminación por motivos de género o de religión) cuando la discriminación por este motivo parece estar interrelacionada con uno o varios de los motivos enumerados en el artículo 1 de la Convención» (párr. 7). La idea de analizar la discriminación múltiple, sin mencionarla, por la relación del sexo y la raza ya latía en su Recomendación General núm. 25 de 2000, cuando propuso una metodología para el estudio de «algunas formas de discriminación racial [que] repercuten únicamente sobre las mujeres» (párr. 3-5).

57. El limitado espacio que se nos ha ofrecido para este trabajo impide el análisis profun-

ple, tanto en el ordenamiento supranacional como en los domésticos. Así, la Directiva 2000/48/CE de la Comisión, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico afirma expresamente en su considerando 14 que «en la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad [sic] debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». La expresión se repite en términos similares en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (considerando 3)⁵⁸. La Estrategia Marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos de 2005⁵⁹ estatuye necesario en algunos ámbitos «la aplicación de un enfoque integrado para combatir la discriminación y fomentar la igualdad entre los hombres y mujeres, que tenga en cuenta el

do sobre el reconocimiento de la discriminación múltiple en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. Baste algunos ejemplos para comprobar que, al margen de los instrumentos jurídicos de la Unión, algunos ordenamientos nacionales que, al menos nominalmente, reconocían que la discriminación puede estar fundada en más de un motivo prohibido. En Austria, por ejemplo, la discriminación múltiple (*Mehrfachdiskriminierung*) se recoge expresamente en el art. 9.4 de la *Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz* (Ley Federal para la Igualdad de las Personas con Discapacidad), el apartado a) del art. 19 de la *Bundes-Gleichbehandlungsgesetz* (Ley Federal para la Igualdad de Trato) o el art. 12.3 de la *Gleichbehandlungsgesetz für die Privatwirtschaft* (Ley de Igualdad de Trato en el Sector Privado), entre otros, que imponen al juez el deber de tener en cuenta la discriminación por más de un motivo para el cálculo de la indemnización. En Alemania, el art. 4 de la Ley General para la Igualdad de Trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) habla de «tratamiento desigual por varias razones», solo admisible si su justificación se extiende a todos los motivos en que se funda la diferencia de trato. Otros ordenamientos, como el rumano, recoge como circunstancia agravante de la infracción cualquier tipo de diferencia, restricción o preferencia basadas en dos o más criterios discriminatorios (art. 2.4 de la *Ordonanța 77/2003* sobre la Prevención y Sanción de Todas las Formas de Discriminación). En Bulgaria, el art. 11 de la reformada Ley de Protección contra la Discriminación, en vigor desde el 1 de enero de 2004, se refiere expresamente a este fenómeno al señalar el deber de todos los órganos estatales, autoridades públicas y entidades locales de tomar las medidas necesarias para corregir la situación de las víctimas de discriminación múltiple.

58. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 viene a sistematizar la normativa de la Unión sobre la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación.
59. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de junio de 2005 [SEC(2005) 689].

hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos»⁶⁰.

Contrariamente a lo que podría deducirse *ictu oculi* de esta miríada de documentos que hacen referencia al objeto de nuestro interés, la Unión no ha dispuesto en ninguna norma una definición jurídica vinculante de la discriminación múltiple⁶¹. Consciente de ello, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), en su Informe de 2017, recomienda a la Unión y a sus Estados miembros el reconocimiento de «la discriminación múltiple y multisectorial al formular y ejecutar instrumentos jurídicos y de política, a fin de luchar contra la discriminación, fomentar la igualdad de trato y promover la inclusión»⁶².

Esta significativa laguna en el Derecho de la Unión alcanza su máxima expresión en el intento frustrado de rastrear un reconocimiento explícito del fenómeno de la discriminación múltiple en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El ejemplo más próximo quizá sea la sentencia prejudicial en el asunto *Parris* de 24 de noviembre de 2016⁶³, en el que se preguntaba al TJUE sobre el eventual carácter discriminatorio de una norma que regulaba un plan de previsión profesional que supeditaba el derecho a disfrutar de la prestación de la pareja superviviente de un afiliado a dicho plan al requisito de que ambos hubieran celebrado una unión civil antes del sexagésimo cumpleaños del asegurado, teniendo en cuenta que el ordenamiento irlandés impidió la unión por tratarse de una pareja de hombres homosexuales. El Tribunal difirió del criterio de la Abogada Ge-

60. Se trata únicamente de destacar algunos ejemplos. El Libro Verde sobre Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada de 28 de mayo de 2004 también alude al problema de la discriminación múltiple: «La Comisión constata una tendencia a combinar medidas de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres con medidas de lucha contra la discriminación basada en los otros motivos mencionados en el artículo 13 del Tratado CE [sic]. Un enfoque integrado tiene por objeto hacer frente a situaciones de discriminación múltiple y desarrollar enfoques eficaces en materia de promoción de la igualdad de trato». De forma similar, las Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020) también señalan la necesidad de «examinar las causas de discriminación múltiple y explorar los medios adecuados para eliminarla» (considerando 12).
61. Ha sido la propia Comisión, en su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de las Directivas del año 2000 (citadas *supra*) quien ha reconocido que «[l]as Directivas no recogen ninguna disposición específica sobre las discriminaciones múltiples, pero ambas se refieren al hecho de que “a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”», aunque señala que «ya contemplan la combinación de dos o más motivos de discriminación para solventarlos en la misma situación» [SWD(2014) 5 final], apartado 4.4.
62. Informe sobre los derechos fundamentales de 2017, Opinión 2.4, p. 7.
63. STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto *Parris c. Trinity College Duble y otros* (C-443/15).

neral Kokott y sentenció que «aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado» (apartado 80). El fallo, en mi opinión desafortunado, pone de relieve la necesidad de seguir avanzando en el reconocimiento a escala europea del fenómeno de la discriminación múltiple en todos los ámbitos⁶⁴.

3. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN ESPAÑA

La legislación española se ha puesto a menudo como ejemplo positivo de reconocimiento de la situación que padecen las víctimas multidiscriminadas⁶⁵. Ello no debe hacernos caer en la autocomplacencia, pues las normas actualmente vigentes que contemplan el fenómeno adolecen, como enseguida se verá, de algunas imprecisiones.

Con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI, en adelante), el legislador parte de «una especial consideración con los supuestos de discriminación doble». El apartado 6 del artículo 14 insiste en las «singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva». Finalmente, el art. 20.c LOI obliga a los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, a «diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento

64. En el campo particular de la discriminación múltiple en que uno de los factores es el género, («underdeveloped in EU juridical discourse»), *vid.* NIELSEN, R.: «Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?: Precautions against neglecting intersectional cases». En: SCHIEK, D.; CHEGE, V. (eds.): *European Union Non-Discrimination Law: comparative Perspectives on Multidimensional Equality law*. Nueva York: Routledge, 2009, pp. 31-51.

65. Así, el Informe de la Comisión de 2007, tantas veces citado, p. 20. También entre la doctrina extranjera, el caso español ha despertado un enorme interés. *Vid.* JUBANY, O.; GÜELL, B.; DAVIS, R.: «Standing up to Intersectional Discrimination: a Multi-dimensional Approach to the Case of Spain». En: *Droit et cultures*, núm. 62, 2011, pp. 197-217.

de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención».

Tres observaciones al respecto: *a)* el empleo de los números multiplicativos («doble», «triple», etc.) en referencia a la cantidad de factores de discriminación no es aconsejable, pues recuerda a la terminología empleada para las discriminaciones acumulativas, cuya viabilidad conceptual ya hemos descartado⁶⁶; *b)* la norma se limita a ejemplificar supuestos de discriminación múltiple, tomando como variable independiente el sexo (pues va implícito en la *ratio* de la norma), pero las posibilidades no pueden darse por agotadas en los casos mencionados en el precepto; y *c)* no es jurídicamente consistente anudar —como parece deducirse del tenor literal del artículo 14.6 LOI— la posibilidad de implementar medidas de acción positiva a la batería de ejemplos que el referido artículo contiene. Aunque es cierto que la interpretación de esa genérica «pertenencia a una minoría» podría extender las posibilidades de una política en tal sentido, convendría reformular el conjunto de destinatarios de la norma en términos más generales para dar cabida a todos los subgrupos existentes⁶⁷.

La segunda norma legal que contempla expresamente el fenómeno complejo de la discriminación múltiple es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. Su artículo 7 ya se refiere sin ambages a la discriminación múltiple al regular el deber de las Administraciones Públicas de proteger «de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías». Respecto de la posibilidad de establecer medidas de acción positiva, el art. 67 disciplina que «los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las

66. Véase apartado II.2 *supra*.

67. Piénsese, por ejemplo, en una mujer discriminada por su estatus socioeconómico en una experiencia combinada de machismo y aporofobia.

que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural».

Aunque la terminología aquí es, siempre en mi opinión, más adecuada, el legislador sigue persistiendo en el error de no ofrecer una definición detallada de lo que deba entenderse por discriminación múltiple y, además, introduce conceptos oscuros como el de «mayor grado de discriminación» y «menor grado de igualdad de oportunidades»⁶⁸.

Por último, en el ámbito jurisdiccional, interesa destacar que el Tribunal Constitucional, en su reciente Sentencia 3/2018, de 22 de enero, ha abrazado ya el concepto de discriminación múltiple. En el caso de autos, una persona con discapacidad psíquica severa solicitó a la Comunidad de Madrid su inclusión en un programa de atención individualizada en un centro de asistencia para personas con discapacidad. Su solicitud fue denegada en aplicación de una exclusión por razón de edad prevista en una norma reglamentaria autonómica, al ser mayor de 60 años, prescindiendo de toda valoración médica sobre su estado y sus necesidades de tratamiento especializado. En lo que nos interesa, se advierte que:

«[L]as situaciones de discriminación pueden afectar de manera simultánea a más de un derecho humano, lo que se conoce con el nombre de “discriminación múltiple”. Los supuestos más frecuentes se refieren al sexo y al origen étnico, y/o a la condición de inmigrante de los afectados, pero desde luego no cabe descartar otras combinaciones posibles» (FJ 5.º)

Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal entiende vulnerado el derecho fundamental del recurrente a no ser discriminado por la combinación simultánea de edad y discapacidad⁶⁹.

68. Comparto aquí la opinión de LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones». En: *Aequalitas*, núm. 41, 2017, p. 39.

69. Al tiempo de redactar este trabajo, está en tramitación parlamentaria —y, por tanto, condicionada a la posibilidad de introducir enmiendas— la Proposición de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En la versión publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Serie B, núm. 97-1, 10 de marzo de 2017) se puede observar la voluntad legislativa de incluir la definición y tratamiento judicial de la discriminación múltiple, definida en su tentativo artículo 7: «Se produce discriminación múltiple cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación». El apartado 2 determina que la justificación de la diferencia de trato en supuestos de discriminación múltiple «deberá darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación», superando así las previsiones de los otros ordenamientos de Derecho comparado que hemos analizado aquí. Finalmente, en su artículo 7.1 señala que las medidas de acción positiva en estos casos «deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación». Aunque se trata de una norma que debemos celebrar por el enorme avance que supone en el reconocimiento y reparación de esta forma

IV. CONCLUSIONES

La discriminación, en cualquiera de sus manifestaciones, sojuzga a quien la arrostra, anula la dignidad humana y envilece a las sociedades que la toleran. La lesión se amplifica cuando la conducta prohibida obedece a una inextricable conjunción de razones discriminatorias a la que el ordenamiento no puede dar una respuesta satisfactoria. Por todo ello, la necesidad de una regulación que profundice en cada uno de los puntos nodales en que se extiende la diversidad humana me parece acuciante.

El tratamiento de la discriminación múltiple no puede seguir excluido de la implementación de las políticas públicas y de la interpretación normativa. La interacción simultánea de dos o más factores de exclusión provoca una específica forma de discriminación que rebasa a la que cabe esperar para cada uno de ellos por separado.

Esta perspectiva holística de la discriminación múltiple no puede quedarse en el campo de las ideas o en los interrogantes de laboratorio. En este trabajo, he pretendido aportar, con o sin éxito, algo de luz a la todavía perfectible conceptualización de la discriminación múltiple. Pero, sobre todo, he querido poner de manifiesto sus enormes implicaciones prácticas y la forma en que contribuye a desleír la invisibilidad de la discriminación que sufren ciertas minorías.

Los comportamientos discriminatorios no solo afectan a las personas y grupos que la padecen, sino que destruyen los valores de la vida en común, en abierto deterioro de las exigencias ciudadanas de igualdad y justicia material. Y mientras no avancemos en la prohibición de la discriminación múltiple y en la reparación de sus perversas consecuencias, el peso del silencio terminará por ahogarnos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, M. J.: «A License to Abuse: The Impact of Conditional Status on Female Immigrants». En: *Yale Law Review*, vol. 102, 1993, pp. 1401-1430.

ATREY, S.: «Comparison in intersectional discrimination». En: *Legal Studies*, vol. 38(3), 2018, pp. 379-395.

AUSTIN, R.: «Sapphire Bound!». En: *Wisconsin Law Review*, 1989, pp. 539-578.

específica de discriminación, habrá que esperar al resultado final para determinar qué aspectos positivos y qué elementos mejorables pasan a integrar nuestro sistema jurídico.

- BRYSON, V.: *Feminist Political Theory: An Introduction* (2.ª ed.). Londres: Palgrave Macmillan, 2003.
- BURRI, S.; SCHIEK, D.: *Multiple discrimination in EU Law: opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Publicaciones de la Comisión Europea, 2009.
- CALDWELL, P.: «A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender». En: *Duke Law Review*, 1991, pp. 365-396.
- CASTRO, R; CORRAL, L.: «Women of Color and Employment Discrimination: Race and Gender Combined in Title VII Claims». En: *Berkeley La Raza Law Journal*, vol. 6(2), 1993, pp. 159-173.
- CRENSHAW, K.: «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». En: *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167.
- DE LAMA AYMÀ, A.: «Discriminación múltiple». En: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66(1), 2013, pp. 271-320.
- DELIYIANNI-DIMITRAKOU, C.: «Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé». En: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 65(3), 2013, pp. 681-718.
- EATON, M.: «Patently Confused: Complex Inequality and *Canada v Mosop*». En: *Review of Constitutional Studies*, núm. 1, 1994, pp. 203-229.
- FREDMAN, S.: *Discrimination Law* (2.º ed.). Oxford: Oxford University Press, 2011.
- «Double trouble: multiple discrimination and EU law». En: *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 2, 2005, pp. 13-20.
- GERARDS, J.: «Discrimination grounds». En: Schiek, D.; Waddington, L.; Bell, M.: *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*. Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 31-184.
- GREGORY, R. F.: *Women and Workplace Discrimination: Overcoming Barriers to Gender Equality*. New Brunswick: Rutgers University Press, 2003.
- HAND, J.: «Combined Discrimination: section 14 of the Equality Act 2010: a partial and redundant provision?». En: *Public Law*, vol. 2, 2011, pp. 482-490.
- HANNETT, S.: «Equality at the intersection: the legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination». En: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23 (1), 2003, pp. 65-86.

- HARRIS, A. P.: «Race and Essentialism in Feminist Legal Theory». En: *Stanford Law Review*, vol. 42(3), 1990, pp. 581-616.
- HOLZER, H. J.; Offner, P.: «Trends in Employment Outcomes of Young Black Men, 1979-2000». En: *JCPR Working Papers*, Universidad de Chicago, 2001.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones». En: *Aequalitas*, núm. 41, 2017, pp. 29-40.
- LACY, A.: «The Most Endangered Title VII Plaintiff?: Exponential Discrimination Against African-American Males». En: *Nebraska Law Review*, vol. 86(3), pp. 552-594.
- LANQUETIN, M. T.: «Égalité, diversité et... discriminations multiples». En: *Travail, genre et sociétés*, núm. 21, 2009, pp. 91-106.
- MAKKONEN, T.: *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2002.
- MERIDA, K. (ed.): *Being a Black Man: At the Corner of Progress and Peril*. Nueva York: PublicAffairs, 2007.
- MOON, G.: «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found?». En: *Justice Journal*, vol. 3(2), 2006, pp. 86-102.
- MOSCATELLI, S.: «The Multiple Discrimination in the European and Italian Context». En: *Acta Juridica Hugarica*, vol. 52(4), 2011, pp. 316-324.
- MOSS, P.; TILLY, C.: «Soft Skills and Race: An Investigation of Black Men's Employment Problems». En: *Work and Occupations*, núm. 23, pp. 252-276.
- ONTIVEROS, M.: «Three Perspectives on Workplace Harassment of Women of Color». En: *Golden Gate University Law Review*, vol. 23(3), 1993, pp. 817-828.
- PROULX, D.: «Le concept de dignité et son usage en context de discrimination: deux Chartes, deux modèles». En: *Revue du Barreau*, núm. especial, 2001, pp. 485-542.
- RÉAUME, D. G.: «Discrimination and Dignity». En: *Louisiana Law Review*, vol. 63(3), 2003, pp. 645-695.
- REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283.

- REYNOSO, J.: «Perspectives on Intersections of Race, Ethnicity, Gender, and Other Grounds: Latinas at the Margins». En: *Harvard Latino Law Review*, vol. 7, 2004, pp. 63-73.
- SCALES-TRENT, J.: «Black Women and the Constitution: Finding Our Place, Asserting Our Rights». En: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 24, 1989, pp. 9-44.
- SCHIEK, D.; CHEGE, V. (eds.): *European Union Non-Discrimination Law: comparative Perspectives on Multidimensional Equality law*. Nueva York: Routledge, 2009.
- SCHIEK, D.; LAWSON, A. (eds.): *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination* (2.ª ed.). Nueva York: Ashgate Publishing, 2016.
- TREMBLAY, L. B.: «Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action: The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm». En: *American Journal of Comparative Law*, vol. 60(1), 2012, pp. 181-204.
- WEI, V. W.: «Asian Women and Employment Discrimination: Using Intersectionality Theory to Address Title VII Claims Based on Combined Factors of Race, Gender and National Origin». En: *Boston College Law Review*, vol. 37(4), 1996, pp. 771-812.
- WIGGINS, M. J.: «The Future of Intersectionality and Critical Race Feminism». En: *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 11, 2001, pp. 677-678.

Capítulo 6

Menores infractores y protección de la víctima de violencia de género menor de edad

ALICIA GONZÁLEZ MONJE

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca.

SUMARIO: I. LA VIOLENCIA DE GÉNERO ENTRE MENORES DE EDAD. 1. *Aproximación al problema*. II. SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO MENOR DE EDAD. III. PROTECCIÓN CAUTELAR. 1. *Imposibilidad de adopción de una Orden de Protección*. 2. *Alejamiento como medida cautelar*. 2.1. Contenido. 2.2. Duración. 2.3. Procedimiento para su adopción. 2.4. ¿Medidas civiles, asistenciales, y sociales?. IV. PROTECCIÓN TRAS LA SENTENCIA. 1. *Duración del alejamiento*. 2. *Control del alejamiento*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA VIOLENCIA DE GÉNERO ENTRE MENORES DE EDAD

Al hablar de relaciones interpersonales, de relaciones de pareja, lo primero que pensamos es en dos personas adultas, no planteándonos de entrada la posibilidad de una relación de afectividad entre dos menores de edad. Sin embargo, podemos afirmar que en la actualidad los adolescentes dan comienzo a sus relaciones afectivo-sexuales a una edad cada vez más temprana.

Es, precisamente, en el ámbito de esas relaciones donde se evidencia un importante desconocimiento de la violencia que se produce en el seno de las mismas, destacando actitudes de "tolerancia" de determinados comportamientos, como la violencia de control, no percibida por un alto