

LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

DAVID GIMÉNEZ GLUCK

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III

Revista de Derecho Europeo 45
Enero – Marzo 2013
págs. 113 a 136

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. III. EL CONCEPTO EVOLUCIONADO DE IGUALDAD DE TRATO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN. IV. DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DE LA UNIÓN Y DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. V. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL Y LA POLÍTICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA UE. VI. UNA POSIBLE PROPUESTA PARA OTORGAR EFECTOS JURÍDICOS A LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE. VII. CONCLUSIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto reflexionar sobre el encaje de la discriminación múltiple en el Derecho de la Unión. La discriminación múltiple se produce cuando se utilizan dos o más rasgos sospechosos para discriminar a una persona. Se trata de estudiar si esta figura jurídica, que ha sido incorporada a los textos comunitarios relativamente tarde, tiene algún tipo de efecto jurídico diferente del de la prohibición de la discriminación por un solo rasgo. Para dar respuesta a esta cuestión, se analiza la evolución de la recepción de la igualdad de trato en el Derecho de la Unión, y particularmente de la discriminación múltiple, para llegar a la conclusión de que, pese a influir en la estructura institucional y la política de igualdad de oportunidades, aquella no ha supuesto ningún efecto jurídico adicional en la jurisprudencia del Tribunal de

ABSTRACT: This article analyses the status of multiple discrimination within EU Law. Multiple discrimination has been described as a situation where discrimination takes place on the basis of more than one ground. The study is focused on whether the effect of this legal concept –of relatively late incorporation within the European Law– is in any way different from the prohibition of discrimination based on a single ground. In order to answer this question both the evolution of the concept of equal treatment within EU Law, and particularly, that of multiple discrimination, have been studied. To conclude, although multiple discrimination has had an influence on institutional structures and equal opportunities policies, it has not exerted any additional legal effect on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. The arti-



Justicia de la Unión Europea. Para superar esta situación, se sugiere al Tribunal de Justicia algunas propuestas.

cle suggests some proposals to improve the situation.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, discriminación múltiple, igualdad de trato, Derecho de la Unión, Tribunal de Justicia.

KEYWORDS: Discrimination, multiple discrimination, equal treatment, EU law, Court of Justice.

Fecha recepción original: 14 de septiembre de 2012

Fecha aceptación: 10 de enero de 2013

I. INTRODUCCIÓN

Se conoce como discriminación múltiple aquella que se produce cuando una persona es estigmatizada por dos o más rasgos odiosos a la vez, por ejemplo, por ser mujer y gitana, o anciano y homosexual. Es una figura que se abre paso, desde hace años, en la doctrina jurídica sin que su estudio haya conseguido todavía delimitar convenientemente sus contornos y, sobre todo, sus efectos jurídicos. La explicación a esta situación hay que encontrarla en la indefinición que el legislador y la jurisprudencia ha mantenido respecto a la misma, y en la propia naturaleza de la institución. Y, sin embargo, hay que reconocer que, desde un punto de vista político, se trata de una de las más interesantes novedades que se han planteado en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio en los últimos años.

El Derecho de la Unión no ha sido ajeno, desde el año 2000, a esta realidad. Y, al igual que los ordenamientos jurídicos nacionales, ha dado al fenómeno una respuesta parca y ambigua. Este artículo tiene como objetivo principal analizar la recepción que la discriminación múltiple ha tenido en el Derecho y en las políticas comunitarias dedicadas a la lucha contra la discriminación. Para ello, estudiaremos la evolución del concepto de igualdad de trato en la legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea, con la finalidad de conocer el encaje que en dicha evolución ha tenido la discriminación múltiple. A su vez, repasaremos el origen de su reconocimiento, la especial relación que plantea con la discriminación por razón de género, y su ausencia de efectos jurídicos específicos. También analizaremos cómo la discriminación múltiple se inserta en el entramado institucional y la política de igualdad de oportunidades de la Unión. Por último, plantearemos una propuesta para dotar de efectos jurídicos al reconocimiento de la discriminación múltiple a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Pocas materias han evolucionado tanto en la Unión Europea (UE en adelante) como la relativa al principio de no discriminación e igualdad de trato. De una regulación prácticamente inexistente, centrada exclusivamente en las

relaciones económicas y laborales, se ha pasado a una legislación que, por lo avanzada, marca el camino al conjunto de los Estados miembros.

Los primeros pasos de la construcción europea fueron muy tímidos en materia antidiscriminatoria. La primera manifestación comunitaria en este campo se centró en la igualdad entre mujeres y hombres en materia retributiva, recogida en el antiguo art. 119 del Tratado CEE de 1957 (actualmente en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Este alcance limitado de la prohibición discriminatoria fue superado desde los años setenta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹, así como por una serie de directivas, programas y campañas de sensibilización a favor de la igualdad de género, principalmente en el empleo. De todas ellas, las más importantes fueron la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9.2.1976, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo y la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10.2.1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los

1. La unión de un derecho con tantas posibilidades de desarrollo como el del artículo 119 y de un órgano jurisdiccional con vocación de ampliar el respeto de los derechos fundamentales en las instituciones comunitarias como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas produjo una jurisprudencia especialmente activa en esta materia. Así, a través de las tres sentencias DEFRENNE, el Tribunal de Justicia supera la primera concepción economicista del precepto y lo eleva al rango de derecho fundamental directamente alegable por los ciudadanos comunitarios. En la sentencia *Defrenne I* (STJ, de 25.5.1971, as. *Defenne I* [C-80-70]), el Tribunal afirma que los pagos de Seguridad Social no se incluyen en el concepto de retribución del artículo 119. Así responde a la cuestión prejudicial presentada respecto al litigio de la azafata belga Gabrielle Defrenne contra Bélgica sobre la adecuación al artículo 119 de una norma que excluía a las azafatas del régimen de pensiones del resto del personal. Pese a este rechazo el avance es claro al admitir implícitamente que en caso de haberse tratado de una norma que hubiera recogido una discriminación en la retribución el particular podría haber invocado directamente el artículo 119 frente a normas internas. Esta conclusión se confirma en la sentencia *Defrenne II* (STJ, de 8.4.1976, as. *Defrenne II*, [C-43-75]). Aquí, la cuestión prejudicial sobre la invocabilidad directa del artículo 119 en un litigio entre la azafata y la Compañía SABENA sobre discriminación salarial, es resuelta por el Tribunal de Justicia afirmando que «el principio de igualdad de retribuciones entre trabajadores masculinos y femeninos, establecido en el artículo 119, forma parte de los fundamentos de la Comunidad. Es susceptible de ser invocado ante las jurisdicciones nacionales». No sólo se proclama expresamente el efecto directo de este artículo, sino que se aclara que esta aplicabilidad directa es completa, es decir, el artículo 119 crea derechos y obligaciones no sólo respecto a los Estados miembros (efecto directo limitado), sino también para los particulares: «la prohibición de discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos se impone no sólo a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los Convenios que tienden a regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares». En la sentencia *Defrenne III* (STJ, de 15.6.1978, as. *Defrenne III* [C-149-77]), en respuesta a otra cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación de Bélgica, se consagra definitivamente el principio de no discriminación por razón de sexo, más allá de la simple igualdad de retribución, «como derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario».

Estados miembros respecto a la aplicación del principio de igualdad retributiva. También son dignas de mención, en otro ámbito diferente del empleo, pero refiriéndose también a la discriminación por razón de género, la Directiva 79/7 CEE del Consejo, de 19.12.1979, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20.12.1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes de Seguridad Social. Con esta única excepción, es una época centrada en la lucha contra una sola forma de discriminación, la de género, en un solo ámbito de la sociedad, el empleo.

La entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam marca un antes y un después en el tratamiento que el Derecho de la Unión va a hacer del principio de no discriminación. En primer lugar, porque adopta lo que se denomina *mainstreaming* o transversalidad de género, de una forma inequívoca y completa². Pero, sobre todo, porque el artículo 13 de dicho Tratado (actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) habilita a las instituciones comunitarias a legislar sobre discriminación no sólo en el ámbito del empleo y no sólo con base en el género. Concretamente, dicho artículo 13 decía lo siguiente: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.»

Con dicho fundamento, en el año 2000 se aprobaron dos importantes Directivas: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 19.6.2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27.10.2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad

2. Fruto del Tratado de Amsterdam, el artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) pasa a definir la igualdad como misión de la Comunidad. Y el artículo 3 TCE señala que la igualdad es un medio de acción para conseguir los fines del art. 2 y un objetivo que debía estar presente en todas las políticas comunitarias. El *mainstreaming* consiste precisamente en esto: en que todas las políticas tengan una evaluación y una perspectiva de género. Actualmente, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, el artículo 23.2 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que ya tiene valor jurídico vinculante, reconoce la igualdad «en todos los ámbitos», el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala que la igualdad es un objetivo de la Unión Europea que ha de estar presente en todas sus acciones y el artículo 10 TFUE dispone que en todas sus acciones y políticas la Unión tratará de luchar contra la discriminación por razón de sexo. Por tanto, la igualdad entre mujeres y hombres mantiene su condición transversal (FREIXES, T., «La igualdad de mujeres y hombres en el Derecho de la Unión Europea» en *Jornadas internacionales sobre igualdad de género y políticas públicas*, Universidad de Málaga, 2010 <http://www.eumed.net/eve/igpp/ponencias/MTFS-ponencia.pdf>).

y orientación sexual. Ambas Directivas suponen una ruptura frente al limitado enfoque hasta entonces existente, basado exclusivamente en el género y en el empleo. Por un lado, la Directiva 2000/43 supone trascender al empleo y abarcar nuevos ámbitos de aplicación, como los bienes y servicios o la vivienda y, por otro, tanto una como la otra, regulan la discriminación que se produce por otros rasgos diferentes del género, como el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, precisamente aquellos rasgos recogidos, junto al sexo, en el artículo 13 del Tratado.

Al mismo tiempo, en la discriminación por razón de género, se supera el ámbito del empleo en la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13.12.2004, relativa a la no discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Además de ello, la Directiva 76/207/CEE ha sido codificada junto al resto de disposiciones sobre no discriminación por razón de género en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5.7.2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), Directiva que incluye avances jurisprudenciales y doctrinales importantes en la igualdad entre hombres y mujeres, como, por ejemplo, la consideración del acoso sexual como discriminación directa.

Paralelamente, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada junto al Tratado de Niza en 2000, prohíbe toda discriminación y, en particular, la fundada en «sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Se trata de un texto comunitarizado desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. Como se puede comprobar, amplía los rasgos sospechosos, lo que conduce a pensar que la legislación antidiscriminatoria en Europa volverá a coger otro impulso en Derecho derivado a poco que haya un mínimo impulso político desde la Comisión, el Consejo o el Parlamento.

Por ahora, en el presente, lo único que hay en tramitación es una Proposición de Directiva que pretende implementar el principio de igualdad de trato por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en ámbitos que vayan más allá del empleo, complementando en este sentido lo señalado en la Directiva 78/2000/CE³. Pero, seguramente, dada la amplitud del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, anteriormente citada, vendrán otras Directivas en el futuro que tratarán sobre otros rasgos sospechosos.

III. EL CONCEPTO EVOLUCIONADO DE IGUALDAD DE TRATO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

El principio de igualdad de trato regulado en la legislación reseñada y

3. Proposición de la Comisión, de 2 de julio de 2008 (COM [2008] 426).

desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) se configura, a día de hoy, en torno a dos características principales: la jerarquía de los motivos discriminatorios y la amplitud en el elenco de conductas prohibidas.

Tanto en las Directivas reseñadas, como en la jurisprudencia del TJUE que las desarrolla, el ámbito material y los distintos niveles de justificación son distintos dependiendo del rasgo sospechoso del que se hable. El género y el origen racial o étnico son los motivos de discriminación que más alcance tienen; el resto no abarcan a un ámbito material que no sea el empleo e, incluso, en el ámbito del empleo, en lo que se refiere a su justificación, en algunos, como la edad, se establecen muchas más facilidades para realizar diferenciaciones que en los demás⁴. Hay algunas diferencias que siempre se mantendrán, pues tienen que ver con la naturaleza específica de cada motivo de discriminación, pero otras irán desapareciendo con el paso del tiempo. En todo caso, la situación actual es la que es.

Por otro lado, las instituciones comunitarias no sólo han ampliado los rasgos sospechosos y el ámbito de aplicación, como hemos visto en el anterior epígrafe. También han ampliado el concepto de igualdad de trato, incluyendo en el mismo la prohibición de un amplio elenco de conductas: la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso, las instrucciones para discriminar, y las discriminaciones por asociación.

A) *Discriminación directa*

En primer lugar, la discriminación directa viene prohibida desde las más tempranas Directivas, por ser la discriminación más evidente. La definición más actualizada viene dada en el art. 2.2.a) de la Directiva 2000/43, o en el art. 2.1. a) de la Directiva 2006/54, donde se dice que existe discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico o por su género, una persona sea

4. REQUENA CASANOVA, M., «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 40, 2011, pág. 791. En el supuesto concreto de la no discriminación por razón de edad, el art. 6.1 de la Directiva 2000/78 permite que los Estados miembros puedan seguir aplicando políticas de empleo basadas en la edad, así como establecer o mantener límites de edad en la medida en que estén justificados por un objetivo legítimo de política social o de empleo, y los medios para conseguir tal objetivo sean apropiados y necesarios. La STJ, de 5.3.2009, as. *Age Concern England*, (C-388/07) establece que estos objetivos de política social han de tener «interés general». La STJ, de 12.1.2010 as. *Wolf/Stadt Frankfurt and Main*, (C-229/08) convalida una norma alemana que exige a los aspirantes a bomberos tener menos de 30 años por considerar la edad un requisito esencial y determinante. La STJ, de 12.1. 2010, as. *Petersen*, (C-341/08) convalida la legalidad de una norma nacional que establece un límite de edad de 68 años para ejercer la profesión de dentista, en atención a proteger la salud de los pacientes. En mi opinión, que sea más factible para un empleador diferenciar en función de la edad que del origen racial o étnico es debido a la diferencia objetiva entre la edad y la raza como elementos de diferenciación en una relación laboral, y no por ningún problema de madurez del Derecho de la Unión al respecto. De hecho, en las legislaciones nacionales, pasa más o menos lo mismo.

tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. Esta definición es la misma que se utiliza en la Directiva 2000/78 cuando se habla de la discriminación directa por razón de discapacidad, edad, religión o convicciones u orientación sexual.

B) *Discriminación indirecta*

Por otro lado, una discriminación indirecta se produce, según el art. 2.2 b) de la Directiva de igualdad racial y el resto de directivas antidiscriminatorias antes mencionadas, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales produce una específica desventaja a las personas según su origen étnico/racial (o cualquier de los otros rasgos mencionados en las otras directivas) en comparación con otras, salvo que la disposición, criterio o práctica pueda justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios. Se trata de una discriminación que se descubre a través del impacto negativo que tiene sobre el colectivo estigmatizado que se trata de proteger, ya que la medida no utiliza directamente los rasgos sospechosos⁵. En realidad, pocas discriminaciones se producen a estas alturas directamente, por lo que la técnica de la discriminación indirecta es fundamental para descubrir,

5. Mucho antes de que las Directivas mencionadas hicieran referencia a la discriminación indirecta, esta técnica ya había sido utilizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La primera sentencia del Tribunal de Justicia que aplicó la misma se produjo en el contexto de la no discriminación por razón de nacionalidad. En el asunto *Sotgiu* (STJ, de 12.2.1974, as. *Sotgiu* [C-152-73]) el Tribunal consideró que las discriminaciones por esta razón no se limitaban a las discriminaciones directas, sino que alcanzaban también a aquellas otras conductas que, suponiendo la utilización de criterios en apariencia neutros, producían un resultado que en la mayoría de las ocasiones perjudicaba a los no nacionales del país sin justificación alguna.

Ya en el campo de la discriminación por razón de sexo, que es donde ha desarrollado principalmente su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha aplicado el principio de la discriminación indirecta sobre todo a las normas que establecían unas condiciones de trabajo y una retribución inferior para los trabajadores a tiempo parcial, que son principalmente mujeres, respecto a los trabajadores a tiempo completo, principalmente hombres. Para el Tribunal, todas las normas que perjudican el trabajo a tiempo parcial son especialmente sospechosas de tener como finalidad oculta discriminar a las mujeres, por lo que necesitan de una justificación especial. Como señala en el asunto *Bilka* (STJ, de 13.5.1986, as. *Bilka* [C-170-84]), donde se juzga la adecuación a Derecho de la Unión de la política de la empresa *Bilka-Kaufhaus* que garantizaba sólo a los trabajadores a tiempo completo un plan de pensiones, excluyendo de tal medida a los trabajadores a tiempo parcial, el actor de dicha medida (en este caso, el empresario), cuando se demuestre que una práctica perjudica de manera desproporcionada a un determinado colectivo, deberá probar la existencia de razones justificativas de la medida, suficientes para excluir el carácter discriminatorio de la misma.

Otras sentencias que consideran discriminación indirecta la regulación que perjudica el trabajo a tiempo parcial son la STJ, de 31.3.1981, as. *Jenkins* (C-196/80) sobre diferencia salarial; la STJ, de 13.7.1989, as. *Rinner Khun*, (C-171/88) sobre ciertos beneficios por incapacidad; la STJ, de 27.7.1990, as. *Kowalska* (C-33/89) sobre indemnizaciones por despido colectivamente negociadas; la STJ, de 7.2.1991, as. *Nimz* (C-184/89) sobre el acceso a aumentos salariales; la STJ, de 2.10.1997, as. *Gester* (C-1/95) sobre antigüedad; y la STJ, de 17.6.1998, as. *Hill y Sapleton* (C-243/95) sobre ascensos promocionales.

detrás de la utilización de un rasgo aparentemente neutro, una intención discriminatoria.

Siendo estrictos, el papel que la finalidad discriminatoria juega, entendiendo por finalidad discriminatoria la intención velada de la norma de perjudicar a los colectivos protegidos, no es un asunto pacífico. Parte de la doctrina considera que la discriminación indirecta se produce con independencia de la intención discriminatoria de la norma. Es decir, para estos autores, la técnica de la discriminación indirecta se caracteriza por no requerir intención discriminatoria de la medida para ser considerada contraria a Derecho, frente a la discriminación directa encubierta, que sería aquella técnica utilizada para descubrir que medidas que tienen una finalidad en apariencia neutra esconden en realidad la intención de perjudicar a las mujeres o los miembros de otras minorías⁶.

Esta opinión es, desde un punto de vista doctrinal, irreprochable. Primero, porque, de ser así, la técnica de la discriminación indirecta supone un avance muy importante de los derechos de los colectivos desfavorecidos, pues cualquier norma que tuviera un impacto adverso sobre ellos, con independencia de que su finalidad fuera o no discriminatoria, sería declarada contraria a Derecho. No sería necesario demostrar que realmente esa medida no era objetiva; directamente estas normas serían expulsadas del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, dicha conceptualización de la discriminación indirecta ayudaría a la misma a distinguirse de la discriminación oculta o encubierta y clarificaría el panorama confuso actualmente existente en el que se utilizan ambos términos sin saber muy bien a qué se está haciendo referencia. Sin embargo, pese a que la opinión doctrinal es muy respetable, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la definición desarrollada en las Directivas, así como de la jurisprudencia del resto de Tribunales Constitucionales, entre ellos el español, no se puede deducir que la discriminación indirecta obvie la intención discriminatoria de la norma; más bien se ha de llegar a la conclusión de que la discriminación indirecta y la discriminación oculta o encubierta coinciden en este aspecto: ambas son técnicas que tratan de desenmascarar al legislador el cual, tras una apariencia de neutralidad, tiene como auténtica finalidad de su norma perjudicar a los miembros de estos colectivos.

Para empezar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea insiste en todas sus sentencias sobre discriminación indirecta en el hecho de que si la desigualdad de trato fuera ajena a cualquier intención discriminatoria sería compatible con el Derecho de la Unión. Así lo señala expresamente, por ejemplo, en el caso *Kording*⁷, donde deja muy claro que la desigualdad de trato sería compatible con el Derecho de la Unión Europea «si estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».

Esta jurisprudencia ha sido, además, recogida por la Directiva 2002/73/CE

6. Ver BALLESTER PASTOR, A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 44-45 o SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994, pág. 107.

7. STJ, de 2.10.1997, as. *Kording* (C-100-95).

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24.5.2002, por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, cuyo artículo 2 pasa a definir la discriminación indirecta de la siguiente manera: «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.» Casi idéntica es la definición que realiza el artículo 2.1b) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29.6.2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que señala que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios».

Estas definiciones no pueden significar otra cosa que la adecuación a Derecho de la Unión de las medidas que no tienen la intención oculta de perjudicar a las mujeres y la ilegalidad de aquellas que, pese a ocultarlo con criterios aparentemente neutros, tienen la intención encubierta de discriminar al colectivo desfavorecido (finalidad ilegítima). Es decir, el impacto adverso de la norma sobre el colectivo no es suficiente para declarar su inadecuación al Derecho de la Unión Europea; este impacto adverso sólo sitúa a las normas en una situación de presunción de que su verdadera intención oculta es la de perjudicar a las mujeres o las minorías étnicas. Pero si el legislador estatal o comunitario logra demostrar que la norma con impacto adverso no tiene como finalidad perjudicarlas la norma será válida. Por tanto, en la discriminación indirecta, según la entiende el Derecho de la Unión, el efecto desfavorable sobre el colectivo será importante para invertir la carga de la prueba y para elevar el nivel de sospecha sobre la norma, pero la clave seguirá siendo determinar si la finalidad de la misma ha sido discriminar o no al colectivo.

C) Acoso

Las Directivas del año 2000 incluyen el acoso como práctica discriminatoria prohibida cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Una definición amplia que se centra en la percepción de la víctima, y que, según las propias Directivas, deberá ser concretada de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro. La misma definición, respecto a la discriminación por razón de sexo, se recoge en el art. 1. c) de la Directiva 2006/54/CEE.

D) Orden de discriminar

Todas las Directivas reseñadas recogen como práctica discriminatoria la orden de discriminar a personas por alguno de los rasgos sospechosos protegidos (edad, discapacidad, religión o convicciones, orientación sexual, sexo, origen racial o étnico). Este ámbito de protección se centra principalmente en el ámbito laboral, aunque se puede dar también en otros ámbitos materiales⁸.

E) Discriminación por asociación

En quinto lugar, la discriminación por asociación no está recogida directamente en ninguna de las Directivas, pero sí en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La discriminación por asociación es aquella que se produce contra una persona por su relación con otra de especiales características. La sentencia del caso *Coleman*, resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 17 de julio de 2008⁹, es un buen ejemplo: en el fallo de esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo considera que la discriminación por discapacidad recogida en el Derecho de la Unión protege también a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación directa o acoso en el empleo por estar vinculadas a una persona discapacitada.

Por último, además de este elenco de conductas prohibidas, el Derecho de la Unión introduce dos figuras jurídicas encaminadas a facilitar la igualdad material de los colectivos que se tratan de proteger: la acción positiva y el deber de acomodo razonable.

F) Deber de acomodo razonable

En cuanto al deber de acomodo razonable, se trata de una medida dirigida a favorecer la igualdad en el empleo de las personas con discapacidad. La Directiva 2000/78/CE, en su artículo 5, señala que «a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.» Se trata, por tanto, de imponer a determinados empresarios (aquellos para los que este deber no supone una carga desproporcionada) que ajusten sus empresas a las necesidades de las personas con discapacidad¹⁰. Como ha seña-

8. Como, por ejemplo, ocurre en la Sentencia de 7 de junio de 2005 de la Corte de Casación francesa, que estimó como discriminación prohibida la orden dada por un propietario de una vivienda a su gestor inmobiliario para que no se arrendara la vivienda a personas con apellidos de «origen extranjero».

9. STJ, de 17.7. 2008, as. *Coleman*(C-303-06)

10. En aplicación de esta Directiva, el TJUE, en el asunto Chacón Navas, concluyó que un despido por razón de discapacidad solo se justifica si el empleador no dispone de medios razonables para compensar la discapacidad, de forma que la persona discapaci-

lado algún autor, este deber, que se circunscribe a la discapacidad, podría utilizarse también respecto de las convicciones/religiones¹¹.

G) *Acción positiva*

La acción positiva se regula en las Directivas con la finalidad de impedir que una interpretación estricta del principio de igualdad de trato suponga la prohibición de las mismas. Concretamente, el artículo 5 de la Directiva 2000/43/CEE, en una redacción similar a la de las demás, establece: «Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto.» El art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), refiriéndose a la no discriminación por razón de sexo, señala que «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan varias ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.». Por último, el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales señala que «La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución— El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado».

Esta regulación defensiva tiene que ver con la STJ, de 17.10.1995, recaída sobre el asunto *Kalanke*¹², que declaró contraria a Derecho de la Unión una determinada acción positiva llevada a cabo por un Estado, por considerar que contradecía el principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva 76/207/CEE¹³. Como reacción a esta sentencia, y para delimitar mucho mejor la

tada pueda seguir ejerciendo su actividad profesional (STJ, de 11.7.2006, as. *Chacón Navas* [C-13/05])

11. REY MARTÍNEZ, F y GIMÉNEZ GLUCK, D., *Por la diversidad, contra la discriminación (la igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas)*, Fundación Ideas, Madrid, 2010, pág. 34.
12. C-450/93.
13. El asunto que hubo de resolver el Tribunal de Justicia fue básicamente el siguiente: el sr. Kalanke y la sra. Glismann, ambos jardineros con los mismos méritos, aspiran a un ascenso. En virtud de una ley del Estado de Bremen que preveía la preferencia de las mujeres en la promoción laboral sobre los hombres, a igual capacitación, en aquellos sectores en los que estuvieran infrarrepresentadas, el Ayuntamiento de Bremen escogió ascender a la mujer. Esto llevó al sr. Kalanke a interponer los correspondientes recursos por discriminación sexual, recursos que llegaron al Tribunal Federal de Trabajo, el cual, albergando dudas sobre la compatibilidad de la ley alemana con el artículo 2 de la Directiva 76/207, presentó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Más concretamente se cuestionaba si el artículo 2.4 de la Directiva 76/207, que excepcionaba de la igualdad formal a las medidas dirigidas a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres, estaba contemplando una regulación nacional como la del caso. El Tribunal resolvió señalando que el apartado 4 del artículo 2

compatibilidad del principio de igualdad de trato comunitario con las acciones positivas, surgen las cláusulas preventivas anteriormente reseñadas.

IV. DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DE LA UNIÓN Y DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

Entre tanta figura –discriminación directa, indirecta, acoso, discriminación por asociación, acción positiva, deber de acomodo razonable– cabe preguntarse cómo encaja la discriminación múltiple. ¿Se reconoce, se prohíbe en la legislación y en la jurisprudencia comunitaria? ¿Cómo se define?

A) Origen del reconocimiento comunitario de la discriminación múltiple

Como hemos visto, el Derecho de la Unión se centró exclusivamente en la no discriminación por razón de género prácticamente hasta el año 2000. Ese año, las Directivas 43/2000/CE y 78/2000/CE ampliaron la protección a otros rasgos: discapacidad, edad, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones. Esto supuso un giro copernicano en la manera de afrontar la lucha contra la discriminación en el seno del Derecho de la Unión: los esfuerzos no sólo se iban a centrar en la discriminación contra las mujeres; se iban a ampliar a otro tipo de discriminaciones. Este nuevo escenario provocó la lógica preocupación, en algunos círculos de opinión ligados al feminismo, sobre la posibilidad de que la lucha contra la discriminación de la mujer se viera afectada negativamente, al no centrarse ya en exclusiva en este ámbito el esfuerzo antidiscriminatorio europeo.

Es en este contexto donde surge el interés por la discriminación múltiple, plasmada en los considerandos – no el articulado– de ambas Directivas, referencias que dan lugar a los estudios sobre discriminación múltiple que la Comisión ha venido editando desde 2007 hasta la fecha.

La Directiva 2000/43/CE señala en su considerando número 14: «En la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del art. 3 del Tratado CE, 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 Directiva 2000/78/CE, en su considerando 3, señala: «En la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del art. 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y

de la Directiva 207/76, en cuanto excepción del derecho individual al trato formalmente igualitario, ha de interpretarse restrictivamente, que la norma alemana garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en las circunstancias que señala la ley, que esto sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades por la igualdad de resultados y que en virtud de todo ello la norma cuestionada constituye una medida que sobrepasa la excepción contemplada en el artículo 2.4 de la Directiva y, por tanto, es contraria al Derecho de la Unión.

mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples».

De lo que se trata es de subrayar que estas Directivas, que tienen como finalidad expresa la lucha contra la discriminación por otros rasgos distintos del sexo –origen racial o étnico, discapacidad, edad, orientación sexual, religión o convicciones–, también van a ser instrumentos efectivos de la lucha contra la discriminación por razón de sexo, al interseccionar muchas mujeres esta discriminación con la que tiene que ver con los rasgos sospechosos arriba citados.

También se habla de este tipo de discriminación en el considerando 4 de la Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27.10.2000, donde establece que la igualdad de hombres y mujeres requiere medidas que luchen contra la discriminación múltiple y en el considerando 5, donde reclama de los Estados miembros nuevas medidas y políticas en contra de la discriminación de la mujer que incluyan como objetivo la lucha contra la discriminación múltiple.

Más recientemente, la Comisión Europea ha anunciado la utilización de nuevos mecanismos para encarar la materia de la discriminación múltiple, como proveer financiación para pequeñas organizaciones y ONGs que representen grupos que interseccionan dos de los rasgos sospechosos¹⁴.

B) Una discriminación múltiple donde siempre intersecciona el rasgo género

La mayoría de estos documentos ponen el acento en la intersección de la discriminación por razón de género y el resto de discriminaciones, no de éstas entre sí. De hecho, el informe de la Comisión Europea de 2009, el más importante publicado sobre esta materia hasta la fecha en el ámbito comunitario, es obra de la Red Europea de Expertos Legales en Discriminación por razón de Género, lo que es ciertamente significativo¹⁵.

Caben dos interpretaciones para este enfoque centrado de manera tan clara en las mujeres: una estructural y otra coyuntural.

Coyunturalmente, el problema al que se debía dar respuesta era la adaptación de las políticas tradicionales de la UE contra la discriminación de la mujer a los nuevos rasgos, por lo que la referencia a la obligación de luchar contra la discriminación múltiple exclusivamente de las mujeres era muy oportuna para calmar la preocupación de los movimientos feministas que temían por un nuevo escenario en el que los nuevos rasgos restaran financiación e intensidad a la lucha contra la discriminación de la mujer.

Estructuralmente, además, cabe apreciar que, dado que la discriminación

14. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones «El principio de no discriminación y la igualdad de oportunidades: un compromiso renovado», COM (2008), 420 final, p.9.

15. BURRI, S. y SCHIEK, D. (coord.), *Multiple Discrimination in EU Law (Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?)*, European Network of Legal Experts in the field of gender equality, European Commission, Bruselas (Bélgica), 2009.

múltiple es aquella que se produce cuando la persona estigmatizada lo es por dos o más rasgos a la vez, es mucho más probable que dicha discriminación tenga como uno de sus componentes ser mujer, que suponen la mitad de la población y, consecuentemente, la mitad de las personas con discapacidad, la mitad de los miembros de una religión minoritaria, la mitad de las personas homosexuales, etc.. Ninguna otra intersección de rasgos es tan directa: es obvio que caben personas discapacitadas que además sean homosexuales, o mayores, o pertenecientes a una minoría étnica, pero estos rasgos no son tan transversales a todos los demás como lo es el género¹⁶.

C) *La elección del concepto más neutral: la discriminación múltiple frente a la interseccional*

El Derecho de la Unión pudo haber elegido diversos términos para reconocer la realidad de la discriminación múltiple: discriminación compuesta, discriminación aditiva o discriminación interseccional. K. MONAGHAN señala que la discriminación múltiple se puede dividir entre discriminación compuesta o aditiva, donde los roles de los diferentes rasgos pueden distinguirse y discriminación interseccional, donde la influencia de los diferentes rasgos no puede ser separada¹⁷. El término discriminación múltiple es el más neutro posible, pues designa toda acumulación de dos o más rasgos de discriminación, interseccionen o no¹⁸.

La elección puede responder a un intento de rebajar el impacto del reconocimiento de esta conducta discriminatoria. En realidad, el término de discriminación interseccional se creó para asegurar que no estábamos ante una simple acumulación de discriminaciones sino ante una discriminación cualitativamente diferente, lo que justificaba una respuesta cualitativamente diferente. Éste fue el término –y el enfoque– al que recurrió K. CRENSHAW para hacer referencia en Estados Unidos, por primera vez, a esta realidad. Se trataba de dar respuesta

16. La lucha contra la discriminación múltiple de las mujeres se ha centrado en determinados colectivos de mujeres que tienen un rasgo específico que las hace más vulnerables. Como pone de manifiesto SERRA CRISTÓBAL, estos colectivos pueden ser las mujeres pertenecientes a minorías religiosas, las mujeres pertenecientes a minorías étnicas, las mujeres inmigrantes, las mujeres discapacitadas, las mujeres víctimas de violencia de género, las mujeres víctimas de la trata de seres humanos y las mujeres internas en centros penitenciarios (SERRA CRISTÓBAL, R., «Mujer y doble discriminación» en FABREGAT MONFORT, Gemma (coordinadora), *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho*. Universitat de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 99-116).
17. MONAGHAN, K. (2011), «Multiple and intersectional discrimination in EU law», *European Anti-Discrimination Law Review*, 13, December, 2011, pág. 25. Ver también MAKKONEN, T. M., *Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Abo Academy University, 2002.
18. La razón que alega el informe de la Comisión de 2009 para justificar esa opción es lo establecido en la cumbre de Pekín para la Igualdad de la Mujer de 1995, que instó a «intensificar los esfuerzos para asegurar el igual disfrute de los derechos humanos de todas las mujeres que afrontan múltiples barreras a su empoderamiento y avance debido a factores como la raza, la edad, la lengua, la pertenencia a una etnia, la cultura, la religión, la discapacidad, o la pertenencia a un pueblo indígena».

a una situación muy particular: la doble discriminación que sufren las mujeres negras por su doble condición de mujer y de miembros de la minoría negra. Esta autora denuncia que tanto la teoría feminista como la lucha contra la discriminación racial se habían venido centrando en un estudio excluyente entre sí que se focalizaba en los miembros más privilegiados de ambos colectivos (los hombres negros y las mujeres blancas), obviando la situación específica de discriminación que vivían las mujeres negras. Según este enfoque, las mujeres negras eran objeto de la misma discriminación que los hombres negros y que las mujeres blancas, pero también de otro tipo de discriminación específico, una discriminación doble basada en el efecto combinado del sexo y la raza, un tipo de discriminación que tiene una naturaleza específica, lo que justifica una respuesta distinta¹⁹.

Como señala F. REY MARTÍNEZ, el concepto de discriminación interseccional también es utilizado en el ordenamiento jurídico canadiense. En concreto, el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, de 9 de octubre de 2001, bajo el título «Un enfoque interseccional de la discriminación. Tratando múltiples rasgos en las demandas de Derechos Humanos», define el concepto de interseccionalidad como aquella «opresión que deriva de la combinación de varios factores que, juntos, producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo²⁰».

La carencia en Derecho de la Unión de una respuesta cualitativamente diferente a los casos de discriminación múltiple no se puede achacar exclusivamente a la elección del término –hay otros factores–, pero es indudable que dicha orientación vino marcada desde el momento en que se opta por la «discriminación múltiple».

Lo cierto es que ninguna norma comunitaria prohíbe, con consecuencias jurídicas, la discriminación múltiple, como una figura cualitativamente diferente de la discriminación por un solo rasgo. Hay referencias a la necesidad de luchar contra la misma, se establece como objetivo en algunos programas, pero no hay ningún artículo vinculante de Derecho originario o derivado que la incluya.

Aunque es muy improbable, la ausencia de una regulación vinculante de la discriminación múltiple puede cambiar en el futuro más inmediato, si se aprueba definitivamente la propuesta de Directiva de igualdad de trato por razo-

19. CRENSHAW, K., *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine: Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, Chicago, 1989.

20. REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple. Una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, pp. 259-262. En estas mismas páginas, el autor reconoce que, pese al significado de este concepto, ni la jurisprudencia estadounidense ni la canadiense han realizado un reconocimiento completo de esta realidad, limitándose a escasas sentencias en las que han optado por una respuesta diferente a la existencia de ambos factores de discriminación en un mismo supuesto.

nes de religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual que actualmente se está debatiendo en el seno de las instituciones comunitarias.

Dicha propuesta de Directiva, que tiene como finalidad implementar el principio de igualdad de trato por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en ámbitos que vayan más allá de la ocupación y el empleo, no decía nada distinto que las Directivas del año 2000 en el ámbito de la discriminación múltiple²¹. Sin embargo, el 2 de abril de 2009 el texto articulado propuesto por la Comisión fue enmendado en el Parlamento Europeo, dejando el artículo 1 de la siguiente manera (en negrita el texto que el Parlamento Europeo añade a la propuesta de la Comisión):

1. «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación, incluida la discriminación múltiple, por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato en ámbitos distintos del empleo y la ocupación.
2. Existirá discriminación múltiple cuando la discriminación se base:
 - a) en una combinación de los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad, y orientación sexual, o
 - b) en uno o varios de los motivos contemplados en el apartado 1 y también en uno o varios de los motivos siguientes:
 - i) en el sexo (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito material de aplicación de la Directiva 2004/113/CE y de la presente Directiva),
 - ii) en el origen racial o étnico (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/43/CE y de la presente Directiva), o
 - iii) en la nacionalidad (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito de aplicación del artículo 12 del Tratado CE).
3. En la presente Directiva, la discriminación múltiple y los motivos múltiples se interpretarán en consecuencia».

Respecto a esta posible futura regulación, lo primero que hay que manifestar es cautela. En el debate sobre la Propuesta en el Consejo (el último debate se produjo el 21 de junio de 2012) ha desaparecido esta referencia, por lo que no es nada probable que el texto definitivamente aprobado, si alguna vez se aprueba un texto, vaya en esta línea.

Por otro lado, aunque saliera adelante, se ha de advertir que el sexo, origen racial o étnico y nacionalidad pueden interseccionar entre sí, de la misma forma que estos rasgos lo hacen con la edad, orientación sexual, discapacidad, religión o convicciones y, sin embargo, este artículo no recoge que lo primero pueda dar

21. La propuesta original de la Comisión, como ya se ha comentado anteriormente, es de 2 de julio de 2008 (COM [2008] 426).

lugar a discriminación múltiple. Esta grave carencia se produce porque la Directiva en cuestión se refiere a unos rasgos determinados – religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual–, y no a todos, dejando fuera precisamente aquellos, como el origen racial o étnico o el género, que tienen una trayectoria más importante en el Derecho antidiscriminatorio comunitario.

Por último, la Directiva que se está debatiendo sólo se focaliza en supuestos de discriminación que se despliegan fuera del empleo.

Si el Derecho de la Unión recoge la regulación de la discriminación múltiple exclusivamente en esta Directiva se podría llegar a la conclusión de que la misma no se aplica a la discriminación en el empleo, precisamente el ámbito donde tradicionalmente se ha focalizado la lucha contra la discriminación por ser el que mayor daño puede provocar si la misma se despliega, ni a la intersección entre género y origen racial o étnico, que es precisamente el tipo de discriminación múltiple que dio lugar a los primeros estudios sobre la misma²². Esto es algo que no tiene ningún sentido.

En conclusión, al no recogerse, a día de hoy, ningún texto vinculante que prohíba la discriminación múltiple, su vulneración en Derecho de la Unión no produciría un efecto jurídico diferente del que se produce para sancionar una discriminación por un solo rasgo. Un caso de discriminación por razón de género no se sancionaría de forma diferente que un caso por discriminación de una intersección entre etnia y género. Un caso de discriminación por razón de edad no se sancionaría de forma diferente que un caso por discriminación de una intersección entre edad y discapacidad.

V. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL Y LA POLÍTICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA UE

Donde sí se ha apreciado cierta influencia de la interseccionalidad es en el entramado institucional comunitario dedicado a la lucha contra la discriminación. El enfoque unitario basado en la desigualdad de género ha dado paso a unas instituciones que abordan las distintas discriminaciones, no sólo una de ellas. De todas formas, siguen existiendo unidades dedicadas exclusivamente a la discriminación por razón de sexo, como la Unidad D2 de Igualdad entre Hombres y Mujeres, de la DG de Justicia de la Comisión, que se ocupa de presentar propuestas de políticas sobre igualdad de género y de coordinar las políticas para el *mainstreaming* de género. También destaca la existencia de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, establecida en 1984 para promover los derechos de la mujer, y el Instituto Europeo para la Igualdad de Género, creado por el Reglamento 1922/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20.12.2006.

22. Un repaso a estos inicios, que se produjeron en torno a la discriminación de las mujeres negras, en REY MARTÍNEZ, F, «La discriminación múltiple. Una realidad antigua, un concepto nuevo», ...op.cit., pp. 251-283.

El debate sobre el Reglamento para la creación de este Instituto se produjo en un momento en el que la creación de organismos para luchar contra la discriminación de un determinado colectivo ya se estaba poniendo en entredicho. La parlamentaria europea Ludford defendió esta posición, alegando que no existe una jerarquía de la opresión, y que los organismos europeos dedicados a la lucha por la igualdad deberían tratar todo tipo de discriminación. Esta posición se vio reforzada con la creación de la Unidad G4 de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión, para la Acción contra la Discriminación, Sociedad Civil, y con la ampliación del antiguo Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia para pasar a formar parte de la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales, que está operativa desde junio de 2008. Ambas instituciones han prestado una atención especial a la discriminación múltiple, publicando documentos y desarrollando proyectos sobre esta materia, como el informe «Abordar la discriminación múltiple, prácticas, políticas y leyes» de 2007, a cargo de la Unidad G4, o el Programa de Trabajo 2009-2015 aprobado por la Agencia, que incluye un proyecto sobre «Discriminación múltiple e interseccional por motivos de género, edad y origen étnico en los Estados miembros de la UE» o sobre «mujeres inmigrantes irregulares», también en marcha²³. Hoy en día, la igualdad de trato, como política transversal, se afronta desde la Unidad D4 de Políticas de Discriminación y la Unidad D1 de Igualdad de Trato: cuestiones jurídicas, ambas pertenecientes a la Dirección D de Igualdad de la Dirección General de Justicia.

Por tanto, el debate sobre la discriminación múltiple ha servido para abrir los organismos comunitarios que se dedican a luchar por la igualdad de trato a los distintos tipos de discriminación. Y, sin embargo, la confluencia en una misma actuación de varias discriminaciones, lo que estamos denominando discriminación múltiple, sigue careciendo de efectos jurídicos diferenciados.

Otra cosa diferente es el ámbito de algunas políticas de igualdad de oportunidades, que se han encaminado a proteger a determinadas mujeres en situación especialmente vulnerable, como las mujeres objeto de explotación sexual o de violencia de género. En este ámbito, las políticas de igualdad comunitarias sí han incorporado el espíritu del concepto de discriminación múltiple.

En el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos, la UE aprobó la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5.4.2011, para la prevención y el combate del tráfico de seres humanos y la protección de sus víctimas. En dicha Directiva no se hace una especial referencia a las mujeres inmigrantes, aunque es evidente que éstas son las principales víctimas de estas prácticas. Además de la Directiva, que establece unos mínimos en esta área para todos los Estados miembros, se han implementado otras iniciativas. En 2010 la Comisión nombró una coordinadora europea contra el tráfico de

23. Un análisis del impacto de la interseccionalidad en la política institucional de la Unión Europea en LOMBARDO, E., «La "interseccionalidad" del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea», *Revista Española de Ciencia Política*, Núm. 23, 2010, pp. 11-30.

personas. También existe al respecto un grupo de trabajo en el Consejo (*The Council of Europe's Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings* [GRETA]), y otro en la Comisión, cuya última composición corresponde a la Decisión 2011/502/UE, de 10.8.2011. Por otro lado, Eurojust está preparando un Plan de Acción contra el Tráfico de Personas, que se presentará en 2013.

En lo que se refiere a la violencia de género, en 2010 se creó el Observatorio Europeo contra la violencia de Género y de atención a las víctimas de malos tratos. En 2011 se extendió el mecanismo de la euroorden a la violencia machista, por lo que cualquier medida de seguridad dictada por un Estado miembro para proteger a una persona amenazada, por ejemplo una orden de alejamiento para un maltratador, se ejecutará automáticamente también en cualquiera de los otros estados de la UE al que la víctima se traslade. En la estrategia 2010-2015 sobre igualdad entre hombres y mujeres, la lucha contra la violencia de género es uno de los objetivos más importantes.

VI. UNA POSIBLE PROPUESTA PARA OTORGAR EFECTOS JURÍDICOS A LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

A) *Una jurisprudencia ajena a la discriminación múltiple*

Como señala el informe de la Red Europea de Expertos Legales en Discriminación por razón de Sexo, publicado por la Comisión Europea en 2009, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tampoco ha utilizado el concepto de discriminación múltiple, y no ha apreciado diferencia alguna entre un caso de discriminación basado en un solo rasgo o en varios²⁴. En realidad, el Tribunal de Justicia, como no aprecia diferencia alguna entre los efectos jurídicos de una discriminación basada en un solo rasgo y la discriminación múltiple, ha optado por evitar referencia alguna a discriminaciones que interseccionan en ninguno de los casos en los que podría haberlo hecho.

Tampoco es que haya habido muchos supuestos, pero sí algunos. Por ejemplo, se ha enfrentado a una restricción de movimiento practicada por un Estado contra profesionales de la prostitución de otros Estados, donde se podría haber considerado que se acumulaba una discriminación por nacionalidad con una discriminación por razón de sexo²⁵. También ha resuelto casos donde se transfería diferentes derechos pasivos relacionados con la pensión de jubilación de los empleados comunitarios en relación a la edad y al sexo sin considerar la misma discriminación múltiple²⁶. Ha considerado la discriminación contra una mujer que fue acosada en el trabajo por tomar tiempo para cuidar a su hijo discapaci-

24. BURRI, S. y SCHIEK, D. (coord.), *Multiple Discrimination in EU Law (Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?)*, ...op. cit., pp. 7-8.

25. Las SSTJ, de 18.5.1982, as. *Adoui and Cornuaille* (C-115/81 y C-116/81) y la STJ, de 20.10.2001, as. *Jany et al.* (C-268/99).

26. STJ, de 11.9.2007, as. *Lindorfer*, (C-227/04).

tado como una discriminación por discapacidad, sin tener en cuenta la dimensión de género relacionada con el hecho de que suelen ser las mujeres las que predominantemente se ocupan de este tipo de tareas²⁷. Ha señalado como contraria a Derecho de la Unión una norma nacional que discriminaba a nacionales de terceros países en el acceso a ayudas a la vivienda, sin tener en consideración su pertenencia también a una minoría étnica²⁸. Ha denegado a una trabajadora rusa el derecho a ser informada de por qué se le excluyó de entrada, sin posibilidad de acudir a una primera entrevista, en un proceso de selección y a comprobar los méritos del resto de candidatos que optaban a dicho puesto²⁹. El Tribunal no distingue entre este caso, en el que se alega a la vez discriminación por razón de sexo y origen étnico, del caso *Kelly*³⁰, donde rechaza también esta posibilidad en un supuesto que se basa exclusivamente en una supuesta discriminación por razón de sexo.

La pregunta que podemos hacernos es si dicha jurisprudencia, con la actual legislación comunitaria, no tiene otro margen de maniobra, o puede modular su interpretación de las normas para conseguir dotar de contenido diferenciado a la discriminación múltiple. En realidad, el reconocimiento de la discriminación múltiple no es tan importante. Lo realmente importante sería que ese reconocimiento viniera acompañado de algún efecto jurídico adicional al propio de la discriminación basada en un solo rasgo.

B) Propuestas para dotar de efectos jurídicos a la discriminación múltiple

En mi opinión, es posible y deseable que esto último ocurra. Posible porque existen mecanismos suficientes para conseguirlo; deseable porque sin efectos cualitativamente distintos, el reconocimiento de la discriminación múltiple no pasa de ser un sano ejercicio intelectual, pero sin ninguna virtualidad jurídica. Creo que al menos existen dos mecanismos que podrían hacer posible lo que planteo.

i) Impacto adverso y discriminación indirecta

Uno podría ser la intensificación del juicio de igualdad utilizando la intersección de rasgos para valorar el impacto adverso que funciona en la técnica de la discriminación indirecta.

Es sabido que el principio de igualdad en cualquier ordenamiento jurídico-constitucional se divide en dos partes: una cláusula general de igualdad y cláusulas específicas de no discriminación³¹. El artículo 14 de la Constitución Española es un buen ejemplo de esta dicotomía: «Los españoles son iguales ante la ley (cláusula general)..sin que pueda prevalecer discriminación alguna por ra-

27. STJ, de 17.7.2008, as. *Coleman*, (C-303)

28. STJ, de 24.4.2012, as. *Kamberaj*, (C-571/10)

29. STJ, de 19.4.2012, as. *Galina Meister* (C-415/10)

30. STJ, de 11.7.2011, as. *Kelly* (C-104/10)

31. La distinción, y la terminología, fue adoptada en España por primera vez por RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

zón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (cláusulas específicas de no discriminación)».

La diferencia entre la cláusula general y las cláusulas específicas de no discriminación se sitúa en el ámbito de la intensidad del juicio de igualdad que se utiliza respecto a unos y otros. Mientras las clasificaciones legislativas en general son sometidas a un juicio de «mínimos», las que utilizan alguno de los rasgos que aparecen en las cláusulas específicas de no discriminación, lo que denominamos rasgos sospechosos (raza, sexo, religión, etc.), se someten a un juicio estricto de igualdad. Ello significa, básicamente, la intensificación de la exigencia de que la clasificación legislativa sea razonable y proporcionada. Se podría decir que mientras las clasificaciones legislativas en general gozan de una presunción de constitucionalidad las que afectan a estos rasgos sufren una sospecha de inconstitucionalidad, siempre que la utilización de dicho rasgo suponga perjudicar a los que tradicionalmente han sido perseguidos y discriminados (mujeres, minorías étnicas, etc.). Sólo en el caso de que se demuestre que la utilización de dicho rasgo nada tiene que ver con una finalidad discriminatoria la clasificación legislativa (o la medida o práctica procedente del sector privado) podrá ser validada³².

La doctrina sobre los diversos test de igualdad sirve para enmarcar una posible diferencia que se podría establecer entre los efectos jurídicos de la discriminación singular y la discriminación múltiple en el ámbito del Derecho de la Unión. Para que esta última tuviera realmente un efecto jurídico relevante, se podría optar por intensificar todavía más el juicio de igualdad que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplica a las discriminaciones que se basan en más de un rasgo.

Una forma de proceder a esta intensificación podría ser utilizar la intersección de rasgos para valorar el impacto adverso que funciona en la técnica de la discriminación indirecta.

Lo diré con un ejemplo: imaginemos una mujer con hijab rechazada en su puesto de trabajo por llevar algo en la cabeza. Se podría decir que estamos ante una discriminación por motivos religiosos y por razón de género: es una discriminación múltiple. En principio, la regla es neutra, pues el despido se produce por incumplir una norma de la empresa consistente en no llevar gorras, sombreros, pañuelos, nada que cubra la cabeza. Si queremos perseguir dicha discriminación, tendremos que recurrir a la técnica de la discriminación indirecta, para lo que tendremos que valorar cuántas personas han sido expulsadas por dicha regla, y si esas personas pertenecen mayoritariamente a los colectivos que queremos proteger. Cuanto mayor sea el impacto adverso en dichos colectivos, menos posibilidades tiene la regla de prosperar, pues más indicios tendremos de que se trate de una regla neutra que encierra una intención discrimina-

32. Un análisis más pormenorizado de las diferencias entre el juicio estricto y el juicio de «mínimos» en GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 121-303.

toria. En el caso que nos ocupa, ¿sobre qué colectivo hacemos dicho cálculo? La discriminación múltiple puede aportar una novedad: el impacto hay que medirlo sobre las mujeres que además son musulmanas. No sobre todas las mujeres; no sobre todos los musulmanes. Sólo sobre el colectivo que intersecciona ambos rasgos susceptibles de discriminación.

ii) Un aumento proporcional en la indemnización

Además de lograr que el juicio de igualdad sea más estricto a través de un endurecimiento de la técnica de la discriminación indirecta, otra manera de diferenciar la discriminación múltiple sería que en este tipo de discriminación la indemnización impuesta fuera cuantitativamente mayor que en el caso de una discriminación por un solo rasgo. Es decir, que la multa coercitiva que se puede imponer al infractor se acumulara en función de los rasgos por los que se ha discriminado.

El Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado, en el asunto *Firma Feryn*³³, sobre la naturaleza de las sanciones que se pueden imponer en un supuesto de discriminación por razón de origen racial o étnico. En estos casos, el art. 15 de la Directiva 2000/43/CE prevé que los Estados deberán establecer un régimen de sanciones efectivo, proporcionado y disuasorio que «podrán incluir la indemnización a la víctima». El Tribunal añade que las sanciones podrán consistir en publicitar adecuadamente una declaración de discriminación, a cargo de la parte demandada, indemnizar al organismo que promovió el procedimiento, o el cese de la práctica discriminatoria, junto con una multa coercitiva.

Esta última sanción, impulsada por los Estados y concretada al caso por los jueces nacionales en aplicación de Derecho comunitario, es la que se podría modular al alza en supuestos de discriminación múltiple. Nada de esto ha sugerido el Tribunal de Justicia, como ya vimos. Y es hasta cierto punto lógico: no creo que se pueda costreñir excesivamente la capacidad de los jueces nacionales que aplican Derecho comunitario de valorar la gravedad de cada discriminación y, consecuentemente, la indemnización correspondiente. Es verdad que la discriminación múltiple podría ser un factor a considerar, pero desde luego no debería ser el único. Junto a él, se debe considerar el daño producido, la prolongación en el tiempo de la discriminación, y tantas otras circunstancias. Es perfectamente posible que una discriminación basada en un solo rasgo merezca mayor sanción que otra basada en distintos rasgos que interseccionan. No creo que se pueda anular la capacidad de decisión de los jueces hasta ese punto, aunque sí opino que se puede introducir alguna indicación para orientar las discriminaciones múltiples como uno de los motivos a tener en cuenta para elevar la indemnización.

VII. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, habría que decir que las consecuencias positivas

33. STJ, de 10.7.2008, as. *Firma Feryn* (C-54/07).

del reconocimiento de la discriminación múltiple en Derecho de la Unión todavía no han sido plenamente alcanzadas.

Hasta la fecha, su mayor virtualidad se ha centrado en abrir paso a programas de igualdad de oportunidades más sensibles a la discriminación provocada por la intersección de varios factores, permitiendo centrar el foco en colectivos, como el de las mujeres inmigrantes, especialmente vulnerables.

También se ha mostrado especialmente eficaz a la hora de abrir paso a organismos comunitarios con una vocación interseccional en la lucha contra la discriminación, como la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales, sin que ello haya supuesto la desaparición de aquellos que fueron creados en su día para luchar por la igualdad de género.

Sin embargo, los efectos jurídicos del reconocimiento de la discriminación múltiple como fenómeno diferenciado de la discriminación por un solo rasgo todavía no han alcanzado ninguna virtualidad, ni en la legislación comunitaria ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Facilitar la prueba del impacto adverso en la técnica de la discriminación indirecta, o sugerir que la cuantía de la indemnización deba ser mayor, con las cautelas previamente reseñadas, pueden ser, en mi opinión, dos vías que el TJUE podría utilizar para dotar de eficacia jurídica al concepto de discriminación múltiple, lo que es muy conveniente para que el estudio de una figura tan interesante y novedosa tenga alguna virtualidad práctica.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M^aA., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994.

BURRI, S. y SCHIEK, D. (coord.). *Multiple Discrimination in EU Law (Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?)*, European Network of Legal Experts in the field of gender equality, European Commission, Bruselas (Bélgica), 2009.

CRENSHAM, K., *Demargenizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine: Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, Chicago, 1989.

FREIXES, T., «La igualdad de mujeres y hombres en el Derecho de la Unión Europea» en *Jornadas internacionales sobre igualdad de género y políticas públicas*, Universidad de Málaga, 2010 <http://www.eumed.net/eve/igpp/ponencias/MTFS-ponencia.pdf>

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004.

LOMBARDO, E., «La "interseccionalidad" del género con otras desigualdades

en la política de la Unión Europea», *Revista Española de Ciencia Política*, nº 23, pp. 11-30, 2010.

MAKKONEN, T.M., *Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Abo Akademy University, 2002.

MONAGHAN, K., «Multiple and intersectional discrimination in EU law», *European Anti-Discrimination Law Review*, nº 13, 2011 pp. 20-33.

REQUENA CASANOVA, M., «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 40, 2011.

REY MARTÍNEZ, F. y GIMÉNEZ GLUCK, D., *Por la diversidad, contra la discriminación (la igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas)*, Fundación Ideas, Madrid, 2010.

REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple. Una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

SERRA CRISTÓBAL, R., «Mujer y doble discriminación» en FABREGAT MONFORT, G (coordinadora), *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho*. Universitat de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.