

Desigualdades complejas e Interseccionalidad

Una revisión crítica

COORDINADORAS

DOLORES MORONDO
CRISTINA DE LA CRUZ
ENCARNACIÓN LA SPINA



Desigualdades complejas e Interseccionalidad.

Una revisión crítica

*Dolores Morondo
Cristina de la Cruz
Encarnación La Spina
(Coordinadoras)*

Desigualdades complejas e Interseccionalidad.

Una revisión crítica

*Dolores Morondo
Cristina de la Cruz
Encarnación La Spina*
(Coordinadoras)



**INSTITUTO INTERNACIONAL DE SOCIOLOGÍA
JURÍDICA DE OÑATI**

**Colección “Derecho y Sociedad”
Editorial Dykinson
2020**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación
del Plan Nacional de I+D+i «*La desigualdad compleja en las sociedades
plurales: indicadores para las políticas públicas*»,
financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad
y Fondo Europeo de Desarrollo Regional (DER 2016-77711-P).

© Copyright by
Las/los autoras/es

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es> - <http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-386-5

Tabla de contenidos

Introducción.....	9
PRIMERA PARTE. Una revisión teórica sobre la aplicación jurídica de la interseccionalidad	15
Desigualdad compleja e interseccionalidad: “reventando las costuras” del derecho antidiscriminatorio	17
Una aproximación práctica a la interseccionalidad: la respuesta jurídica frente a la violencia contra mujeres extranjeras en situación administrativa irregular.....	39
La vulnerabilidad estructural de género desde la perspectiva de la interseccionalidad: el régimen español de igualdad de género como caso ilustrativo	69
SEGUNDA PARTE. Crítica al enfoque interseccional en la jurisprudencia europea: estudio de casos prácticos sobre desigualdades complejas	89
La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas	91
Forgotten or invisible? Mujeres y migrantes con discapacidad bajo la prueba del vulnerability turn y desde la crítica interseccional	111
A vueltas con la interseccionalidad en casos de discriminación por motivos de origen nacional y estereotipos racistas: Especial referencia al caso Biao c. Dinamarca	141
Interseccionalidad y discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	165
TERCERA PARTE. Una prospección interseccional de las desigualdades complejas en el ámbito de las políticas públicas	185
Pobreza y desigualdades complejas	187
Solapamientos, lagunas e incoherencias en las políticas públicas para la población gitana del Estado español	211
Diversidad religiosa y centros de culto. Desigualdades, rechazo y problemáticas para la gestión pública	231
Abreviaturas	253
Resúmenes-Abstracts	255
Notas biográficas	267
Índice Completo	271

Desigualdad compleja e interseccionalidad: “reventando las costuras” del derecho antidiscriminatorio

DOLORES MORONDO TARAMUNDI¹

1. Introducción

Los principios de igualdad y de no discriminación se encuentran en el núcleo del diseño constitucional de la Unión Europea (UE); han sido recogidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (artt. 20, 21 y 23); pertenecen a la tradición constitucional común de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tiene cuarenta años de experiencia en decisiones antidiscriminatorias y su activismo en este campo ha marcado el derecho y la política antidiscriminatorios, en diferente medida, en todos los países de la UE (Tobler 2013). También en el ámbito del Consejo de Europa, y tras décadas postergado al papel de “Cenicienta” (O’Connell 2009), el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha recibido un impulso jurisprudencial, y se habla incluso de procesos de convergencia en la comprensión del papel de las cláusulas antidiscriminatorias por parte de las dos instancias regionales europeas.²

Sin embargo, en los últimos años estudiosas y expertas de derecho antidiscriminatorio han empezado a subrayar la existencia de problemas serios y nuevos retos (McCrudden 2011; Tobler 2013; Schiek 2016; MacKinnon 2016). Aunque la importancia de este ámbito del derecho es generalmente

¹ Este trabajo ha contado con el apoyo de dos proyectos: *Retos socioculturales y Derechos Humanos en un mundo en transformación. Proyecto de Apoyo a las actividades de los grupos de investigación reconocidos del sistema universitario vasco* (ref.: IT1224-19) (Grupo reconocido en la categoría A); y Proyecto I+D+i MINECO/FEDER Ministerio de Economía y Competitividad y Fondo Europeo de Desarrollo Regional”: *La desigualdad compleja en las sociedades plurales: indicadores para las políticas públicas*, ref. DER 2016-77711-P.

² No toda la literatura está de acuerdo en esta naturaleza convergente o complementaria que, por ejemplo, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), la Comisión Europea o el Tribunal de Estrasburgo atribuyen a los dos regímenes antidiscriminatorios (FRA 2018). Numerosos estudios se han fijado en las diferencias entre los dos sistemas antidiscriminatorios, tanto en general como en relación a determinados motivos de discriminación (Tobler 2014).

reconocida, se van acumulando las llamadas a reconsiderar algunas de sus características (McColgan 2014 y 2007; Khaitan 2015; Fredman 2016).

Con este trabajo pretendo acercarme –de manera tentativa y panorámica– al problema de la inestabilidad del derecho antidiscriminatorio europeo y ver el papel que juegan la interseccionalidad y otros fenómenos similares a esta noción en relación con esta inestabilidad. La interseccionalidad se ha examinado, generalmente, desde la perspectiva de sus aportaciones al ámbito de aplicación del principio de igualdad y a la comprensión de los fenómenos de discriminación y desigualdad. En este escrito se examina, en cambio, la potencialidad de la interseccionalidad y de otros fenómenos o condiciones parecidas, que denominaré formas de desigualdad compleja, para poner al descubierto algunos puntos de fricción, límites si se quiere, de la actual estructura del derecho antidiscriminatorio europeo, de corte liberal. Quiero fijarme, pues, en cómo estos fenómenos hacen “reventar por las costuras” la estructura del derecho antidiscriminatorio liberal y qué pautas nos indican –o nos podrían sugerir– para que reconsideremos las características de este *corpus*, en pos de una más efectiva lucha contra la desigualdad.

En lo que sigue, estableceré primero a qué me refiero con la inestabilidad del derecho antidiscriminatorio. Examinaré después el papel que puede atribuirse a la interseccionalidad en ese “reventar por las costuras” del derecho antidiscriminatorio, y cómo contribuyen otros fenómenos similares o convergentes que he denominado formas de la desigualdad compleja. El capítulo termina con unas breves conclusiones e indicaciones de investigación futura.

2. Pruebas de derecho antidiscriminatorio

En sus inicios, el derecho antidiscriminatorio europeo no parecía un ámbito jurídico particularmente prometedor. En la Unión Europea, tiene su origen en una cláusula pensada para evitar el *dumping* económico en la industria textil³ que languideció durante dos décadas antes de ser puesta a prueba por el activismo feminista. En el marco del Consejo de Europa, la prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 del CEDH gozaba

³ Existía también una prohibición de discriminación de los nacionales de otros miembros de la Comunidad Europea, pero esta prohibición no se ha considerado parte del derecho antidiscriminatorio europeo, sino más bien uno de elementos necesarios en la constitución de la libertad fundamental de circulación y, por tanto, del espacio jurídico-político de la organización misma.

de un status aún más precario, pues este artículo se considera no autónomo⁴ y, por ello, ha solido usarse como una muletilla subsidiaria para el caso en el que no se reconociera una violación clara del principal artículo invocado.

Sin embargo, desde que finalmente despegó en los años Setenta, el derecho antidiscriminatorio se ha afianzado y crecido en manera exponencial, convirtiéndose en un factor jurídico y jurisprudencial expansivo a tener en cuenta. Desde la aprobación de las Directivas de igualdad sexual a partir de mitad de los años Setenta, la actividad del Tribunal de Luxemburgo en materia antidiscriminatoria ha crecido vertiginosamente, como también lo ha hecho la actividad de otros órganos comunitarios, en especial las políticas de igualdad promovidas por la Comisión Europea. El Tribunal de Estrasburgo, por su parte, tuvo una aproximación más tardía a la cláusula antidiscriminatoria del CEDH. Las sentencias en casos en los que se invoca el artículo 14 son muy pocas hasta finales de los años Noventa. A partir de entonces empezaron a incrementarse, alcanzando un pico a mitad de los años 2000, cuando pareció incluso que esta jurisdicción había tomado las riendas en el desarrollo del derecho antidiscriminatorio en Europa (O’Connell 2009).

Debido, al menos en parte, a la velocidad de este desarrollo, el derecho antidiscriminatorio se ha constituido como un área compleja, tanto institucionalmente como desde el punto de vista del procedimiento jurídico. Lo era ya antes del cambio del siglo (Craig y De Búrca 1998, p. 889), pero este carácter se ha visto acentuado con la introducción en el año 2000 de la Directiva de Igualdad Racial y de la Directiva de Igualdad en el Empleo.⁵ Todas las innovaciones y cambios introducidos en el nivel europeo durante las últimas décadas han tenido un efecto *spill-over* sobre las jurisdicciones nacionales, con importante actividad de reforma y de adecuación institucional y legislativa en todos los Estados miembros.⁶

Este desarrollo se ha acompañado, ciertamente, por un intenso trabajo académico y de sostén de las políticas de igualdad por parte de redes de expertos. A partir de la aparición de las Directivas del 2000, hubo un cierto “resquebrajamiento” en la doctrina y en el ámbito europeo de las redes de

⁴ Es decir, necesita ser invocado junto con un derecho protegido por el propio Convenio. El Protocolo número 12 al Convenio establece, para aquellos Estados que lo ratifiquen, una prohibición general de discriminación.

⁵ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico [2000] OJ L180/22 y 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 [2000] OJ L303/16.

⁶ Como podía verse, antes de 2015, en las secciones dedicadas a los desarrollos legislativos nacionales en *European Anti-Discrimination Law Review* y en *European Gender Equality Law Review*, y ahora en *European Equality Law Review* o en los Informes Anuales del FRA.

expertos: con la expresión *equality law* se aludía a la discriminación por razón de sexo mientras que *anti-discrimination law* se utilizaba para referirse a la discriminación por el resto de los motivos contemplados en la normativa europea. Sin embargo, buena parte de la doctrina no ha seguido la distinción e incluso en las redes europeas de expertos se ha empezado, desde hace ya algunos años, a enfatizar la necesidad de mantener criterios y desarrollos convergentes.⁷

Parte de la doctrina más avezada, que ha estudiado el desarrollo del derecho antidiscriminatorio desde sus inicios en los años Setenta, había advertido que el derecho antidiscriminatorio que se desarrollaba en Europa estaba, en expresión de Eliane Vogel-Polski, “programado para fallar” y que no era adecuado para la tarea de transformación necesaria para hacer frente a la desigualdad que sufrían las mujeres y otros grupos oprimidos (Lacey 1987; Barrère Unzueta 1997; Gianformaggio 2005; Holtmaat 1989). Las tensiones que conllevaba el crecimiento acelerado de la doctrina del derecho antidiscriminatorio y las demandas heterogéneas y crecientes para las que se le pedía soluciones se han ido superponiendo a algunas debilidades *ab origine* de los conceptos que fundaban este *corpus* y su doctrina. La percepción de los problemas en este ámbito se ha generalizado a partir de la ampliación de los motivos de discriminación introducidos con las nuevas Directivas de 2000. El alto nivel de fragmentación del derecho antidiscriminatorio y su limitado alcance (Tobler 2013, p. 446-7) llevaron a la doctrina a hablar de un *patchwork* de protección (Bell 2004, p. 30). La preocupación por el funcionamiento del sistema y su estabilidad alcanzó así a la doctrina del derecho antidiscriminatorio que no se identifica con posiciones específicamente feministas o de teoría crítica; es decir, la preocupación por la inestabilidad del sistema es hoy una posición transversal en la doctrina del derecho antidiscriminatorio.

En 2011, en una pequeña contribución en el *European Gender Equality Law Review*, Christopher McCrudden, una de las voces más autorizadas en derecho antidiscriminatorio europeo, hacía una reflexión con motivo del 40 aniversario de la primera sentencia *Defrenne*. McCrudden admitía los logros obtenidos. Más aún, los consideraba algo que, en 1971, el año de la primera

⁷ En este trabajo hablamos de derecho antidiscriminatoria para referirnos a la regulación jurídica del principio de no discriminación y, por tanto, incluyendo las normativas que afectan a todos los motivos reconocidos de discriminación. Nos referimos, por ello, a la regulación y a la doctrina de lo que se ha conocido bajo etiquetas como *sex equality law*, *equality law*, *anti-discrimination law*, *non-discrimination law* o *discrimination law*. El TJUE ha mantenido que términos como *non-discrimination*, *equality* o *equal treatment* son en realidad etiquetas para un único principio general de derecho de la Unión. Asunto C-422/02 P *Europe Cheim-Con (Deutschland) GmbH v. Council and Commission* [2005] ECR I-791, par. 33. Ver también Tobler (2013, p. 444).

sentencia *Defrenne*, era difícil de imaginar: “¿quién hubiera podido predecir, a principios de los Setenta, que el Derecho Europeo tendría un lugar prominente en la igualdad de las mujeres, o que sería siquiera un elemento a tener en cuenta?” (McCrudden 2011, p. 3). El motor que llevó a este espectacular resultado fue la audacia de pensar lo impensable y McCrudden insistía en la necesidad de seguir haciéndolo. En su intervención señalaba, sin pretensión de exhaustividad, nueve “ideas impensables”, nueve puntos del derecho antidiscriminatorio que habría que plantearse porque “necesitamos también (al menos ocasionalmente) comprobar si nuestras premisas operativas respecto al derecho de igualdad sexual son adecuadas para su función, y si no lo son entonces no deberíamos tener miedo de pensar en cambiarlas” (McCrudden 2011, p. 5).

Algunas de las ideas impensables de McCrudden abordaban problemas que atañen a la efectividad del derecho antidiscriminatorio y su implementación.⁸ Otras contienen reflexiones sobre elementos del derecho antidiscriminatorio que nos obligan a reflexionar sobre los instrumentos que manejamos o los objetivos que buscamos alcanzar con las normas antidiscriminatorias. Las reflexiones de McCrudden advierten que lo que había funcionado hasta ese momento da muestras de fatiga o revela la aparición de señales de cambios predecibles en el derecho antidiscriminatorio, en sus propias dinámicas o en relación con otros cuerpos de normas (como, por ejemplo, los derechos humanos), que podrían resultar problemáticos.

Es decir, algunas de las “ideas impensables” de McCrudden lo que intentan abordar es la inestabilidad creciente del derecho antidiscriminatorio, la dificultad de predecir el alcance y significado de sus normas y su inadecuación para dar respuesta a los retos que se le plantean. A continuación, examinaré cómo algunas de las ideas impensables de McCrudden conectan con algunas preocupaciones clásicas de la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio, articulando diferentes dimensiones de la inestabilidad del derecho antidiscriminatorio.

Hay una primera dimensión de la inestabilidad del sistema que podríamos denominar *inestabilidad técnica*, debida a la complejidad del *corpus* de normas de igualdad y no discriminación. Como ya hemos adelantado, el derecho antidiscriminatorio europeo podía considerarse inestable en este sentido técnico ya antes de 2000. Es un ámbito del derecho que tiene tanto normas escritas (cláusulas en los tratados y legislación secundaria) como normas no escritas (la prohibición de discriminación como principio general

⁸ Como por ejemplo el funcionamiento de los organismos de igualdad (*Equality Bodies*) establecidos por la Directiva de Igualdad Racial, o la efectividad de los procedimientos por infracción de la Comisión Europea o de técnicas como la transversalización (*mainstreaming*) de género.

del derecho europeo);⁹ está regulado mediante Directivas que dejan amplio margen a las variaciones en las normativas nacionales; subsisten cuestiones técnicas no resueltas en torno a la inversión de la carga de la prueba, a los medios aceptados para establecer la prueba, a las posibilidades de establecer un estándar adecuado de comparación (el llamado *relevant comparator*) o a los estándares para satisfacer los requisitos de la justificación objetiva, por mencionar algunos.

A partir de las Directivas de 2000, la complejidad de este *corpus* se acentúa y con ella la inestabilidad técnica. Las Directivas antidiscriminatorias del 2000 y las Directivas de igualdad sexual establecen ámbitos de aplicación diferentes para los diferentes motivos de discriminación y manejan estándares diferentes en relación con la legitimidad procesal (*legal standing*), la valoración de la prueba, o el nivel de examen de la justificación (*scrutiny*). Estos instrumentos tienen a su vez un ámbito de aplicación diferente a los del CEDH y del Protocolo 12 de dicho Convenio. A pesar de la creciente interacción entre el derecho de la UE, el CEDH e incluso la Carta Social Europea, estos instrumentos manejan conceptos de discriminación que no son equivalentes. A todo ello hay que sumar la diversidad que introducen las legislaciones nacionales, tanto las normas de producción propia de los Estados como las que trasponen las Directivas europeas.

La complejidad técnica de derecho antidiscriminatorio sumada a las variaciones ligadas a los múltiples motivos de discriminación reconocidos y a la pluralidad de fuentes (nacionales y supranacionales, escritas y no escritas) puede provocar una sensación de desorientación cuando se trate de conocer qué derechos a no sufrir discriminación tenemos realmente y, sobre todo, cuando haya que reivindicarlos. La inestabilidad técnica, producto de la complejidad del sistema, impacta en el conocimiento del derecho antidiscriminatorio en Europa tanto entre los profesionales o *practitioners* (jueces, abogadas y expertas de las ONGs que se ocupan de la discriminación) llamados a usar las normas y aplicarlas, como entre la población más en general, en su conocimiento como conciencia de sus propios derechos,

⁹ Christa Tobler ha mostrado acertadamente que hay en realidad dos principios generales del derecho referidos a la igualdad o a la prohibición de discriminación: un principio de igualdad *tout court* y un principio de igualdad en ámbitos específicos (que después del 2000 se ampliaron más allá del sexo a los otros motivos de discriminación). No tenemos aquí el espacio para analizar las dificultades específicas que resultan de los efectos diferentes que tiene el principio general de igualdad *tout court* respecto a los principios generales de igualdad por motivos específicos, que se diversifican ulteriormente según se apliquen a la acción de los órganos de la UE en sí misma, o a la acción de los Estados miembro en la implementación de la normativa europea. Para un análisis más detallado en este ámbito, véase Tobler (2013).

especialmente entre los grupos que ven vulnerado su derecho a no sufrir discriminación más frecuentemente.

En la inestabilidad del derecho antidiscriminatorio hay otras dos dimensiones que plantean problemas aún más graves que la complejidad técnica. Por un lado, podríamos agrupar las preocupaciones que apuntan a una inestabilidad política y por otro lado las que podríamos llamar formas de inestabilidad conceptual.

La *inestabilidad política* del derecho antidiscriminatorio no es una novedad. La idea misma de que fuera necesario introducir normas que prohibiesen la discriminación para completar el significado del mandato de igualdad formal fue contestada desde el inicio y han sido contestados también muchos de los instrumentos jurídicos o políticos diseñados para aplicar el principio de no discriminación. En el pasado hemos asistido a la contestación de la discriminación indirecta, de la acción positiva, especialmente las cuotas, de la idea de igualdad sustancial, de que la igualdad de oportunidades pudiera significar igualdad de resultados y no igualdad de puntos de partida, de que las medidas de igualdad de oportunidades no fueran temporales y excepcionales, etc. Hubo desde el inicio a quien le parecía que la igualdad iba demasiado lejos. Además de esta oposición a la ampliación de la idea de igualdad más allá de la igualdad ante la ley o de la igualdad jurídica, se advierte hoy en día otro tipo de contestación, capturada en eslóganes como “la igualdad no es suficiente” (*equality is not enough*), “se discrimina para luchar contra la discriminación” (*discriminate to fight discrimination*, Morondo Taramundi 2017), o “igualdad desigual” (*unequal equality*; Neuvonen 2015). Estos nuevos eslóganes no reflejan una oposición a la idea de igualdad asimilable a la anterior; sino más bien una desazón ante la idea de igualdad y el principio de no discriminación, que está íntimamente ligada a la inestabilidad que produce la complejidad de los fenómenos de desigualdad y las dificultades para intervenir de manera efectiva.

No en vano, la primera preocupación que reflejaba la lista de “ideas impensables” de McCrudden se refería a la capacidad del derecho antidiscriminatorio para alcanzar una transformación o un cambio estructural. McCrudden reconoce que el sistema casuístico de la litigación individual, que es el mecanismo primario de implementación legal en las Directivas, es rotundamente insuficiente para producir cambios en las estructuras que producen desigualdad, aunque pueda servir para reparar a las víctimas de determinadas actuaciones. Sin embargo, no todos convienen en que el cambio estructural sea la función del derecho antidiscriminatorio – el objetivo que tienen que alcanzar o perseguir estas normas. La falta de acuerdo sobre la función del derecho antidiscriminatorio es un componente fundamental de inestabilidad política. Lo vemos, por ejemplo, en los debates sobre la perenne

exclusión de determinadas circunstancias o ejes de desigualdad que –no obstante, su fundamental papel en el ámbito de las políticas sociales de igualdad– no están considerados motivos de discriminación (como la clase social o el estatus migratorio). Siempre con más frecuencia –especialmente en el ámbito anglosajón– se plantea la cuestión de si el fundamento o el bien protegido por el derecho antidiscriminatorio es único o deberíamos pensar que diferentes categorías (como la discriminación directa y la discriminación indirecta, por ejemplo) responden a diferentes causas o protegen diferentes bienes jurídicos (Collins y Khaitan 2018).

La falta de un acuerdo sobre el fundamento y los objetivos del derecho antidiscriminatorio y sus categorías se explicita ulteriormente en los debates sobre su relación con los derechos humanos o su colocación en el ámbito de los derechos humanos. Para la crítica feminista del derecho antidiscriminatorio, la transformación estructural de las relaciones sociales, el contexto ético y normativo de la justicia social, y la relación estrecha entre las dimensiones cultural (o simbólica), social y económica de la desigualdad han sido ejes incontestables. Desde estos ejes que vertebran la comprensión de la igualdad y la discriminación –y, por tanto, la función del derecho antidiscriminatorio– es clara su relación con los derechos humanos y la crítica que desde estas posiciones se ha hecho tanto a los límites del derecho antidiscriminatorio como a los puntos ciegos del derecho de los derechos humanos (MacKinnon 2006). En la preocupación *mainstream* por la estabilidad del derecho antidiscriminatorio, sin embargo, la relación entre el derecho antidiscriminatorio y los derechos humanos es más controvertida. Sin negar la evidente importancia de la igualdad o de la prohibición de discriminación en el ámbito de los derechos humanos, la tendencia creciente a conectar el derecho antidiscriminatorio (especialmente la igualdad de género) con los derechos humanos lleva aparejada algunas implicaciones que podrían ser una fuente de inestabilidad. McCrudden (2011, p. 4), por ejemplo, señala el probable incremento de la discrecionalidad judicial, la posibilidad de conflictos entre la igualdad y otros derechos, o la necesidad de recurrir a los métodos de la proporcionalidad o de equilibrio (*balancing*).

La última dimensión de la inestabilidad del derecho antidiscriminatorio es lo que podríamos llamar *inestabilidad conceptual*. Está estrechamente ligada a la complejidad y al explicitarse de diversas intenciones en relación a la función u objetivos del derecho antidiscriminatorio. Parte de la doctrina feminista de la que hablábamos antes ha señalado problemas conceptuales en las categorías del derecho antidiscriminatorio desde sus inicios. Especialmente problemáticos han sido, desde el inicio, el papel de la simetría y de la intencionalidad en la definición de la discriminación y sus principales categorías, es decir, la discriminación directa y la discriminación indirecta. Esta distinción sigue siendo tan problemática al día de hoy que lo mismo se

pone en duda si se puede hablar de un único derecho discriminatorio para ambas (Collins y Khaitan 2018) que se discute si la división puede todavía sostenerse desde un punto de vista analítico (Fredman 2018).

También ha sido problemático el papel de la intencionalidad en la discriminación, su transformación en la noción de justificación y en los varios niveles de examen (*scrutiny*), además de los debates sobre la prueba de la discriminación, los medios aceptados para sustentar la prueba y la inversión de la carga. La prueba de la discriminación está además relacionada con uno de los elementos más controvertidos del derecho antidiscriminatorio desde la perspectiva crítica, a saber: la construcción del estándar de comparación adecuado, real o hipotético, respecto del cual se establece la desventaja sufrida por la persona demandante. Ambos elementos, el estándar de comparación adecuado y la desventaja han jugado un papel central en el debate sobre la interseccionalidad y la desigualdad compleja que veremos en el siguiente apartado.

Finalmente, la inestabilidad conceptual del derecho antidiscriminatorio resulta también del recurso a la dicotomía igualdad formal/igualdad sustantiva. La aparente simplicidad de esta pareja, omnipresente en la doctrina y en todo tipo de normas desde constituciones a directrices de implementación de políticas de igualdad, parece agotar el significado de la igualdad. La igualdad sustantiva es además, como veremos en el último apartado, la “huida hacia adelante” en la crítica al principio de igualdad, la solución preferida por su plasticidad y su capacidad para dotarse de casi cualquier significado: en las últimas décadas, la igualdad sustantiva ha sido el principio justificativo de conceptos e instrumentos como la discriminación indirecta, la igualdad de oportunidades, la acción positiva, el *mainstreaming* de género, el acomodo razonable y la interseccionalidad (Fredman 2016; McColgan 2014).

Frente a la inestabilidad conceptual del derecho antidiscriminatorio y las tensiones que producen las demandas heterogéneas de justicia social que se acogen en la idea de igualdad sustantiva, a veces se ha “parcheado” el derecho antidiscriminatorio con nuevas categorías para responder a situaciones que se percibían como injustas pero que no se consideraban protegidas por el derecho antidiscriminatorio. Categorías que, como la “discriminación por asociación” o la “discriminación por indiferenciación”, han tenido aplicaciones muy limitadas en el tiempo, a veces funcionales a la argumentación de un solo caso, dejando a la doctrina las dificultades de entender sus relaciones con las otras categorías y su posicionamiento en relación a los elementos operativos de la discriminación, como la prueba, los motivos de discriminación, o la justificación. En el reverso de la medalla tenemos las situaciones en las que una característica protegida se utiliza como

proxy para otro grupo creando combinaciones de discriminación borrosas que el derecho antidiscriminatorio no parece poder capturar correctamente y que, sin embargo, pueden tener efectos extremadamente perjudiciales (como la etnicización de las minorías religiosas, o el tratamiento a través del prisma religioso de las personas migrantes).

La inestabilidad conceptual del derecho antidiscriminatorio ha llevado a la doctrina a proponer el abandono o redimensionamiento de algunos elementos, o la incorporación de nuevas categorías. Entre las primeras propuestas están, por ejemplo, las que abogan por abandonar la protección basada en grupos (McColgan 2007) o el estándar de comparación relevante (*relevant comparator*) (MacKinnon 2016). Entre las segundas, McCrudden (2011), por ejemplo, propone repensar algunos conceptos legales básicos del derecho antidiscriminatorio: una vez que el derecho antidiscriminatorio ha superado los confines del empleo como foco o lugar privilegiado, podría ser necesario suplementar los actuales conceptos legales básicos –como por ejemplo el concepto mismo de discriminación– con conceptos legales adicionales, como por ejemplo el concepto de cuidados.

3. El desafío de la interseccionalidad al derecho antidiscriminatorio

Interseccionalidad es un término acuñado por Kimberlé Crenshaw en 1989. En las décadas transcurridas desde entonces, la interseccionalidad se ha convertido en una palabra de orden en las ciencias sociales (sociología, antropología, estudios de género, ciencias políticas, etc.) y en las políticas públicas, hasta el punto de considerarse, en sí misma, como un campo de estudio (Cho *et al.* 2013). La interseccionalidad no ha sido únicamente relevante desde el punto de vista cuantitativo; ha adquirido un estatus casi normativo en los estudios feministas, su “patrón oro” (Nash 2008, p. 2): cualquier investigación que no prestase la debida atención a la interseccionalidad correría el riesgo de ser considerada incorrecta desde el punto de vista teórico y políticamente dudosa. A pesar de ello, la interseccionalidad también se considera compleja, ambigua en su definición y ambivalente en los resultados de su aplicación, especialmente en relación con el derecho (Conaghan 2009). En la última década, podemos encontrar un número creciente de intervenciones críticas, específicamente en relación con el derecho (Conaghan 2009; Barrère 2010; Barrère y Morondo 2011; MacKinnon 2013; McColgan 2014; Schiek 2016), que plantean la necesidad urgente de reconsiderar el modo en el que concebimos la interseccionalidad y su papel.

En el ámbito del derecho antidiscriminatorio la interseccionalidad se entiende como la discriminación por más de un motivo cuando la contribución específica de cada uno de estos motivos es indiscernible (efecto sinérgico), o cuando los efectos totales de la discriminación se pueden apreciar únicamente teniendo en cuenta la combinación de dos o más motivos (efecto acumulativo) (Makkonen 2002, p. 9-14; Schiek 2018, p. 83).

La interseccionalidad, o quizás más exactamente los debates sobre la interseccionalidad, han sido un catalizador de la preocupación por la estabilidad del derecho antidiscriminatorio para la doctrina mayoritaria y para las instituciones mismas. Los motivos de discriminación protegidos se han incrementado. A las prohibiciones iniciales de discriminación por nacionalidad (de un Estado miembro) y por sexo se han unido cinco ulteriores motivos: la raza u origen étnico, la orientación sexual, la edad, la afiliación religiosa o creencias, y la discapacidad. La interacción entre estos motivos y la relación entre los motivos de discriminación con otras circunstancias de la vida de los miembros de grupos desaventajados que no son formalmente reconocidas como motivo de discriminación han jugado un papel relevante en el acercamiento a y la comprensión de las limitaciones del derecho antidiscriminatorio. Desde mitad de los años 2000, la discriminación múltiple y los problemas relativos a la intersección de los diferentes motivos de discriminación han sido objeto de una atención y un análisis creciente en Europa (Bell 2004; Verloo 2006; Burri y Schiek 2009; Schiek 2016 y 2018).

Uno de los aspectos de la interseccionalidad que ha llamado la atención de la doctrina ha sido precisamente su contribución a la inestabilidad técnica del derecho antidiscriminatorio. Como ya hemos mencionado anteriormente, las Directivas del año 2000 expandieron el ámbito del derecho antidiscriminatorio con cinco nuevos motivos de discriminación protegidos. Estas directivas difieren en varios aspectos en los niveles de protección que se prevén para estos cinco nuevos motivos de discriminación, entre ellos y por comparación la legislación existente en materia de discriminación por razón de sexo. El incremento de la actividad del TEDH en materia discriminatoria en la década de 2000 muestra también un desarrollo que difiere del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea en varios aspectos, aumentando así la dificultad para concebir el derecho a no sufrir discriminación en Europa en manera integrada y predecible.

Las dificultades técnicas asociadas a la discriminación interseccional son tales que la doctrina ha expresado en varios estudios sus dudas relativas a la capacidad del derecho antidiscriminatorio para ocuparse de la discriminación múltiple y de la interseccionalidad. En 2007 y 2009, es decir, en el momento álgido del debate sobre la interseccionalidad, la Comisión Europea encargó dos estudios (Bielefeldt 2007; Burri y Schiek 2009) en los

que se venía a concluir que no había una definición operativa de la discriminación múltiple entre los operadores del derecho, ni tampoco una posición definitiva con relación al estatus normativo de la discriminación múltiple. Aunque generalmente se consideraba el variado ámbito de aplicación de las directivas de igualdad europeas como el principal obstáculo a la hora de abordar la discriminación por múltiples motivos, hay que notar que, en la doctrina jurídica, persistía la duda sobre la utilidad práctica de introducir una prohibición específica de discriminación múltiple y/o interseccional (Grabham *et al.* 2009).

Con el afianzamiento del concepto de interseccionalidad en la literatura científica durante la última década, también la doctrina jurídica ha ido haciendo un esfuerzo para encontrar la manera de acomodar la reivindicación de numerosos grupos que, sin interseccionalidad, sentían que sus agravios resultaban invisibilizados o que la protección ofrecida por el derecho antidiscriminatorio era menor. Sin embargo, esta reflexión sobre la reivindicación de grupos o individuos pluridiscriminados u objeto de discriminación interseccional no ha superado algunos de los problemas operativos que se señalaban hace más de una década. La propuesta Directiva de igualdad de 2008 introducía la discriminación múltiple o interseccional como una categoría más, a la par de la discriminación directa o la discriminación indirecta; sin embargo, la paralización en la aprobación de esta norma no ha dado la ocasión de entender cómo habría funcionado en la práctica.

Los debates sobre la interseccionalidad han contribuido también en manera decisiva en la percepción de la inestabilidad política y conceptual del derecho antidiscriminatorio. Una buena parte de la literatura académica revela una preocupación relativa al impacto que las normas antidiscriminatorias podrían tener en las políticas de igualdad. Christopher McCrudden (2011), por ejemplo, se preguntaba si las mujeres en general, como colectivo, deben ser protegidas por el derecho antidiscriminatorio o si son sujetos más apropiados algunos tipos de mujeres: las mujeres con hijos, las mujeres con discapacidad, las mujeres de minorías étnicas o religiosas, etc. La interseccionalidad, así entendida, venía a alinearse en el ámbito jurídico con algunas propuestas de la filosofía política que –conectándose al debate sobre la interseccionalidad– habían usado esta noción en su crítica de las categorías totalizantes, como mujeres o género, para argumentar la necesidad de su superación. Si bien en el ámbito del derecho la categoría “mujeres” no se abandona por ser opresiva –como denunciaban las corrientes postmodernas del feminismo– la discriminación de las mujeres, en general, deja de considerarse un problema o no se presenta ya como una solución acertada. En cualquier caso, este tipo de enfoque a la interseccionalidad lleva a una contracción del ámbito del derecho antidiscriminatorio y a la fragmentación

del sujeto colectivo de la emancipación. En estos resultados de la interseccionalidad, la investigación jurídica ha resaltado los peligros de las jerarquías entre los grupos discriminados (Verloof 2006), la tendencia de las políticas de igualdad de la Comisión Europea a alimentar la competición política entre los grupos discriminados (Bell 2004; Morondo 2011), la falta de preocupación por la discriminación estructural (Verloof 2006) y el peligro de diluir el eje de género (Barrère 2010).

En relación con la inestabilidad política del derecho antidiscriminatorio, hay que tener en cuenta también un aspecto poco tratado desde las ciencias sociales, que parten generalmente de las experiencias de sujetos interseccionales, pero que tiene mayor relevancia entre las preocupaciones de la doctrina jurídica europea: los conflictos de derechos a no sufrir discriminación. Con el aumento de los motivos de discriminación protegidos aumenta también la posibilidad de conflictos entre derechos a no sufrir discriminación por diferentes motivos. No tenemos aquí el espacio para abordar el tema del conflicto de derechos a no sufrir discriminación y las diversas formas de resolución (Morondo 2017); baste notar que este tipo de conflicto –como mencionábamos más arriba– ha sustentado la desazón de estudiosas y redes de expertas ante los casos de desigualdad compleja y la falta de claridad en el derecho antidiscriminatorio para entender y resolver estos casos.

Finalmente, y ya en relación con la inestabilidad conceptual del derecho antidiscriminatorio, habría que examinar con mayor cuidado cuánta parte de la crítica y de las dificultades relativas al uso de la interseccionalidad –no sólo en cuanto categoría analítica en las ciencias sociales sino como instrumento jurídico– se debe a un encaje difícil o defectuoso entre este concepto y la comprensión dominante del concepto de discriminación, así como de sus categorías (Barrère y Morondo 2011).

Si bien en el ámbito del derecho en general, y del derecho antidiscriminatorio en particular, la discusión sobre la interseccionalidad está más limitada que en las ciencias sociales, no sería correcto pensar que exista, en el ámbito jurídico, una idea unívoca o al menos mayoritariamente aceptada de la interseccionalidad. Hay un amplio abanico de términos y etiquetas para acercarse a esta cuestión: hace ya 10 años Susanne Burri y Dagmar Schiek lo definieron un campo de minas (2009, p. 3) lo que muestra, en mi opinión, algunas dificultades relativas a la experiencia interseccional de discriminación en sí misma, que todos esos términos intentan capturar. La solución a esta cuestión, lejos de ser una mera disputa nominal, tiene una importancia central para algunos análisis de, y críticas a, la interseccionalidad (Fredman 2005; Conaghan 2009; Barrère y Morondo 2011).

Con la finalidad expresa de contener la inestabilidad que producen las demandas heterogéneas, la multiplicación de las categorías protegidas y las mayores posibilidades de conflictos de derechos a no sufrir discriminación que acompañan a la interseccionalidad y a sus debates, Dagmar Schiek ha avanzado una propuesta para crear un “*corpus* coherente de derecho antidiscriminatorio multicausal” (Schiek 2018, p. 86). Su propuesta reformula el derecho antidiscriminatorio, en dos pasos. Primero, le dota de un específico fundamento: la protección frente a la desventaja resultado de la “otredad adscrita” (*ascribed otherness*), que se impone frente a otras fundamentaciones posibles del derecho antidiscriminatorio, como por ejemplo la redistribución (Fredman 2011) o la inclusión (Arnardóttir 2007). Segundo, reorganizando los motivos de discriminación en torno a tres “nodos”: raza, género y discapacidad. La idea de “nodo”, con su centro y su órbita de motivos de discriminación unidos por un mismo fundamento, a diferencia de las diferentes formulaciones de la interseccionalidad, permite entender los conflictos y la superposición entre diferentes motivos. El fundamento del derecho antidiscriminatorio anclado a la “otredad” permite reconocer la naturaleza asimétrica de la discriminación.

Para Schiek, combinar la asimetría y la interseccionalidad es fundamental para evitar que la interseccionalidad termine siendo una multiplicación infinita de categorías identitarias que no distinguen las relativas posiciones de poder (Schiek 2018, p. 88). El resto de las reivindicaciones que se presentan al día de hoy bajo la etiqueta de la interseccionalidad (el estatus migrante, la clase social o la capacidad económica, la marginalidad social, etc.) deberían, para esta autora, ser redirigidas hacia el derecho social y el derecho del trabajo, en línea con la tradición welfarista de los Estados europeos (Schiek 2016). Hay que señalar que esta limitación de la función de derecho antidiscriminatorio reduce una dimensión de la interseccionalidad (la clase social y económica) que tenía un lugar fundamental en la teorización feminista original de la interseccionalidad, fuertemente connotada por la impronta antiburguesa y anticapitalista. Aunque las elaboraciones europeas actuales de la interseccionalidad han sido frecuentemente acusadas de olvidar la importancia que tiene la lucha antirracista en este concepto, se ha prestado mucha menos atención a la desaparición, y no únicamente en la teorización europea, del componente antiburgués de la teorización original de la interseccionalidad.¹⁰

¹⁰ El componente antiburgués y anticapitalista de la interseccionalidad está, sin embargo, muy presente en las reivindicaciones de los movimientos feministas, y por ende en la teorización de la interseccionalidad política en la acción de dichos movimientos. Para muestra sirva la versión del texto de «A la huelga» de Chicho Sánchez Ferlosio, coreado en la Huelga Feminista el 8 de marzo de 2018.

4. La desigualdad compleja y la igualdad sustantiva

La ampliación de los motivos de discriminación ha supuesto, como ya hemos visto, un reto notable para el derecho antidiscriminatorio europeo.¹¹ Como hemos dicho anteriormente, las dificultades para encajar las demandas de la interseccionalidad incidían sobre un marco normativo ya desestabilizado conceptualmente con relación a sus principales categorías (discriminación directa e indirecta) y elementos (simetría, comparación e intencionalidad); también estaba políticamente desestabilizado por la falta de consenso en relación con los fines que persigue o los bienes jurídicos que protege. Además, la interseccionalidad, como se iba desarrollando en las ciencias sociales, se consideraba demasiado compleja para la teoría jurídica (Conaghan 2009) y para la práctica del derecho (Fredman 2016; Schiek 2016). A diferencia de lo que ocurre en el derecho, donde la discriminación múltiple y la discriminación interseccional se discuten en torno a motivos de discriminación reconocidos como tales pero cuya interacción causa problemas operativos al derecho antidiscriminatorio, en las ciencias sociales la interseccionalidad se discute en relación a una multitud de circunstancias que no encuentran colocación entre los motivos del derecho antidiscriminatorio, especialmente la clase social y el estatus migrante.

Las condiciones de las personas que exceden los motivos de discriminación legalmente reconocidos pero que son parte de su identidad múltiple y afectan a sus experiencias de discriminación han entrado a veces en las políticas de igualdad e incluso en la argumentación judicial a través de otras categorías. Por ejemplo, en la última década la idea de vulnerabilidad ha sido utilizada tanto en las políticas de la Comisión Europea como en la argumentación de los tribunales para hacer frente a situaciones de interseccionalidad que no venían etiquetadas como tales.¹² En otras ocasiones, las circunstancias que exceden los parámetros de los motivos de discriminación se han resuelto a través de la idea de la contextualización, el recurso a la justicia del caso concreto y la equidad.¹³

En general, la doctrina del derecho antidiscriminatorio ve con preocupación la posibilidad de seguir expandiendo los motivos de discriminación legalmente reconocidos para acoger diversas circunstancias que componen la identidad múltiple de sujetos que sufren discriminación

¹¹ Lo supuso también para el derecho antidiscriminatorio estadounidense como muestra el análisis pionero de Crenshaw sobre la interseccionalidad (1989) pero también los análisis que se han ido subsiguendo tanto en este país como en otros que se han enfrentado también a los problemas planteados por la interseccionalidad, especialmente Canadá y Reino Unido. Ver, por ejemplo MacKinnon (2013 y 2016).

¹² TEDH Caso no. 47159/08 *B.S. v. Spain*, de 24 de julio de 2012.

¹³ ECJ Asunto C-303/06 *Coleman v. Attridge Law* [2008] ECR I-05603.

interseccional. Un exceso de motivos de discriminación protegidos representa un peligro porque produce una proliferación de categorías protegidas cada vez más fragmentadas y una hiperinflación de normas antidiscriminatorias, con su consecuente impacto en la complejidad del sistema y en lo que hemos llamado inestabilidad técnica. La fragmentación de las normas antidiscriminatorias, en base además a la acción política de grupos de activismo, puede dificultar o incluso inhibir el análisis estructural (Schiek 2018, p. 86).

Además, parte de la jurisprudencia y de la doctrina apuntan a un problema incluso más grave que la complejidad técnica. La multiplicación de los motivos o de los grupos o categorías protegidos no puede resolver el problema que plantea la interseccionalidad porque la unidimensionalidad del derecho antidiscriminatorio no es un problema cuantitativo (que pueda compensarse con más categorías) sino un problema cualitativo, referido a las características y la estructura del derecho antidiscriminatorio.

Esto se ve claramente del análisis de la jurisprudencia americana en materia. Me permito volver brevemente sobre un análisis que ya he abordado en otra ocasión (Morondo 2016, p. 490-4): En el caso *DeGraffenreid v. General Motors* que Crenshaw exponía para explicar la interseccionalidad, las empleadas negras intentaban mostrar que el sistema de ancianidad usado para determinar el orden de los despidos las discriminaba puesto que la política de contratación de la General Motors las había discriminado en el momento de la asunción; eran las primeras en ser despedidas porque habían entrado las últimas, después de los hombres negros y de las mujeres blancas. Se encontraron, sin embargo, que no podían establecer un caso de discriminación racial (porque la discriminación no afectaba a los hombres negros) ni un caso de discriminación sexual (por no afectaba tampoco a las mujeres blancas). Al fijarse, como lo ha hecho gran parte de la doctrina, en que las empleadas de la General Motors sufrían una discriminación indiscernible si no se tenían en cuenta a la vez el sexo y la raza, se ha sacado la conclusión de que la discriminación sufrida era una forma distinta o distintiva de discriminación de las mujeres negras (porque no la experimentaban ni los hombres negros ni las mujeres blancas). El tribunal del caso *DeGraffenreid* rechazó la idea de crear una “super acción legal” para ellas que combinara raza y sexo, temeroso del efecto “caja de Pandora” que podría tener la creación de categorías protegidas de subgrupos, y las demandantes quedaron desprotegidas ante la discriminación sufrida. Pareciera, por ello, que ante una discriminación distinta la solución es una nueva categoría protegida: las mujeres negras deberían formar un grupo separado y único de cara al derecho antidiscriminatorio. Sin embargo, pocos años después se presentó una situación similar, el caso *Jefferies*, en el que el tribunal sí que admitió que las mujeres negras constituían (o podían constituir) una categoría distinta y

que el hecho de que la empresa no discriminase a los hombres negros o a las mujeres blancas era irrelevante a la hora de determinar si el empleador discriminaba o no contra las mujeres negras. Pero entonces, como recuerda Catharine MacKinnon, “una nota a pie de página tuvo un ataque de nervios”: ¿hasta dónde se podía seguir creando nuevas categorías sin llegar al carácter único de cada individuo?” (MacKinnon 2103, p. 1021). Los tribunales consideraron sucesivamente que era necesario contener esta “Hidra de múltiples cabezas”, limitando a dos los motivos de discriminación.¹⁴

Contener la interseccionalidad en solo dos ejes produce un efecto artificial y paradójico: “cuanto más difiera una persona de la norma, más probable será que experimente discriminación múltiple y menos probable será que pueda conseguir protección” (Fredman 2005, p. 12). Y esto será así tanto si se difiere por la acumulación o interacción de motivos de discriminación protegidos como si se difiere en base a combinaciones de motivos protegidos con circunstancias no consideradas, en principio, motivos de discriminación (como, por ejemplo, tener hijos en edad preescolar, haber estado en la cárcel o en un programa de desintoxicación, estar en situación irregular o vivir por debajo del umbral de la pobreza).¹⁵

El problema que la interseccionalidad plantea al derecho antidiscriminatorio es que “[c]ualquier categoría, por muy ajustada que sea su definición, hace asunciones sobre las restantes características del grupo que no tienen en cuenta a los miembros de ese grupo que no tienen esas características” (Katherine Barlett en McColgan 2007, p. 85). Para parte de la doctrina jurídica, la solución del problema que plantea la interseccionalidad no radica pues en aumentar las categorías protegidas y, en mi opinión, tampoco resulta fundamental el que se incluyan ulteriores prohibiciones de discriminación interseccional; es decir, que se incluya la discriminación interseccional como una categoría más junto con la discriminación directa y la discriminación indirecta. Lo que resulta fundamental es detectar qué es lo que en el derecho antidiscriminatorio impide proteger a las personas cuanto más difieran de la norma, del privilegio, cuanto más probable sea que se vulnere su derecho a la igualdad.

Entre la doctrina del derecho antidiscriminatorio que se ha enfrentado a los problemas planteados por la interseccionalidad o por las

¹⁴ *Judge v. Mash*, 649 F. Supp. 77 (D.D.C. 1986). Desde principios de los años setenta existía en Estados Unidos la doctrina de la discriminación “Sex plus” que prohibía la discriminación contra determinados subgrupos de mujeres (mujeres casadas o mujeres con hijos en edad preescolar, por ejemplo).

¹⁵ Muchas de estas circunstancias pueden aparecer en normas específicas que prohíben la discriminación contra subgrupos determinados, o que los consideran específicamente en la implementación de políticas o programas de igualdad o contra la exclusión.

situaciones de desigualdad compleja se presentan soluciones que, por una parte, repliegan en el uso de la discriminación interseccional en sentido jurídico (como hemos visto en el apartado anterior) y que, por otra parte, abren el foco de la interseccionalidad en un marco más amplio, que se identifica con la igualdad sustantiva. Sin embargo, el recurso a la igualdad sustantiva como solución está lejos de ser sencillo o de producir resultados que den estabilidad al derecho antidiscriminatorio. Al contrario, la noción de igualdad sustantiva puede enconar todavía más –porque lo hace más visible– el desacuerdo político sobre el derecho antidiscriminatorio, la inestabilidad política de este *corpus*. Además, siendo la igualdad sustantiva una noción de largo y controvertido recorrido, su significado está también permeado de discusiones que no permiten imaginar que su mera invocación pueda resolver la inestabilidad conceptual del derecho antidiscriminatorio.

Una de las propuestas más avanzadas sobre la igualdad sustantiva en este sentido es la de Sandra Fredman (2016) que apuesta por el desarrollo de la igualdad sustantiva como marco analítico para iluminar mejor la naturaleza multidimensional de la desigualdad y sustentar la identificación de las acciones, prácticas o instituciones que impiden o promueven la igualdad. El marco está desarrollado sobre cuatro dimensiones para poder poner el foco sobre las interacciones y las sinergias entre ellas, sin establecer jerarquías *a priori*. Las cuatro dimensiones del marco de finalidades y objetivos de la igualdad sustantiva serían, según Fredman, las siguientes: remediar la desventaja; contrarrestar el prejuicio, el estigma, los estereotipos, la humillación y la violencia basadas en una categoría protegida; aumentar la voz y la participación para contrarrestar la exclusión política y social; y acomodar la diferencia y lograr el cambio social (Fredman 2016, p. 727). Otras autoras, como Aileen McColgan (2007) o Oddný Arnardóttir (2007) han mostrado también transiciones parciales o potenciales en la jurisprudencia antidiscriminatoria europea hacia modelos de igualdad sustantiva, aunque estas transiciones sean ambiguas o inconstantes, y se refieran a menudo a aspectos parciales del derecho antidiscriminatorio como, por ejemplo, la cuestión de la prueba de la discriminación y la inversión de la carga (McColgan 2007, p. 93-94), la contextualización del examen de los casos o la introducción de la obligación de acomodo razonable (Arnardóttir 2007, p. 148 y 155). La igualdad sustantiva es, al día de hoy, un horizonte que –como la interseccionalidad– nos muestra los límites del derecho antidiscriminatorio tal y como lo conocemos, contribuyendo así a su inestabilidad política y conceptual. Si bien esta inestabilidad, este “reventar por las costuras” del derecho antidiscriminatorio, es una fuente de preocupación para la doctrina mayoritaria, es también posible verlo como una oportunidad, como el “punto hemorrágico” de Celia Amorós que nos brinda la ocasión para irracionalizar un sistema que se resiste a abordar la raíz del problema, que no es otro que el carácter estructural de la opresión de los grupos.

Conclusiones

Este capítulo ha examinado la preocupación de la doctrina europea por la estabilidad del ámbito del derecho antidiscriminatorio europeo. En lo específico, me he acercado a la inestabilidad del *corpus* antidiscriminatorio desde la perspectiva de la interseccionalidad y otras instancias de lo que podría denominarse desigualdad compleja.

El derecho antidiscriminatorio en Europa, y especialmente en la Unión Europea, experimenta desde hace ya tiempo dificultades y retos que han suscitado la preocupación de la doctrina mayoritaria, que añade así sus propuestas de cambio a las que llevan proponiendo desde hace varias décadas las estudiosas del derecho antidiscriminatorio que se identifican con posiciones feministas y de teoría crítica del derecho. La inestabilidad del derecho antidiscriminatorio no es, por tanto, un fenómeno nuevo, pero la introducción de múltiples motivos de discriminación con las Directivas antidiscriminatorias de 2000 y los debates sobre la interseccionalidad han contribuido a ponerla de manifiesto. La inestabilidad del derecho antidiscriminatorio se aprecia en diferentes dimensiones: técnica, política y conceptual.

La interseccionalidad y los fenómenos de desigualdad compleja contribuyen a desestabilizar el derecho antidiscriminatorio en todas las dimensiones. Contribuyen seguramente a la inestabilidad técnica porque se multiplican los instrumentos antidiscriminatorios y estos no son homogéneos, ni en lo referido al ámbito de aplicación ni en la interpretación de sus categorías. La pluralidad de fuentes, la diversidad de la jurisprudencia y las diferentes técnicas aplicables a los diferentes motivos de discriminación y a los ejes de desigualdad que no son considerados formalmente parte del derecho antidiscriminatorio han marcado la percepción de la inestabilidad y los límites del derecho antidiscriminatorio entre la doctrina europea. La interseccionalidad y los fenómenos de desigualdad compleja contribuyen a la inestabilidad del derecho antidiscriminatorio también en sus dimensiones políticas y conceptuales, porque revelan y cuestionan premisas referidas a la función del derecho antidiscriminatorio, a los bienes jurídicos que protegen, a la coherencia intrasistémica de las diferentes categorías del derecho antidiscriminatorio (discriminación directa e indirecta, acción positiva, obligaciones de acomodo razonable) y de sus elementos definatorios (la comparación, la desventaja, la intencionalidad, la justificación) y a la compatibilidad con otros regímenes de justicia social, especialmente las políticas de igualdad y las garantías de los derechos humanos.

Bibliografía

- Arnardóttir, Oddný Mjöll (2007): «Non-discrimination in international and European law: Towards substantive models», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 25, p. 140–57.
- Barrère Unzueta, María Ángeles (2010): «La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administración Pública* 87-88, p. 225–52.
- Barrère Unzueta, María Ángeles (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: IVAP/Civitas.
- Barrère Unzueta, María Ángeles y Dolores Morondo Taramundi (2011): «Subordinación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 45, p. 15–42.
- Bell, Mark (2004): *Critical Review of Academic Literature Relating to the EU Directives to Combat Discrimination*. Bruxelles: European Commission.
- Bielefeldt, Hanne (2007): *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*. Brussels: European Commission.
- Burri, Susanne y Dagmar Schiek (2009): *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?* Brussels: European Commission.
- Cho, Sumi, Kimberlé W. Crenshaw y Leslie McCall (2013): «Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis», *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38, p. 785–810.
- Collins, Hugh y Tarunabh Khaitan (2018): «Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions», en H. Collins and T. Khaitan edtr., *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland: Hart Publishing, p. 1-30.
- Conaghan, Joanne (2009): «Intersectionality and the feminist project», en E. Grabham, D. Cooper, J- Krishnadas, D. Herman edtr., *Intersectionality and Beyond. Law power and the politics of location*, Abingdon: Routledge-Cavendish, p. 21-48.
- Craig, Paul y Gráinne De Búrca (1998): *EU Law. Text, Cases and Materials*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press.
- Crenshaw, Kimberlé W. (1989): «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Policy», *University of Chicago Legal Forum* 140, p. 139–67.
- FRA (European Union Agency for Fundamental Rights) (2018): *Handbook on European non-discrimination law* [en línea]. Disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf [Acceso 4 noviembre 2019]
- Fredman, Sandra (2018): «Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide?», en H. Collins and T. Khaitan edtr., *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland: Hart Publishing, p. 31-55.
- Fredman, Sandra (2016): «Substantive equality revisited», *I·Con* 14:712–38.

- Fredman, Sandra (2005): «Double Trouble: Multiple discrimination and EU law», *European Anti-Discrimination Law Review* 2, p. 13–8.
- Gianformaggio, Letizia (2005): *Eguaglianza, donne e diritto*, editado por Alessandra Facchi, Carla Faralli y Tamar Pitch. Bologna: Il Mulino.
- Grabham, Emily, Davina Cooper, Jane Krishnadas, Didi Herman edtr. (2009): *Intersectionality and Beyond. Law power and the politics of location*. Abingdon: Routledge-Cavendish.
- Holtmaat, Rikki (1989): «The Power of legal Concepts: The Development of a Feminist Theory of Law», *International Journal of the Sociology of Law* 1989, p. 481–502.
- Khaitan, Tarunabh (2015): *A theory of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press.
- Lacey, Nicola (1987): «Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective», *Journal of Law and Society* 14, p. 411–21.
- MacKinnon, Catharine A. (2016): «Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman», *I·Con* 14, p. 739–46.
- MacKinnon, Catharine A. (2013): «Intersectionality as Method: A Note», *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38, p. 1019–30.
- MacKinnon, Catharine A. (2006): *Are Women Human? And Other International Dialogues*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Makkonen, Timo (2002): *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Turku: Åbo Akademi University.
- McColgan, Aileen (2014): *Discrimination, Equality and the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- McColgan, Aileen (2007): «Reconfiguring discrimination law», *Public Law* 2007, p. 74–94.
- McCrudden, Christopher (2011): «Introduction. Thinking the Unthinkable?», *European Gender Equality Law* 1, p. 3–5.
- Morondo Taramundi, Dolores (2017): «To discriminate in order to fight discrimination: Paradox or abuse?», en S. Smet y E. Brems edtr., *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights. Conflict or Harmony?*, Oxford: Oxford University Press, p. 112-129.
- Morondo Taramundi, Dolores (2016): «La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio», en MC. La Barbera y M. Cruells López edtr., *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 481-500.
- Morondo Taramundi, Dolores (2011): «Un caffè da Starbucks: Intersezionalità e disgregazione del soggetto nella sfida al diritto anti-discriminatorio», *Ragion Pratica* 37, p. 365–84.
- Nash, Jennifer (2008): «Rethinking Intersectionality», *Feminist Review* 89, p. 1–15.
- Neuvonen, Paivi Johanna (2015): «‘Inequality in Equality’ in the European Union Equality Directives: A Friend or a Foe of More Systematized Relationships between the Protected Grounds?», *International Journal of Discrimination and the Law* 15, p. 222–40.

- O'Connell, Rory (2009): «Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR», *Legal Studies* 29, p. 211–29.
- Schiek, Dagmar (2018): «On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU)», *International Journal of Discrimination and the Law* 18, p. 82–103.
- Schiek, Dagmar (2016): «Revisiting intersectionality for EU anti-discrimination law in an economic crisis – A critical legal studies perspective», *Sociologia del diritto* 2, p. 23–44.
- Tobler, Christa (2013): «The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the *Mangold* Approach», en A. Rosas, E. Levits, y Y. Bot edtr., *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, The Hague: Asser/Springer, p. 443-67.
- Tobler, Christa (2014): «Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 74, p. 521–61.
- Verloo, Mieke (2006): «Multiple inequalities, intersectionality and the European Union», *European Journal of Women's Studies* 13, p. 211–28.