

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

A vueltas con la interseccionalidad en casos de discriminación por motivos de origen nacional y estereotipos racistas: especial referencia al caso *Biao c. Dinamarca*

ENCARNACIÓN LA SPINA¹

1. Algunas cuestiones preliminares sobre las categorías teóricas de discriminación y el enfoque interseccional

Durante los últimos años, los adjetivos que acompañan, matizan, completan e incluso hacen más compleja una realidad discriminatoria han sido objeto de abundante análisis, clasificación y revisión crítica (Barrère y Morondo 2011; Morondo 2016a; Rey 2017; Collins y Khaitan 2018). Entre la amplia proliferación de revisiones y enfoques, actualmente quizás el origen del concepto de discriminación múltiple/interseccional es uno de los extremos teóricos que aglutina mayor interés. Básicamente porque en sociedades plurales y en constante transformación es la interseccionalidad o la perspectiva interseccional la que pone el énfasis en la coexistencia de varios motivos de discriminación que si operan conjuntamente dejan en una situación de invisibilidad supuestos claros de discriminación porque los mecanismos tradicionales para identificar tales supuestos y luchar contra ellos resultan inadecuados u obsoletos. El dinamismo y la complejidad de las desigualdades sociales hace de la interseccionalidad, una perspectiva analítica necesaria para afrontar la “obsolescencia programada” de las categorías clásicas de discriminación en sociedades más plurales y complejas. Precisamente, Kimberlé Crenshaw (1993) una de las precursoras más representativas de la introducción de un enfoque interseccional en el ámbito jurídico, político e institucional, especialmente dentro de las teorías feministas y antidiscriminatorias, ha destacado su importancia como un concepto de uso práctico para analizar ciertas omisiones jurídicas y descifrar posibles

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de un contrato de investigación posdoctoral en la Facultad de Derecho y el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, referencia RYC 2016-19465 del Programa Ramón y Cajal del Ministerio de Economía y Competitividad. 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. Email: elaspina@deusto.es

interacciones “interseccionales” entre los sistemas de subdiscriminación de género, orientación sexual, etnia, religión, origen nacional, discapacidad y situación socioeconómica.

Así pues, el enfoque interseccional adquiere sentido porque “dinamiza” y va más allá de una visión clásica que ofrece una versión parcial, formalista o simplista del fenómeno discriminatorio según la cual los diversos factores de discriminación (sexo, origen étnico, orientación sexual, condiciones personales y sociales) actúan separadamente sobre los individuos negando así la existencia de desigualdades complejas en su trasfondo. De hecho, entre las novedades y aportes críticos de este enfoque analítico cabría destacar: 1) el foco de atención en la heterogeneidad del sujeto o sujetos que se encuentran en el cruce entre distintos sistemas de discriminación y cuya experiencia de subordinación no pueda ser explicada usando las categorías de clasificación social aisladamente; 2) La consideración de la simultaneidad de diferentes factores de discriminación; 3) La crítica a los efectos paradójicos de análisis, intervenciones y políticas públicas basadas en un eje único de discriminación (La Barbera 2016; Bello 2015; Nash 2008).

Como contrapartida a la modalidad y al tiempo de interacción de los diferentes factores de discriminación, la doctrina ha subdividido las discriminaciones múltiples en diferentes categorías. Todas ellas no pacíficas ni en cuanto a su significado ni a su significación: ordinaria, adicional, compuesta, acumulativa, cumulativa e interseccional. Precisamente, por esta razón Fernando Rey (2008) critica la profusión de términos y la ambigüedad del concepto de discriminación múltiple/interseccional cuya génesis está sujeta aún a día de hoy a severas críticas respecto a las diferencias y ciertas limitaciones terminológicas existentes por la falta de equivalencias con el lenguaje jurídico anglosajón. Una crítica que también es compartida por Mackinnon (2013) y Makkonen (2002), este último autor prefiere referirse a doble o triple discriminación y, no tanto múltiple en casos de discriminación acumulativa por sus mayores connotaciones cuantitativas y, en menor grado por su necesaria interacción.

Más allá de tales disquisiciones terminológicas, el concepto de discriminación múltiple interseccional *stricto sensu* no está exento de limitaciones (Verloo 2006; Nash 2008). Unas limitaciones asociadas a las llamadas “trampas adicionales” que puede reportar su identificación. De ahí la insistencia en observar ciertas cautelas analíticas desde una perspectiva crítica interseccional como las apuntadas por Morondo y Barrère (2011). Ambas autoras se muestran reacias especialmente a usar el concepto “solo para crear nuevas categorías esencialistas, identitarias de protección y exclusivistas para unas víctimas que lo son de forma presunta”. Además, genera una deriva interminable de nuevas categorías interseccionales

homogéneas y la jerarquía excluyente entre grupos o factores protegidos. Unas categorías y presunciones que acaban generando un perverso falso positivo o negativo y, que evitan la constatación de desigualdades complejas como hecho empíricamente observable. Precisamente, la necesidad de un enfoque interseccional y un análisis estructural de las discriminaciones va más allá al permitir tratar de neutralizar sus efectos y evitar que en la práctica jurisprudencial puedan retroalimentarse o reproducirse *sine die*.

Sobre los efectos de la no neutralización de factores de discriminación interseccional en la práctica del Tribunal europeo de Derechos Humanos sobre inmigración familiar (Nicholson 2018), esta propuesta hace una selección de tres sentencias en supuestos de reagrupación familiar (art. 8 y 14 CEDH). Dicha selección abarca el caso Abdulaziz, Cabales, Balkandali conocido como *ABC* (1985) y otro más reciente, tras un amplio paréntesis temporal, que ha vuelto a aflorar con el caso Biao en primera y segunda instancia (2014-2016). En este último, se desaprovecha una ocasión de “reventar las costuras”, parafraseando a Morondo (2016a) en supuestos de discriminación por origen nacional, lugar de nacimiento, roles intrafamiliares por motivos de género y estereotipos racistas.

2. Antecedentes sobre factores de discriminación admitidos en contextos de inmigración familiar: caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. UK* 1985

Una de las primeras ocasiones en las que el Tribunal de Estrasburgo se enfrenta a una pretensión propia de admisión de familiares fundamentada en el artículo 8 del Convenio se produce en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985.² Si bien siempre se ha considerado un precedente tal y como analiza Dembour (2015, p. 96) no lo es dado que existen dos anteriores casos, que llegaron a la Comisión para su posible admisión, también contra el Reino Unido. Se trata del caso *Alam and Khan contra el Reino Unido*³ y otro que no fue admitido *H.S. contra el Reino Unido*.⁴ Ambos asuntos planteaban una denegación de la autorización de reagrupación familiar entre progenitor e hijo de trabajador inmigrante en el Reino Unido, pero con diferente edad, en el caso *Alam and Khan* era un menor migrante y en el segundo caso ya había alcanzado la mayoría de edad. Son los

² Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali/ Reino Unido* (Series A n° 94) apartados 60-69. El pronunciamiento del Tribunal fue unánime.

³ *Alam and Khan v. United Kingdom* appl. 2991/65 PCom Report (EComHr), 17 de diciembre de 1968.

⁴ *H.S. v. United Kingdom*, appl. 2992/66, Decision EComHr, 15 July 1967, document D 20224.

dos el preludio del caso conocido como *ABC* y en los que ya la Corte europea prefijaba como principio asertivo que los Estados tienen el derecho de controlar la entrada y residencia de las personas inmigrantes en su territorio, por tanto, lo equivalente a una suerte de prerrogativa para excluir bajo el principio de soberanía a miembros de una misma familia. Sin embargo, tal y como, pondrá de manifiesto la resolución del caso con el engarce en el artículo 14 y 8 de la Convención, una cosa es la soberanía del Estado y otra muy diferente una completa o total discrecionalidad a la hora de obligar a la “dislocation” de las familias migrantes para prevenir la reagrupación familiar en otros países (Dembour 2015, p. 99).

Más si cabe cuando a diferencia de los mencionados precedentes, resulta más evidente, para justificar dicha “dislocation” activar un proceso de estereotipización de la familia migrante, en el supuesto de hecho de las tres unidades familiares protagonistas del caso *ABC*. De forma sintética, se trata de tres residentes legales en el Reino Unido que contraen matrimonio en su país de origen y a cuyos maridos se niega la residencia en el Reino Unido como consecuencia de la aplicación de las leyes reguladoras de la inmigración. Tanto en el caso del Sr. Abdulazizi que es de origen indio, como el del Sr. Cabales originario de Filipinas, sus respectivas esposas no tienen ciudadanía del Reino Unido porque no han nacido en el país ni sus padres tampoco, mientras que el señor Balkandali aun siendo de Egipto, sí es un ciudadano británico. Los recurrentes alegan que esa negativa a la reagrupación con sus respectivas esposas implicaba una injerencia ilícita de las autoridades británicas en su vida familiar, al ser un impedimento para la misma. El TEDH mantuvo que los controles nacionales de inmigración deben ejercitarse de acuerdo con el Convenio europeo de Derechos Humanos, por lo que las medidas de inmigración, que permitían a las esposas, pero no a los maridos de residentes permanentes entrar para reunirse con sus cónyuges, violaban el artículo 14 junto con el artículo 8 del Convenio al ser una discriminación del derecho al respeto de la vida familiar (Arnardóttir 2017). Sin embargo, en esta lógica argumental, el mismo Tribunal no llegó a considerar que las medidas de inmigración supusieran una discriminación por motivos de raza o nacimiento, ni que constituyeran un tratamiento inhumano o degradante en violación del artículo 3 CEDH. Máxime si como argumenta Dembour (2004, p. 104) en el caso de Abdulaziz como Cabales había motivos para apreciar discriminación por origen racial y no solo por sexo, así como en el caso de Balkandali, discriminación entre nacionales británicos por nacimiento, además de por sexo. De ahí que esta misma autora calificara de logro agridulce este *leading case*, porque si bien dio un paso hacia la difícil conjunción en términos de derecho antidiscriminatorio entre el artículo 14 (O’Connell 2009) y el 8 del Convenio, permitiendo confirmar que las leyes reguladoras de inmigración en el Reino Unido generaban un trato discriminatorio por razón de género, no fueron más allá a nivel argumentativo ni advirtieron sobre los

riesgos de clasificaciones internas en el acceso a la nacionalidad y las situaciones de desigualdad entre los miembros de una misma familia. Esta cuestión no resuelta posteriormente llevaría a legitimar discriminaciones étnico-raciales como las planteadas en el caso *Biao v. Dinamarca*.

Si se analiza la lógica del Tribunal en la década de los ochenta para la resolución del caso se observa cómo ha sido totalmente otra. Esto es, se limitó a plantear el análisis de dos cuestiones preliminares sobre el contenido y alcance de las obligaciones positivas del Estado derivadas del artículo 8 CEDH. En primer lugar, el derecho a la vida familiar presupone que la familia existe y protege el derecho de fundarla, requisito que se cuestiona en este caso por no tener previamente una familia que hubieran tenido que dejar hasta el reconocimiento de su derecho. Si bien, en todo caso, indirectamente se ve condicionada la residencia legal de una persona al factor temporal de constitución de la familia o lo que es lo mismo a la circunstancia de su soltería. Y, en segundo lugar, se subraya que en ningún caso se puede interpretar el citado artículo como una obligación general de los Estados de respetar la elección de las parejas casadas a la hora de fijar su domicilio común y de aceptar la residencia de los cónyuges no nacionales. Es más, es necesario probar “la existencia de obstáculos que les impidan desarrollar una vida familiar en su propio país o en el de su cónyuge o razones especiales por las que no se pueda esperar que opten por esta solución”. Aquí traspiran dos formas de estereotipización que pesan sobre las trabajadoras migrantes como cabezas de familia o miembros de una familia. Se presume que han provocado o elegido libremente la separación de la familia por lo que son responsables de su acción y decisión. E, incluso si la familia es un valor fundamental para las familias migrantes, para evitar la “dislocation” toda la familia puede volver al país de origen salvo que hay obstáculos insalvables que lo impidan o no aconsejen.

En cambio, resulta más pacífica su argumentación con respecto a otros derechos garantizados por el Convenio (Santolaya 2004, p. 92), al considerar que la diferencia de trato a efectos de reagrupación entre hombres y mujeres con sus respectivos cónyuges en la normativa y la práctica británica, sería constitutiva de una desigualdad formal y una vulneración clara del artículo 14 CEDH. Según los fundamentos jurídicos de la sentencia este artículo no tiene una “existencia independiente”, y se aplica solamente al disfrute de los derechos salvaguardados por otros derechos dentro del Convenio. De ahí que bajo el artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria solo si “no tiene un objetivo y una justificación razonables”, si no persigue un “propósito legítimo”, o si no existe “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el propósito buscado al realizarla”.

Sobre esta base, el Tribunal determinaría que las normas de inmigración en cuestión no discriminaban por motivos de raza sino por sexo dado que las provisiones de inmigración no contenían, a primera vista o directamente –en términos aproximativos o especulativos–, distinciones entre personas basándose en su raza u origen étnico, sino normas en las que se exigía que las decisiones se tomaran sin tener en cuenta tales extremos. Así el Tribunal consideró que “la norma de ascendencia del Reino Unido”, que exige que la esposa del solicitante haya nacido o que uno de sus padres haya nacido en el Reino Unido, no favorece a personas de un origen particular, sino que fue diseñada para beneficiar a personas con conexiones estrechas con el Reino Unido y de paso prevenir los llamados matrimonios falsos. En esta misma línea finalmente fueron esgrimidas “razones sociales persuasivas generales para que un Estado concediera un tratamiento especial a aquellos nacionales cuya conexión con un país proviene de haber nacido dentro del mismo”. La justificación y objetividad de la previsión normativa era: 1) proteger el mercado laboral doméstico, en el cual los inmigrantes hombres tienen un mayor impacto; y 2) asegurar la tranquilidad pública, dada la tensión que origina la inmigración en la sociedad (Arturo 2005, p. 19).

Sin embargo, ambas “razones objetivas” tenían como objeto medidas de control preventivo sobre los posibles efectos o riesgos derivados de la admisión de estos familiares. En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos más o menos explícitamente abraza y refuerza al modelo de familia migrante estereotipado basado en distinciones de género entre rol productivo y reproductivo en el seno familiar, pero sin tener en cuenta los estereotipos racistas atribuidos a posibles “falsos” cónyuges por su diferente nacionalidad de origen. De hecho, *Abdulaziz Cabales and Balkandi v. UK* parte de asunciones normativas y estereotipadas sobre el rol de la mujer migrante con sus familias que se atribuyen por el hecho de ser mujeres. La imposición de condiciones más estrictas solo para mujeres que quieren solicitar la reunificación de sus esposos o novios y no para los solicitantes hombres justifica su no compatibilidad con la letra del artículo 8 y 14 bajo el argumento débil y no contrastado que “los hombres causarían mayor impacto que las mujeres migrantes en el mercado laboral nacional”. De hecho, según la OIM⁵ son las mujeres migrantes aquellas que inician su trayectoria migratoria en solitario y pueden tener mayor incidencia en el mercado laboral nacional en aquellos sectores de empleo más informales y precarizados no cubiertos por la

⁵ La Organización Internacional de las Migraciones resume las tendencias migratorias mundiales claves sobre la base de estadísticas recientes, dando a conocer 21 indicadores en relación a 17 temas migratorios: la migración laboral, los refugiados, los estudiantes internacionales, las remesas, el tráfico de migrantes, la gobernanza migratoria, menores, opinión pública, entre otros. Respecto al 2020, se puede consultar tales indicadores y datos estadísticos en la versión [en línea], disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020_es.pdf [Acceso 3 agosto 2020].

población autóctona como son el cuidado o la asistencia en el hogar. Dicho argumento desnortado y anacrónico en la actualidad tiene como base un estereotipo racista sobre los roles de género, dado que la verdadera razón subyacente para establecer la diferencia de trato en contextos de inmigración familiar y la neta prioridad de un rol frente al otro, es el temido acceso al mercado de trabajo o el desempleo de trabajadores autóctonos. Por tanto, el *leit motiv* de la reagrupación familiar de cónyuges varones está sujeto a cuestionamiento y prejuicios al ponerse en duda que sea el verdadero fin perseguido el desarrollo de la vida conyugal y familiar en el país de origen de la reagrupante en este caso como “dependiente” y no como agente productivo por su rol de género.

3. Veinte años después, un nuevo intento fallido de activación del art. 14 CEDH por motivos de discriminación racial: caso *Biao c. Dinamarca* 2014

La Sección Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de *Biao contra Dinamarca del 25 de marzo de 2014*⁶ conoce sobre una denegación de una solicitud de reagrupación familiar *stricto sensu* a la familia Biao (cónyuge e hijo) en Dinamarca, debido a que no siendo familiares de ciudadanos daneses de origen no cumplían con los criterios de lo que se conoce como el “requisito de arraigo” de la normativa danesa. Una amplia mayoría del Tribunal de Estrasburgo no encontraba ninguna violación de la prohibición de la discriminación en relación con el derecho a la vida familiar y por ende tampoco consideraba posible una violación del artículo 8 por la denegación de la autorización de residencia. El Sr. Biao es un ciudadano danés naturalizado, originario de Togo, y su mujer Biao es una ciudadana de Ghana. Ambos viven en Suecia con su hijo de 9 años de edad que tiene la nacionalidad danesa al igual que su padre. El demandante llegó a Dinamarca en 1993, después de haber pasado 15 años en Ghana por lo que, cumplidos 9 años en Dinamarca, se le concedió la nacionalidad danesa en 2002. En 2003, una semana después de su matrimonio, la Sra. Biao solicitó un permiso de residencia en Dinamarca, que fue rechazado por la autoridad de Extranjería danesa por no cumplir con el requisito de que una pareja que solicita la reagrupación familiar no debe tener vínculos más estrechos con otro país, Ghana, en el caso de los demandantes, que con Dinamarca (conocido como el “requisito de arraigo”). Una presunción de arraigo sin duda más cuantitativa que cualitativa pues no hay elementos empíricos que pueden avalar que a más tiempo mayor estrechez de vínculos ni viceversa, pues un proceso de

⁶ Vid. sentencia TEDH caso *Biao v. Dinamarca* de 25 de marzo 2014 (Application no. 38590/10), párr. 76 a 102.

integración progresiva no es lineal y tampoco medible cronológicamente. He aquí un punto de conexión con el caso ABC respecto a la legitimidad de un trato diferencial entre los ciudadanos del Reino Unido nacidos y que hayan residido en el país de aquellos que no lo hubieran hecho. Una presunción no validada de existencia de un mayor arraigo en el país al que aspiran conseguir la nacionalidad sus familiares (Dembour 2015, p. 106).

Este requisito previsto por la normativa danesa es la regla general para permitir que un ciudadano danés y su cónyuge extranjero pueda reunirse en Dinamarca o lo que es lo mismo recibir una autorización de reagrupación familiar favorable. La normativa danesa sólo admite una excepción a este requisito con la llamada “regla de 28 años”, según el cual se permite la reunificación familiar si el cónyuge de Dinamarca ha sido un ciudadano danés durante al menos 28 años. La norma de los 28 años de edad también se aplica a las personas que no sean nacionales daneses, pero que nacieron y se criaron en Dinamarca, o llegaron a este país como niños pequeños y se criaron allí, y que hayan residido legalmente en el país durante 28 años. La excepción de la regla de 28 años dio lugar a una diferencia de trato entre dos grupos de ciudadanos daneses, es decir, los nacidos como nacionales daneses y los que adquieren la nacionalidad danesa en el futuro⁷, por lo que presumiblemente pueden tener en términos estadísticos un diferente origen étnico en la mayoría de casos.

En este caso, el mayor interés se ha centrado por parte del Tribunal a la hora de apreciar si una diferencia de trato de las personas en situaciones similares es discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable en un ámbito reservado a la soberanía estatal como es la nacionalidad. Análogamente al caso *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, la Corte no encuentra que haya discriminación étnica o racial en este caso porque a su juicio la redacción de la norma de los 28 años no distingue entre nacionales nacidos en Dinamarca y los que adquieren la nacionalidad danesa más tarde, ni distingue entre nacionales étnicamente daneses y los étnicamente no daneses. Por tanto, concluye que su formulación es neutral, aunque no pueda negar que en la práctica la regla de 28 años proyecta un trato desigual de los nacionales daneses de origen étnico distinto del danés. Más bien, ambas pueden ser una percepción distorsionada de lo “neutral” y de lo “real”, habida cuenta del mayor impacto social que genera dicha regla en un colectivo minoritario frente a otros.

⁷ De hecho, estrictamente en términos cuantitativos, el Sr. Biao, que había adquirido la nacionalidad danesa cuando tenía 31 años según la regla 28 años, sólo podría ganar el derecho a la reagrupación familiar cuando alcanzara los 59 años de edad, a diferencia de un homólogo danés que naciera en Dinamarca pero viviera en Suecia manteniendo su nacionalidad danesa.

Haciendo una remisión al caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, cuya apreciación solo es de una discriminación por razón de género, el Tribunal llega a la conclusión de que esto no es suficiente para suponer que los demandantes fueron objeto de discriminación por motivos de raza u origen étnico. Más bien se considera una diferencia de trato entre el demandante que ostentaba la ciudadanía danesa menos de 28 años y las personas que habían tenido la nacionalidad danesa desde hace más de 28 años. Esto es una discriminación por razón de la duración de la ciudadanía catalogada en términos del artículo 14 CEDH, pero reduciendo dicho trato diferente dentro de la categoría: discriminación por motivos de “cualquier otra condición”. Una forma de discriminación más indeterminada en una zona de frontera entre la discrecionalidad y la arbitrariedad que permite un amplio margen al Estado para demostrar la razonabilidad o no de una medida adoptada en materia migratoria donde ostenta soberanía. Aquí se debe recordar que, si bien un cierto grado de discrecionalidad no sólo es compatible con la seguridad jurídica, sino que a veces es recomendable. Por el contrario, la arbitrariedad, más próximo al abuso de ley, que se caracteriza por tomar o validar decisiones sin ofrecer las razones subyacentes que las justifican, “echa por tierra cualquier intento de generar seguridad en las personas” (Vilajosana 2006, p. 284).

Ahora bien, en esta primera instancia, si se deconstruye el hilo argumental sobre la razonabilidad y proporcionalidad, la estrategia interpretativa del Tribunal de Estrasburgo se presenta limitada en varios sentidos:

- a) Rehúye de forma confusa el examen en abstracto de la legislación nacional –no la normativa de extranjería– y simplifica el examen de la proporcionalidad o razonabilidad tomando como punto de partida el 2004 para sostener que el marido sólo había sido un nacional durante dos años antes de que se denegara la reagrupación familiar, y que tanto el Sr. y la Sra. Biao tenía más fuertes lazos con Ghana.
- b) No considera desproporcionada la medida de la regla del arraigo de 28 años y queda justificada porque obvia que era danés tras 9 años de residencia a pesar de que su vínculo territorial había sido discontinuo por su traslado a Suecia con su familia.
- c) Se replantea el factor o factores de discriminación, negando que sea discriminación racial sino solo por motivos de origen nacional, esto es el artículo 14 CEDH permite ciudadanos de segunda clase, especialmente en el ámbito de los derechos del Convenio (como los derivados en el artículo 8). Aunque, como sostiene la opinión disidente tal medida legislativa tiene “efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre un determinado grupo” que no podría desarrollar su vida familiar en el país de su nacionalidad y que

involucraría incluso a su hijo⁸ llegando a tener una merma en el ejercicio de los derechos dada su no consideración como ciudadano danés.

4. Un giro inesperado sobre el impacto de la discriminación: Gran Sala TEDH *Biao c. Dinamarca* 2016

El 24 de mayo de 2016 la Gran Sala del Tribunal revocó la sentencia y en segunda instancia el Tribunal fue más allá del texto normativo relativo a la regla de los 28 años y en la línea de los votos disidentes, analizó el fin legítimo de la regla, así como si esta había causado un efecto desproporcionado sobre un grupo específico de personas. A este respecto, el Tribunal indicó que era obligación del Estado acreditar cuál era el alegado fin legítimo de este trato diferencial, el Tribunal observó que la mencionada regla de los 28 años tenía como consecuencia una discriminación indirecta (Verloo 2006) que favorecía a aquellos nacionales daneses de origen y perjudicaba de manera desproporcionada a quienes habían obtenido la nacionalidad por naturalización (Möschel 2017, p. 110).

A raíz de esta segunda vuelta, la Gran Sala pone en marcha y traza los primeros pasos hacia el refuerzo del ámbito conceptual y la diferencia entre discriminación por nacionalidad de origen étnico directa e indirecta. Esta regla de los “28 años de arraigo” claramente tuvo un impacto negativo para los naturalizados daneses que a menudo tienen un diferente origen racial o étnico porque significa que ellos tendrían que esperar durante más años para ejercer ese derecho. Aunque son 28 años *stricto sensu*, aparentemente una condición neutral, el cómputo no comprometería el mismo recorrido vital y no les afectaría por igual antes de permitirles reunirse con sus esposas extranjeras en Dinamarca. Por consiguiente, siguiendo la lógica argumental de los tres jueces disidentes, la Gran Sala revisa el fallo de la sentencia de 2014 para concluir “forzosamente” la existencia de una vulneración del artículo 14 junto al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para ello, cabe destacar los siguientes extremos del artículo 14, para sobre esa base, conocer las limitaciones que la argumentación sostenida por el Tribunal de Estrasburgo ha dejado abiertas. Quizás puedan ser retomadas en posteriores casos, pero los medios no son robustos si el resultado final de reconocimiento de una discriminación indirecta permitiera llevar a efecto la reunión familiar. De forma sintética, destacaría básicamente cinco extremos sobre los que ahondar mayormente dada su conectividad con el enfoque interseccional y los estereotipos.

⁸ Vid. párrafo 8 del voto disidente de los jueces Sajó, Vučinić y Kūris.

4.1. La importancia de la relación entre nacionalidad e igualdad a efectos de disfrute de los derechos fundamentales

La discriminación ligada a la nacionalidad siempre ha estado prohibida por los tratados de la Unión Europea (así como la discriminación por razones de sexo en el contexto del empleo). Es un binomio que sí se encuentra reforzado respecto a los ciudadanos de la Unión Europea al tenor del Derecho originario europeo. No cabe una discriminación por nacionalidad entre ciudadanos de la Unión europea que residen en otro Estado Miembro para el acceso a los derechos y libertades fundamentales. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad y capacita al Consejo para que adopte acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Si bien en este caso, no es extrapolable, la discriminación no se produce en otro Estado miembro diferente al ciudadano de la Unión, sino por parte del mismo del que es nacional el Sr. Biao. Aquí hubiera sido interesante su planteamiento si hubiera adquirido el hijo la nacionalidad sueca, país donde al final optaron por residir, al no poder volver a Dinamarca, al ser ambos Estados miembros de la Unión Europea, aunque en el caso de Dinamarca, al igual que el Reino Unido, es excepcional respecto a la adhesión al “acquis” comunitario.

Sin embargo, el aspecto clave en la interpretación del TEDH es cómo se muestra siliente respecto a la discriminación de los Estados hacia sus propios nacionales (Dembour 2009, Gerards 2011) ya que el artículo 14 no excluye expresamente la discriminación entre nacionales como un ámbito prohibido por la Convención, esto es la categoría de discriminación por nacionalidad. Los solicitantes, el Sr. y Sra Biao, disfrutaban de “otra condición” a los efectos del artículo 14 (opinión disidente, párrafo 12), no se trata de discriminación racial sino de discriminación por motivos de origen nacional. Afirman apresuradamente que “el origen nacional es solo un criterio étnico” “en el sentido no racista” (opinión disidente, párrafos 13 y 15), aunque la clasificación de la nacionalidad de forma interna en Dinamarca deriva morfológicamente en una indisoluble discriminación étnico-racial que no se puede disociar negando su componente de medida “no racista”.

4.2. La relevancia y compatibilidad de la legislación danesa con el artículo 14 CEDH

Al respecto debe ser el Gobierno danés el que muestra que estaba justificada la diferencia de trato (Carrera 2016, p. 9). La carga de la prueba debe pasar al Gobierno que debe demostrar el diferente impacto de la legislación que persigue un fin legítimo y como era el resultado de factores

objetivos (avalorativos) relacionados con el origen étnico. No es verdad que la diferencia de trato se basaba solo en la duración de la nacionalidad según el Gobierno danés. Este criterio de reagrupación familiar creaba de forma interesada una diferencia de trato entre ciudadanos con base en el diferente origen nacional o étnico (párrafo 96 opinión disidente) pues su cumplimiento podía llegar a ser fácticamente menos asumible para unos nacionales frente a otros, dado el periodo extenso exigido. El cómputo de 28 años es más de la mitad de la trayectoria vital y reproductiva de un individuo con opciones para adquirir y ejercer una segunda nacionalidad en su edad adulta con familia a cargo.

4.3. La correcta identificación del tipo de discriminación directa e indirecta

Tanto la opinión disidente como la sentencia de la Gran Sala parece que se decantan por la existencia de una discriminación indirecta o de impacto. Por tanto, se niega una posible discriminación directa, aunque autores como Ersboll (2014a, p.16; 2014b) cuestionan desde una perspectiva general, la presunción de vínculos más fuertes “de los ciudadanos daneses con antecedentes emigrantes con 28 años de arraigo frente a los ciudadanos daneses con antecedentes de inmigración inferiores a 28 años”. Aunque la regla de 28 años se aplica a todos los ciudadanos, el impacto es diferente pues la “regla del arraigo de 28 años” establece directamente y no indirectamente la diferencia de trato entre ciudadanos daneses basándose únicamente en cómo y cuándo han adquirido la ciudadanía, algo que, como cuestión de principio, es contrario al artículo 5 (2) de la Convención sobre la Nacionalidad. Aquí nuevamente, el caso Biao difiere y se desconecta del precedente caso *Abdulaziz, Cabales, Balkandali* donde no se determinó que sí había una discriminación directa o de trato entre ciudadanos sobre la base del lugar de nacimiento, más concretamente el caso de la Sra. Balkandali porque los otros dos eran residentes legales en el Reino Unido, pero esposos y extranjeros de no nacidos en el Reino Unido.

4.4. El análisis binivel de la discriminación indirecta: individual y del contexto general

Precisamente, es en el contexto general donde los estereotipos juegan un papel decisivo hacia un grupo minoritario y se pueden cruzar interseccionalmente dos formas de desigualdad en un mismo sujeto. Por ejemplo, el impacto de esta medida tiene una repercusión diferente en la Sra. Biao que en el hijo del Sr. Biao o en el mismo Sr. Biao nacional danés de origen tongolés cuya capacidad de integración cuantitativamente es abiertamente cuestionada con consecuencias disimiles para sus familiares.

Aquí nuevamente, es conveniente, hacer algunas observaciones sobre la base argumental apuntada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- a) La diferencia en el trato de un grupo plantea preocupaciones fundamentales en materia de derechos humanos, especialmente si refleja o refuerza los patrones existentes de estereotipos sociales relacionados con una u otra “característica natural”. Es imposible pensar que el artículo 14 de la Convención permita la ciudadanía de segunda clase, especialmente dentro del ámbito de los derechos de la Convención (como los consolidados en el artículo 8). Por esta razón, la doctrina de la discriminación indirecta del Tribunal se refiere a los efectos grupales de una medida general y no solo a los impactos individuales: la discriminación puede ocurrir cuando “una política o medida general [...] tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales en y dentro de un grupo particular” (opinión disidente, párrafo 8).
- b) “La diferenciación impugnada refleja y refuerza, aunque indirectamente, un estereotipo negativo” (opinión disidente, párrafo 16). Refiriéndose a la sentencia Gran Cámara de *Konstantin Markin c. Rusia* en 2012,⁹ los jueces disidentes recuerdan a todos que “la Corte sostuvo anteriormente que las suposiciones generales o las actitudes sociales prevalecientes en un país en particular no justificaban una diferencia de trato por razón de sexo”. El estereotipo en cuestión aquí es que los “nacionales” inmigrantes que se casan con personas de su país de origen no están bien integrados. A lo largo de la sentencia, se hace referencia a Biao como el espejo opuesto a un “inmigrante poco integrado”, a saber, el expatriado danés que “habla danés en casa, toma vacaciones en Dinamarca, lee periódicos daneses con regularidad” (véase, por ejemplo, párrafo 24).
- c) Se suele esperar o presumir que el beneficio clave para tener la ciudadanía es ser tratado igual y de forma no discriminatoria con otros co-nacionales. La literatura sobre inmigración y ciudadanía pone atención especialmente en los supuestos de discriminación entre nacionales y extranjeros basado en la nacionalidad (De Vries 2017). Sin hacer constar el aumento de casos de discriminación entre nacionales por origen étnico o nacional. En efecto, la existencia de *unreal citizenship* (Costica 2015) asimilable a un inmigrante, pero no equiparable *a fortiori* para el ejercicio de un derecho fundamental como es la vida familiar desafía y revienta la tradicional

⁹ *Konstantin Markin c. Rusia* asunto 30078/06 de 22 de Marzo de 2012 “general biased or prevailing social prejudice in a particular country do not provide sufficient justification for a difference in treatment on the ground of sex”, léase tampoco por criterio étnico.

diferencia entre nacionales y extranjeros al situar algunos ciudadanos cerca de la categoría de extranjeros a la luz de su asumida, atribuida o supuesta otroicidad y la distancia de la identidad nacional o la forma de vida (Carrera 2016, p. 12).

4.5. La no necesidad de realizar un examen del caso en relación al artículo 8.2 de la Convención

Este segundo apartado se fulmina para poder considerar compatibles los controles migratorios o medidas de integración, incluso en supuestos de pseudo-ciudadanía. Una forma en definitiva de salvar la prerrogativa estatal de ejercer su soberanía sobre la nacionalidad como forma de regular el control migratorio o el grado de integración exigido. Bajo mi punto de vista, aquí radica el error tanto de contexto como de *tertio comparationis* en términos de igualdad de trato con el artículo 14. En concreto, a la luz de discriminaciones injustificadas, la medida “neutral” que califica este caso de una discriminación de impacto o indirecta sí afecta al desarrollo del derecho a la vida familiar. Una afectación negativa que descansa sobre la base de un “prejuicio social” y no por una necesidad social o interés estatal de orden material o inmaterial que finalmente pesa sobre uno de los criterios de la integración que deben ser cumplidos. Además, este mismo criterio de integración ha sido determinante en sentido positivo para reconocer una violación del artículo 8 CEDH por la jurisprudencia de Estrasburgo.¹⁰

5. Otras lecturas, interacciones o intersecciones entre criterio étnico, nacionalidad, roles de género y estereotipos racistas

Tal y como sostiene Morondo (2016a, p. 480) desde una perspectiva crítica o método de análisis del derecho antidiscriminatorio el principal objetivo es la identificación de la interacción de los ejes o sistemas de subordinación de algunos grupos sociales. Es precisamente esta concepción la que debería trascender de la jurisprudencia del TEDH sobre el caso *Biao c. Dinamarca* ya que la construcción o protección de sujetos interseccionales *per se* no permite neutralizar los efectos discriminatorios de los estereotipos de los nacionales de origen étnico daneses. Las categorías junto a los estereotipos y clasificaciones son auténticos instrumentos de desigualdad al ser estáticos y difíciles de remover, dado que persisten o están, pero no son la razón por la que están allí (Morondo 2016a). El enfoque identitario de la interseccionalidad

¹⁰ Sentencia TEDH 1 de diciembre de 2005 asunto *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos* demanda núm. 60665/00, Sentencia del TEDH de 31 de julio 2008 asunto *Darren Omoregie y otros /Noruega* demanda n° 265/07 apartado 57 y TEDH 31 de enero de 2006, caso *Rodrigues da Silva et Hoojkamer c. Pays-Bas*- requête n° 50435199.

como la concepción liberal del derecho antidiscriminatorio obvian la dimensión colectiva y estructural de la opresión y la discriminación, lo que Morondo y Barrère (2011) denominan formas de subdiscriminación.

Dentro de la jurisprudencia del TEDH existe un engarce muy limitado con los temas de discriminación interseccional en los ámbitos de origen étnico y género incluso en el ámbito de los estereotipos normativos. Por ejemplo, en el asunto *Osman v. Denmark 2011* y *CN and V v. France 2012*¹¹ en ambos el Tribunal falló a la hora de capturar las intersecciones de edad, género y origen étnico que amplían los abusos sufridos por los solicitantes (Staiano 2016). Lo mismo ocurre en el caso Biao donde no llega a eclipsar el evidente doble estándar especialmente respecto a la mujer migrante, la Sra. Biao a quién se le deniega sin más la autorización de residencia por reagrupación familiar. Su “integración” se cuestiona abiertamente más si cabe ante otros casos, léase el criterio de integración valedor para los hijos de la Sra. Sen o Tuquabo Tekel o Rodrigues. Por tanto, si hay serias dificultades a la hora de identificar las instancias de discriminación interseccional en la jurisprudencia del TEDH o incluso si los mismos no se neutralizan correctamente puede reforzar los estereotipos discriminatorios que no hayan quedado resueltos.

Por este motivo sí habría que dar un paso más en la sentencia de la Gran Sala y habría que comprobar la operatividad de un enfoque interseccional, pero a tal propósito es preceptivo volver sobre los procesos de “estereotipación”. Unos procesos asociados al Derecho de extranjería (Morondo 2016b) que, bajo mi punto de vista, conscientemente solo se han identificado parcialmente. Han quedado en *stand by* con el ánimo de no rebasar el límite y llegar incluso a cuestionar el margen de apreciación de los Estados sobre la configuración de sus leyes de nacionalidad o extranjería y su incompatibilidad con formas de discriminación étnico-raciales.

5.1. Estereotipos racistas y otros derivados implícitos

Según el Juez Alburquerque (párr. 18), el estereotipo racista que marca un trato discriminatorio sería disponer una condición de “arraigo” para evitar “problemas de integración”:

[R]esident foreigners and Danish nationals of foreign origin as helpless, Young people who are either forced to marry persons from their country of origin or tend to engage in an odd widespread marriage pattern of a kind of cultural inbreeding and later on build unhappy families, have mortal problems do not integrate well in

¹¹ *Osman v. Denmark* 14 de junio de 2011 Application no. 38058/09, *CN and V v. France* 11 de octubre de 2012, Application No. 67724/09.

society against “an idealised image of ever faithful Danes”, born in Denmark, who live outside the country.

El razonamiento de la Gran Sala da la impresión de que el mismo Tribunal utiliza un concepto de etnicidad u “origen étnico” meramente estadístico. Sin embargo, si no existen bases empíricas que dan cuenta de los naturalizados por origen étnico, falla estrepitosamente la captura de los procesos de “estereotipación” por los que una persona nacional, pero de origen extranjero se sitúa en un ámbito de exclusión social o legal. No es causal o azarosa esta falta de redefinición del “criterio étnico en sentido de no racista”. Más bien entra dentro de las dinámicas de discriminación estructural que se derivan de las causas de tales procesos y donde los márgenes de apreciación/justificación se neutralizan en estos ámbitos más incómodos.

La discriminación opera a partir de una generalización o estereotipos negativos, es decir, un prejuicio, ligado a un grupo que se adjudica a una persona tan solo por pertenecer a él (Rey 2017, p. 13). Los estereotipos son rasgos de pertenencia de grupos comúnmente inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y de su trayectoria individual. La simple pertenencia a un grupo en este caso “naturalizados de origen étnico” normalmente no ha sido fruto de una elección, ni se puede salir de esa condición estereotipada que rige como presunción, ni en 28 años ni en más tiempo seguramente sea factible. Por lo tanto, el factor temporal no revierte ni minimiza los estereotipos. El criterio de origen étnico, que no racista según el TEDH, es una zona gris donde la identidad nacional y la pertenencia a un origen étnico se solapa en forma de *continuum*. Ambos casos raza o etnicidad no tienen una distinción clara y parece que el TEDH prefiere mantener esa zona de penumbra en el caso de la nacionalidad para no abrir otras vías que fiscalicen la incompatibilidad del “racismo” en base al artículo 14 más allá del contexto de las migraciones. Así no se le da cabida en el ámbito de la ciudadanía/identidad nacional que no está abierto a tal escrutinio porque supondría ponderar la proporcionalidad y legitimidad de las razones de los Estados que justifican la no neutralización de efectos discriminatorios racistas o estereotipos racistas para algunos de sus ciudadanos nacionales o cuestionar la legitimidad de su propia legislación de nacionalidad.

A la hora de analizar los estereotipos como causas de discriminación estructural es donde se obvia la realidad de sociedades plurales como la danesa donde precisamente la convivencia con personas distintas favorece la creación y clasificación de diferentes categorías sociales salientes. Como corolario de la interacción interpersonal, la categorización se activa, especialmente cuando las informaciones sobre los “otros” son escasas, interesadamente limitadas o simplemente se desconocen. De este modo, una vez que se categoriza a

alguien, parece inevitable que un conjunto de normas, valores y emociones se active (Tajel y Forjas 2000, p. 51-54), aunque no por ello se reducen los peligros de fijar ciertas categorías, ya que pueden distorsionar la percepción y crear sesgos entre endogrupos y exogrupos dada la necesidad de mantener la identidad social en presencia de grupos percibidos como competidores o que amenazan el status social (Tajel y Forjas 2000, p. 58-60).

Por consiguiente, tales estereotipos que generalmente son *descriptivos* adquieren especial relevancia y pueden llegar a ser también *prescriptivos*, es decir, referirse a un conjunto de características que ciertas personas “deberían tener”, en este caso no ser un problema de integración. De ahí que, en principio, los estereotipos como formas de categorización no son ni negativos ni positivos en sí mismos, lo que no significa en absoluto que sean neutrales, aunque puedan ser preferentemente prejuicios o fobotipos en función del grupo social al que van o son dirigidos (Dovidio *et al.* 2010, p.7-8).

Cuando la Gran Sala entiende que la familia Biao ha recibido un trato discriminatorio indirectamente por efectos de una regla de arraigo en principio neutral por la “duración” de la nacionalidad está asimilando bajo mi punto de vista erróneamente los estereotipos como una categorización neutral o estática a la que se ve sometida un grupo minoritario en un contexto general. Al contrario, claramente es evidente su efecto negativo y de desventaja solo para los miembros de ese grupo e incluso, el impacto de esa regla “estereotipada” en el seno de la familia Biao va a ser muy diferente, incluso entre el hijo y la esposa a la que se suman estereotipos de roles de género en la reagrupación familiar. Se solapa la mujer inmigrante y la condición nacional del Sr. Biao en vez de neutralizar, refuerza ese estereotipo negativo sobre su rol de cuidadora o reproductora dependiente antes de la denegación de la autorización de residencia consecuencia de la falta de “arraigo” del marido danés de origen étnico. Quizás hubiera sido más fácil que hubiera solicitado reunirse con su hijo menor de edad o haber solicitado la autorización de residencia como esposa de un ciudadano Tongolés que danés, el criterio de integración o especial protección del menor respecto a sus progenitores hubiera sido más efectivo o más evidente poder probar el estereotipo racista como agravio comparativo de otras familias transnacionales ante el Tribunal estrasburgués. Tales identidades étnicas o racistas no son categorías objetivamente identificables ni tampoco inmutables, son construcciones sociales no neutrales que cuentan con una naturaleza dinámica y contextualizada que debe ser objeto de un enfoque interseccional para entender su verdadero alcance e impacto a corto y largo plazo (De Vries 2017, p. 9).

Si bien, los estereotipos suelen o pueden tener una base empírica simple, es la exageración y la generalización indiscriminada hacia el conjunto

de ciertos miembros de una comunidad lo que los convierte en prejuicios latentes (Tajfel y Forgas 2000, p. 49-63). El equívoco radica en su extrapolación, así como su permanencia o consolidación en el tiempo, pues voluntariamente se ignoran las particularidades y los cambios habituales que se producen dentro de cualquier grupo y entre los diferentes sujetos que lo conforman. Así los estereotipos en su calidad de (elementos cognitivos) y los prejuicios como (afectos) se manifiestan en ese proceso y están vinculados a diferentes tipos de categorías persistentes que son susceptibles de una constante autoconfirmación. Son difíciles de cambiar, aunque se tengan informaciones objetivas y contradictorias que podrían refutarlos, de ahí que se produce un tránsito irreversible hacia el prejuicio como actitud y a la discriminación estructural como forma de comportamiento estándar incluso a nivel institucional. Por tanto, más allá de la base real o empírica que puedan tener los prejuicios, pesan más las estrategias de evitación, externalización o segregación del origen de la amenaza. Éstas se articulan precisamente para acabar reforzando de forma paradójica desde una base real pero idealizada (Nussbaum 2004, p. 54) ciertas construcciones de la homogeneidad nacional bastante frágiles y superficiales, que no son tan firmes como se pretende.

5.2. Enfoque interseccional no resuelto: contextos y prueba de comparabilidad

Según Timmer (2011, p. 715) los estereotipos crean y nos agrupan contra ellos. El estereotipo nos hace vagos y nos ciegan a la igualdad étnica / nacional. No se los considera como individuos, sino que se los juzga de forma predeterminada sobre la base de una membresía ya dispuesta. En el caso Biao ser portadores de un “problema de integración” que genera alarma sociopolítica. Los estereotipos racistas pueden dañar a los ciudadanos al degradar su dignidad humana o marginarlos de otro modo. Por esta razón esta autora, insiste que es básico ahondar la discusión interseccional en el análisis de algunos de los factores contextuales que permiten identificar tales supuestos (Timmer 2011, p. 721) y también en la prueba de comparabilidad dado que tal escrutinio no es apropiado para casos de estereotipos y tampoco en casos de discriminación interseccional (Timmer 2011, p. 751) como prueba el caso *Biao c. Dinamarca*.

Sobre los factores contextuales que reubican los estereotipos como causas estructurales de discriminación. Cabría destacar, la no consideración del contexto histórico (esto ha sido un punto crítico por el juez Alburquerque) como un estereotipo nocivo que depende en gran medida del contexto histórico en el que se utiliza. Aquí se debería entrar a valorar por el TEDH si ¿se ha excluido a un grupo de un derecho particular en el pasado? Si ¿existe una analogía concebible entre la regulación actual y la regla histórica para que las prácticas sean discriminatorias?

Otro contexto de análisis serían los efectos actuales planteando ¿cuáles son los efectos de la regla impugnada o las prácticas familiares o individuales de un hombre y una mujer? No en vano, para asegurarse de que adopta un enfoque interseccional para la discriminación, el tribunal debe preguntar cuáles son los efectos de un grupo particular de hombres y mujeres, como las mujeres de un determinado origen étnico o religión de una determinada edad y discapacidad pueden exigir la protección de un derecho a la vida familiar. Para admitir esa diferencia de trato se consideró como inamovible la vigencia de ciertos roles de género tradicionales, es decir, en la percepción de las mujeres como cuidadoras primarias de los niños y los hombres como principal sostén de la familia. Por ejemplo, nada se indaga sobre la forma en que el estereotipo racista afecta de forma desigual a la autonomía de ciertas mujeres y hombres, de hecho, la desventaja no es depender de una comparación con otro grupo de personas, sino que solo depende del hecho de que se consideren ellos mismos. En este caso se ha tratado a las personas de forma inaceptable, se les ha negado un derecho de beneficio de una manera que menoscaba su autonomía personal y familiar.

5.3. Justificación “objetiva y razonable” ma non troppo

Volviendo sobre algunos aspectos en el fallo de la Gran Sala que dejan al observador con un sentimiento incómodo destacaría varios:

- Es difícil de entender –y también fue criticado por el juez Pinto de Albuquerque en su opinión concurrente– por qué el Tribunal examinó con tanta diligencia si la diferencia de facto en el trato entre ciudadanos daneses de origen étnico danés y daneses (100%) tenía un objetivo y justificación razonable. Máxime después de haber revelado que los trabajos preparatorios de la Ley de Extranjería se vieron marcados en gran medida por clichés impugnables.
- El TEDH lejos de afirmar que la regla de los 28 años no perseguía un objetivo razonable, reitera primero el principio de que la diferencia de trato por motivos de origen étnico solo puede justificarse por “razones muy ponderadas” y luego deja sin respuesta la cuestión de la legitimidad del objetivo de la regla de los 28 años, he aquí una confusión al uso entre “legitimidad y legitimación” que no quiere ahondar. No hay duda de que la medida podría ser legítima en un sentido descriptivo por ser aceptada socialmente pero no alcance el filtro de los criterios de justificación o estándares jurídicos objetivos que dan sentido último a un ordenamiento jurídico: el principio de igualdad y no discriminación.

- Al examinar detenidamente los materiales preparatorios de la ley para buscar una justificación objetiva de peso el TEDH debilita en cierta medida el dogma de que tratar a las personas de manera diferente a causa realmente de un origen étnico o racial diferente al estándar difícilmente puede justificarse en virtud de la Convención. Tal vez la obsesiva búsqueda de “factores objetivos” debe entenderse no cómo la voluntad de hallar razones en el sentido de “objetivas” que podrían justificar la diferencia en el tratamiento, sino más bien hallar “causas legítimas” no relacionadas con la raza para justificar un impacto diferente de la regla de 28 años que tenía a las personas de diferente origen étnico con independencia de su “origen racial”.

Algunas reflexiones finales como punto de partida

Tal y como se observa, es destacable la línea temporal que separa la primera iniciativa de activación de la discriminación por motivos raciales en el controvertido caso *ABC* en 1986 y la segunda vuelta sobre esta forma de discriminación siliente en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con el caso *Biao*. Ambas antes y ahora vuelven a poner en evidencia la falta de interés en explorar hasta el fondo el peso de los estereotipos racistas y la no neutralidad de ciertas medidas de control soberano de las políticas migratorias y la legislación sobre nacionalidad. En este caso, los estereotipos racistas se asocian a un contexto familiar limitando el ejercicio de un derecho fundamental como es la reagrupación familiar, pero lo hacen desde dos escenarios normativos diferentes. En el caso *ABC*, el estricto ámbito de medidas de control migratorio para los familiares de ciudadanas no británicas casadas con extranjeros-inmigrantes, salvo la excepción de *Balkandali*, mientras que en el caso *Biao*, el estricto ámbito de la nacionalidad, al ser el Sr. *Biao* nacional danés de origen y sus familiares afectados por la regla del arraigo.

La novedad del segundo caso respecto a su directo precedente es que sí se aprecia en el caso *Biao* una discriminación indirecta pero no por motivos étnicos-no raciales, por nacimiento o nacionalidad. A diferencia del caso *ABC* vuelve a negar que haya formas o estereotipos racistas encubiertos en los ámbitos de extranjería y “tolerables” en el régimen de nacionalidad que producen una incomodidad a la soberanía estatal a la hora de legislar sobre su ámbito de competencia máspreciado. En el caso *ABC*, se queda anclado en la discriminación directa por sexo por ser la más evidente sobre la medida de control migratorio laboral subyacente a la denegación de la reagrupación familiar, pero no señala nada respecto a discriminación racial y estereotipos por roles de género.

Haciendo un balance de los dos, no hay duda de que el caso Biao, da un paso más pero no está exento de torpezas y de falta de credibilidad. La negación reiterada o una suerte de complicidad que desprende sobre la completa discrecionalidad de los Estados en este ámbito y su difícil escrutinio sobre el principio de razonabilidad y proporcionalidad hacen más evidente la institucionalización o normativización de formas de discriminación insalvables en el ámbito migratorio o el estatismo decimonónico del binomio clásico ciudadano-extranjero. Un anacronismo en la forma de entender y regular la nacionalidad ante categorías complejas de ciudadanía y pertenencia impregnadas de dinamismo y heterogeneidad.

No se puede negar que si bien se han desarrollado instrumentos jurídicos detallados y la jurisprudencia a nivel europeo y nacional ha evolucionado dentro de sus parámetros interpretativos para proteger a las personas y grupos contra la discriminación por motivos de características protegidas, incluido el sexo/género y la raza/etnia. Por el contrario, faltan reglas claras, filtros antidiscriminatorios consistentes cuando se trata de identificar supuestos de discriminación encubiertos por motivos que tienen como base la confluencia de motivos de nacionalidad y estereotipos racistas. En la resolución del caso *Biao c. Dinamarca*, objeto del análisis de este trabajo, existe una falta de claridad conceptual evidente con respecto al papel que puede llegar a alcanzar la nacionalidad como motivo de no discriminación. Eso es, máxime si la nacionalidad es un elemento de identidad personal y un principio organizativo clave de las comunidades jurídicas y políticas. Y, más si cabe cuando tiene consecuencias a la hora de analizar si pseudonacionales v. inmigrantes tienen derecho a los mismos derechos y beneficios que otros ciudadanos o reciben un trato discriminatorio “legitimado” en sentido descriptivo, pero no normativo.

Sin duda este es el aspecto menos cuestionado de la nacionalidad relativo a los efectos discriminatorios y la frecuente intersección de los ámbitos de sexo, raza, origen étnico y estatus migrante que precisamente en casos de reagrupación familiar no es similar para los padres migrantes o para las relaciones familiares nacionales. La reunificación familiar implica un cierto grado de escrutinio de circunstancias atribuidas al rol de las mujeres migrantes como miembro de una familia que *per se* está sesgada de estereotipos que son implementados de forma automática por autoridades y órganos judiciales. Tal y como muestra la evolución jurisprudencial del TEDH especialmente en su base argumental existe una cierta resistencia judicial a identificar la justificación estereotipada en los ámbitos de la raza y diferente origen étnico. Al contrario, se percibe una extrema cautela a la hora de combinar la raza con la nacionalidad en el sentido de permitir una legislación antidiscriminatoria capaz de impactar en la regulación del último reducto hegemónico de la

soberanía que es la nacionalidad y las diferencias previstas por las políticas y leyes migratorias.

Habida cuenta de la no disponibilidad de estadísticas contrastadas, la Gran Sala a la hora de dirimir sobre el criterio desproporcional y perjudicial de la regla de los 28 años para este grupo minoritario (porque quiere mantenerse en mínimos como una excepción a la regla de nacionales de origen) es poco ambiciosa. Y a pesar del importante impulso que ha supuesto la sentencia *Biao c. Dinamarca* en segunda instancia desde otra perspectiva interpretativa queda por ver si esta conciencia judicial de la discriminación indirecta con efectos de estereotipos racistas en las leyes sobre nacionalidad o sobre inmigración familiar puede extender el reconocimiento de formas de discriminación interseccional no resueltas. Basta recordar que en la jurisprudencia sobre el reconocimiento de la inmigración familiar ha pesado la circunstancialidad a la hora de extender las obligaciones positivas de los Estados frente al margen de apreciación o justificación discrecional de ciertas medidas de restricción del derecho a la vida en familia.

Precisamente, introducir el enfoque interseccional da cuenta de la existencia de varios factores o circunstancias que al ser más invisibilizados se acumulan simultáneamente dando lugar a unos efectos discriminatorios diferentes. Si las desigualdades complejas y la diversidad intrínseca de las actuales sociedades globales dejan de ser analizadas de forma circunstancial o como *rara avis* a nivel jurisprudencial sería más fácil capturar esas interacciones entre factores de discriminación. Asimismo, se trata de valorar su razonabilidad y proporcionalidad o bien superar el eje único de discriminación ante la proliferación de desigualdades complejas. El otorgamiento de nacionalidad a los “pseudociudadanos” pero su posible limitación en clave de igualdad de derechos, hace presente una voluntad de alienación del sujeto a una categoría excluyente, aunque se le promete ser uno más, con la ficción jurídica de la nacionalidad, en esa comunidad de pertenencia al mismo tiempo se le etiqueta o atribuye una diferencia impuesta bajo procesos de estereotipización encubiertos. Un infra-ciudadanía o pseudo-ciudadanía frente a quién sí ameritan una nacionalidad plena e ilimitada acorde a un ideal de ciudadano “auténtico” o un cliché utópico, llegando así al argumento *ad absurdum* de que el trato diferente es una cuestión efímeramente temporal y nada más.

Bibliografía

- Arnardóttir Oddný Mjöll (2017). «Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights», *Oslo Law Review* 4 (3), p. 150-171.
- Arturo, Joseph (2005): *Family reunification for migrants and refugees: a forgotten human right?* Coimbra: Universidad de Coimbra, p. 1-66.

- Barrère, M. Ángeles y Dolores Morondo (2011): «Subdiscriminación y Discriminación Interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 45, p. 15-42.
- Bello, Barbara Giovanna (2015) «Le discriminazioni di genere nel diritto italiano», *Diritto e Questioni Pubbliche* 15(2), p. 141-171.
- Carrera, Sergio (2016): «The ECtHR's judgment in Biao v. Denmark: non-discrimination among nationals and family reunification as a converging European standards», *Maastricht Journal* 23 (5), p. 865-889.
- Collins, Hugh y Tarunabh Khaitan edtr. (2018). *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland. Hart Publishing.
- Costica, Dumbrava (2015): «Super-foreigners and subcitizens: Mapping ethnonational hierarchies of foreigners and citizenship in Europe», *Ethnopolitics Formerly Global Review of Ethnopolitics* 14, p. 296-310.
- Crenshaw, Kimberle (1993): «Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of Antidiscrimination doctrine, Feminist theory and Antiracist Politics», *The University of Chicago Legal Forum* 140, p. 139-167.
- De Vries, Karin M. (2016): «Rewriting Abdulaziz: The EctHr Grand Chamber's ruling in Biao v. Denmark», *European Journal of Migration and Law* 18, p. 467-479.
- Dembour, Marie Bénédicte (2009): «Still Silencing the Racism suffered by Migrants, the limits of current developments under article 14 ECHR», *European Journal of Migration and Law* 11 (3), p. 221-234.
- Dembour, Marie Bénédicte (2015): *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford: Oxford University Press.
- Dovidio John, Miles Hewstone, Peter Glick y Victoria M. Esses (2010): «Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview», in J. Dovidio, M. Hewstone, P. Glick y V. M. Esses edtr., *Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Londres: Sage p. 3-28.
- Ersboll, Eva (2014a): *Discrimination among citizens?* European University Institute: Robert Schuman Centre for Advanced Studies.
- Ersboll, Eva (2014b): «Nationality and identity Issues- A Danish perspective», *German Law Journal* 15 (5), p. 835-866.
- Gerards, Janneke (2013): «Discrimination grounds of article 14 of the European Convention on Human Rights», *Human rights Law Review* 13 (1), p. 99-124.
- La Barbera, MariaCaterina (2016): «Interseccionalidad un “concepto viajero”»: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea», *Interdisciplina* 4 (8), p. 105-122.
- Mackinnon Catharine A. (2013). «Intersectionality as Method: A Note», *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38, p. 1019-1030.
- Makonnen, Timo (2002): *Multiple compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights: Åbo Academic.
- Morondo Taramundi, Dolores. (2016a): «La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho

- antidiscriminatorio», en M.C. La Barbera, M. Cruells, edtr. *Igualdad de género y no discriminación en España*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 481-500.
- Morondo Taramundi, Dolores (2016b): «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre la condición humana y la situación de indefensión», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 34, p. 205-221.
- Möschel, Mathias (2017): «The Strasbourg Court and Indirect Race discrimination: going beyond the Education domain», *The Modern Law Review* 80 (1), p. 110-132.
- Nash, Jennifer (2008): «Rethinking Intersectionality», *Feminist Review* 89, p. 1-15.
- Nicholson Frances (2018): *The “essential right” to family unit of refugees and others in need of International protection in the context of Family reunification*, Geneva: UNCHR.
- Nussbaum, Martha C. (2014): *Las emociones políticas: ¿por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona: Paidós.
- O’Connell, Rory (2009). «Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR», *Legal Studies* 29, p. 211-249.
- Rey Martínez, Fernando (2008): «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista española de Derecho constitucional* 84, p. 251-258.
- Rey Martínez, Fernando (2017): «Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018», *Uned Revista de Derecho Político* 100, p. 125-171.
- Santolaya Machetti, Pablo (2004): *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Staiano, Fulvia (2016): «Income requirements in family reunification regimes» in F. Staiano, *The human rights of migrant women in International and European law*, The Hague: Eleven international Publishing, p. 3-26.
- Tajfel, Henri; Joseph Paul Forgas y Charles Stangor ed. (2000): «Social Categorization: Cognitions, Values and Groups», in Ch. Stangor edtr., *Stereotypes and Prejudice: Essential Readings*, Filadelfia: Psychology Press, p. 49-63.
- Timmer, Alexandra (2011): «Towards Anti-Stereotyping approach for the European Court of Human Rights», *Human rights Law Review* 11 (4), p. 707-738.
- Verloo, Mieke (2006). «Multiple inequalities, intersectionality and the European Union», *European Journal of Women’s Studies* 13, p. 211-228
- Vilajosana, Josep M. (2006): «Funciones del derecho. Un marco conceptual», *Analisi e Diritto*, Torino: Giappicheli, p. 276-287.