

Transformaciones en el derecho antidiscriminatorio: avances frente a la subordinación

Transformations in Anti-discrimination Law: progress against subordination

Por María José Añón Roig

Resumen: El artículo propone una reflexión sobre algunas de las propuestas más recientes del feminismo jurídico en el contexto del derecho antidiscriminatorio. La noción de discriminación estructural constituye un punto de partida adecuado para cuestionar dos aspectos en la argumentación antidiscriminatoria considerados de relevancia. En primer término, la revisión de la racionalidad de tipo comparativo, el peso del término de comparación y, en segundo lugar, el sentido o la finalidad de la identificación de estereotipos de género. Examen que refuerza la propuesta de avanzar en un derecho antisubordinación, como un paso ulterior en este campo.

Palabras clave: derecho antidiscriminatorio; discriminación sistémica; término de comparación; estereotipos de género; daño.

Abstract: The article provides a reflection on some of the most recent proposals of legal feminism within anti-discrimination law. The notion of structural discrimination is an appropriate starting point to explore two relevant aspects of anti-discrimination arguments: first, the review of the comparative rationale, and the weight given to the relevant comparator; and, second, the meaning or the purpose of the identification of gender stereotypes. This analysis reinforces the proposal to advance in anti-subordination law as a further step in this field.

Keywords: anti-discrimination law; systemic discrimination; relevant comparator; gender stereotypes; harm.

Fecha de recepción: 27/03/21

Fecha de aceptación: 13/05/21



Transformaciones en el derecho antidiscriminatorio: avances frente a la subordinación

Transformations in Anti-discrimination Law: progress against subordination

Por María José Añón Roig¹

I. Introducción

El derecho antidiscriminatorio constituye el marco en el que llevaré a cabo el examen sobre algunos de los aportes del feminismo jurídico. Aunque las teorías jurídicas feministas y el pensamiento feminista crítico son plurales, de forma que no hablan con una sola voz ni sincrónica ni diacrónicamente, no convergen en una única teoría del derecho y se relacionan de forma diversa con discursos que atribuyen al sistema jurídico distinta relevancia contra la desigualdad, participan de un denominador común. Este vendría a cuestionar las premisas con arreglo a las cuales se produce la subordinación de las mujeres (Beltrán, 1994; Pitch, 2010, p.440-444). Para explicar esta subordinación histórica, los estudios feministas adoptan mayoritariamente una perspectiva crítica y en

¹ Profesora de Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos. Universitat de València (España). mariaj@uv.es. Una versión en inglés "Transformations in anti-discrimination law: progress against subordination", se publicó en la revista *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 40, 2020, 27-43 doi.org/10.4000/revus.5802. El artículo se ha realizado en el marco del proyecto DER2016-78356-P *Transformaciones de la justicia. Autonomía, inequidad y ejercicio de derechos*, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica e Innovación y el Proyecto PROMETEO GVPrometeo/2018/156, programa de investigación de la Generalitat Valenciana. El origen del texto es una ponencia presentada en el congreso *En teoría hay mujeres (en teoría)* que tuvo lugar en la Universitat Pompeu Fabra en septiembre de 2018. Agradezco la invitación al mismo y especialmente el debate y los comentarios suscitados al hilo de la presentación, así como a Silvina Álvarez por su estimulante contraponencia.

particular el sistema sexo-género. Así, la categoría “género”² sigue siendo considerada pertinente y necesaria para la teoría jurídico-política, un dispositivo idóneo para analizar los persistentes procesos de construcción de las relaciones de desigualdad y para aproximarse críticamente a las relaciones de poder.

Mi enfoque se inscribe en la línea de aquellas posiciones que interpretan el estatus de las mujeres en términos de subordinación en un sentido sistémico. Incidir en esta idea significa que hablamos de factores con capacidad suficiente para estructurar las relaciones sociales. No es el único sistema desde luego, pero tiene un alcance muy amplio puesto que atraviesa todas las dimensiones sociales y cruza con todas las variables.³ La estructura de dominio-subordinación recibe diversos nombres:⁴ subalternidad (MacKinnon), opresión (Young), desigualdad estructural (Clérico), subdiscriminación (Barrère) o discriminación estructural. Estas categorías, aun no siendo enteramente coincidentes, pueden ser consideradas adecuadas para identificar en los sistemas jurídicos el tipo de desigualdades que encuentran su significado en una o más estructuras de poder. La idea a subrayar es que tales estructuras tienen capacidad para ordenar las relaciones sociales, para atribuir o asignar estatus (subordinados o inferiores, privilegiados o superiores) y sobre todo tienen capacidad para establecer

² El concepto “género” y su trasfondo son de gran complejidad. En el ámbito del derecho y en otros campos se considera adecuado entender que género denota la construcción social elaborada sobre la base de la existencia de dos sexos biológicos, y las características sociales, culturales y psicosociales que de ahí se imponen como pautas de identidad y de conducta al sexo femenino y al sexo masculino. Por tanto, género no es sinónimo de mujer. Como consecuencia de esta socialización interiorizada, el género masculino resulta ser expresión de un valor de superioridad y el género femenino de subalternidad o inferioridad, lo que se traduce en formas de objetivación del poder. La noción de sistema sexo/género se construye teóricamente sobre la reflexión feminista a propósito del patriarcado, lo que significa que la discriminación no es sólo una brecha en la igualdad de trato, sino algo más profundo que se vuelve reiterativo desde un patrón sistemático. Un sistema de dominación que expresa la desigualdad delimitando espacios jerárquicos que funcionan como barreras de pertenencia o exclusión.

³ La profundidad de esta dimensión sistémica y su articulación con otros factores (ideologías, intereses, estereotipos, símbolos, representaciones, mitos) explica que se caracterice los estereotipos de género como socialmente dominantes y persistentes. COOK & CUSAK 2010: 25.

⁴ MACKINNON reconduce la pregunta por la igualdad a una cuestión de redistribución del poder. “El género ni siquiera designaría diferencias, podría incluso no significar distinción epistemológicamente, si no fuera por sus consecuencias en el poder social” (1987: 40). De ahí que señale, que la prohibición de discriminación se dirige a eliminar la inferioridad social de un sexo sobre otro y desmantelar una estructura social que mantiene prácticas acumulativas sobre las mujeres que consolida su situación de exclusión o desventaja. (YOUNG 1999: capítulo 2, CLÉRICO 2018: 74-80, BARRÈRE 2003, 2018).

dinámicas e inercias para reproducir estas relaciones de subordinación (Barrère, 2018, p.32).

Ante esta situación, el feminismo -también el feminismo jurídico- propone, como es sabido, eliminar la subordinación y hacerlo desde sus raíces; esto es, tratando de dismantelar, en un sentido crítico y emancipatorio, sus condiciones de posibilidad que suelen mantenerse ocultas o invisibles. En este punto es donde adquiere su importancia el valor que el feminismo atribuye a la comprensión adecuada de la interacción entre la vida en el espacio público (social) y en el espacio privado (doméstico) y la revisión de la categoría de autonomía. La autonomía adquiere un mayor protagonismo en la medida en que se considera fundamental poner de manifiesto su trasfondo contextual y relaciona, porque la autonomía es relacional,⁵ los procesos sociales vinculados a la recursividad entre lo público-privado (Moller Okin, 1998; Mestre, 2011, p.148-150); en definitiva, las realidades en las que las mujeres deciden. Por ello se considera que la experiencia de las mujeres y la resolución de los problemas cotidianos a los que han de responder constituye un espacio fértil de estudio para el feminismo jurídico, como evidencia, por ejemplo, la forma de aproximarse a los derechos sexuales y reproductivos (Villanueva, 2018). Para el feminismo jurídico la autonomía de las mujeres no ha de tener lugar solo en el ámbito jurídico privado, sino que ha de ser también el corazón del derecho público (Rodríguez, 2013).

En el esfuerzo por desvelar la naturaleza sistémica y estructural de la posición de las mujeres desde un análisis jurídico, destaca la perspectiva adoptada por la CEDAW en 1979 y en general por los estándares jurídicos internacionales, probablemente más sensibles a los aportes o al desarrollo del feminismo jurídico que los sistemas jurídicos estatales (Coomaraswamy, 2015). La Convención, especialmente en los artículos 2 y 5, ofrece una visión compleja sobre la noción de discriminación directamente relacionada con el enfoque de derechos humanos. De entrada, destaca distintas vertientes del

⁵ ÁLVAREZ señala a estos efectos que, si se pretende fortalecer la autonomía personal y reproductiva, abordar los derechos sexuales y reproductivos no puede hacerse al margen de esta realidad ni con independencia del contexto en el que las mujeres deciden, por tanto “sin atender a las relaciones de género, maternidad, paternidad, cuidado, trabajo, filiación y justicia” (ÁLVAREZ 2017: 141, 2018: 42 y ss.).

concepto: formal, sustancial, estructural –aunque no se sirve exactamente de esta terminología⁶, y también establece las pautas para su erradicación en cualquiera de sus formas (Cusack y Pusey, 2013). El artículo 5⁷ representa, en palabras de Holmaat (2010, p.204) una norma jurídica única en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos en la lucha contra la discriminación sobre las mujeres, y nos pone sobre la pista de las cuestiones que se abordarán más adelante en este trabajo. El objetivo de eliminar –no solo prohibir- la discriminación supone adoptar una visión comprehensiva de los obstáculos a la igualdad y de los efectos perjudiciales que ésta impone. Interpretados estos no de una forma aislada e individual, ni como resultado de acudir a modelos comparativos que asimilan las necesidades y las preocupaciones de las mujeres a las de los hombres, dejando intactos los patrones masculinos existentes, tal como denuncia Holmaat (2010, p.203). Además, prescribe un compromiso activo de las autoridades estatales en la erradicación de todas las formas de discriminación, actuando sobre las causas y el de la opresión o la subordinación de las mujeres, que no son otros que puntos de vista estereotipados acerca de lo que es masculino y femenino. De ahí las obligaciones orientadas a abolir estereotipos de género en todos los espacios y aquellas encaminadas a examinar las propias normas, políticas y prácticas desde estos parámetros. Sin desconocer que “cuanto mayor igualdad establece el derecho, más sutil es la discriminación de género, precisamente porque los estereotipos sobre los papeles "tradicionales" del hombre y la mujer están profundamente arraigados”⁸.

Pues bien, entre las estrategias jurídicas de modificación de la situación de subordinación sistémica, el derecho antidiscriminatorio es un mecanismo fundamental en los sistemas jurídicos, aunque no se le atribuya siempre el mismo sentido y justificación, como veremos. Es indiscutible que el feminismo jurídico ha realizado

⁶ Igualdad formal, igualdad material e igualdad transformadora (art. 2.f y 5). CUSACK Y PUSEY 2013.

⁷ CEDAW, Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

⁸ Voto concurrente del Juez Yudkivska en el *Caso Carvahlo Pinto contra Portugal*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sentencia del 25 octubre 2017, p. 23

contribuciones decisivas, tanto conceptuales como argumentativas e interpretativas en muchas áreas del derecho y en un amplio abanico de instituciones jurídicas particulares. En este sentido, el derecho antidiscriminatorio es uno de sus espacios de análisis privilegiado. Centraré mi examen en alguno de los argumentos que hoy se encuentran en el centro del debate en el marco del derecho antidiscriminatorio desde la perspectiva de género.

II. Reflexiones sobre y desde el derecho antidiscriminatorio

La legislación sobre igualdad de género se ha movido esencialmente con instrumentos propios de las políticas antidiscriminación basadas en el principio de igualdad de trato. Aunque con el tiempo se han ampliado para dar cabida a los análisis que incorporan la idea de que la desigualdad entre mujeres y hombres tiene su razón de ser en las relaciones desiguales de género en una estructura social de subordinación para las mujeres, el marco no ha dejado de ser el de las políticas y el derecho antidiscriminatorio. La exclusión de las mujeres ha sido considerada y tratada fundamentalmente como un problema de falta de acceso a recursos y oportunidades. La cuestión es que esta disparidad de enfoques permanece de forma explícita o latente y es generadora de tensiones significativas.

Así, el uso del término discriminación se corresponde con los estándares normativos más tradicionales en los que la discriminación se aplica e interpreta a partir de tres elementos: un trato o un acto de discriminación, una razón o motivo (catalogado como prohibido) y un resultado en términos de lesión de derechos,⁹ conceptualizando la discriminación como ruptura de la igualdad de trato. En este sentido, como escribe BODELÓN “es un concepto que individualiza el problema y lo convierte en un problema de

⁹ Por ejemplo, artículo 1 de la Convención Internacional de la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) o el artículo 1 de la CEDAW: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

las personas excluidas...trata a las mujeres como víctimas de situaciones individuales y no como el ejemplo del fracaso del modelo, como ejemplo de las insuficiencias de la ciudadanía liberal y de la existencia de opresiones no abordadas” (Bodelón, 2010, p.88). Así, aunque la forma de expresarse del feminismo ha sido a través de categorías como opresión, violencia, subordinación, explotación, desvalorización de las mujeres como personas y de su aporte social; la traducción de estas categorías en términos jurídicos, como advierte Holmaat, las ha redefinido automáticamente en términos de igualdad e igualdad de trato (Holmaat, 2014, p.194-195). La cuestión por tanto no se centra en la opresión de las mujeres o las relaciones de poder, sino en su desigualdad. Las reformas jurídicas se orientaron a reconocer que mujeres y hombres merecían igual tratamiento sobre la base de ambos sexos al ser comparados uno con el otro. Este es un rasgo característico, por ejemplo, de las Directivas de Igualdad de la UE.¹⁰

En distintos ámbitos de los sistemas jurídicos, por ejemplo: las relaciones familiares, los derechos sexuales y reproductivos, la libertad personal y seguridad, la violencia contra las mujeres, los derechos laborales y las condiciones de trabajo, la ciudadanía, se cuestiona reiteradamente por qué a pesar de logros en la igualdad formal y del despliegue de normas específicas sobre igualdad entre mujeres y hombres, seguimos encontrando fuertes limitaciones para superar la discriminación estructural. Una discriminación, como advierte Clérico (2011, p.149 y ss), que no es puntual, individual, sino que responde a un patrón o una práctica sistemática de discriminación cuyos efectos no pueden ser revertidos para las personas afectadas, individualmente consideradas. Y es que, en efecto, la visión sobre el derecho antidiscriminatorio y su alcance desde el paradigma de la igualdad de trato es origen de una fuerte tensión. Ante ella, en las últimas décadas, la teoría feminista, también la jurídica, propone una

¹⁰ La prohibición de la discriminación en sentido específico tiene un contenido que ha venido sedimentándose a través del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la Unión Europea, en especial las Directivas 2000/43 sobre igualdad de trato por origen racial o étnico; la DI 2000/78 en relación a la igualdad de trato en el empleo y la 2006/54 sobre igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación que marcan el alcance del derecho a la no discriminación. Directiva 2004/113/CE, 13 de diciembre sobre principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes, servicios y suministros. Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

concepción, una forma de entender la discriminación que no es coincidente con el concepto de discriminación propio de la cultura jurídica tradicional, puesto que considera la discriminación (estructural) sobre todo como un proceso sistémico; y, por tanto, los actos discriminatorios concretos son individualizables, pero en realidad solo son un epifenómeno de procesos sociales subyacentes. La idea de discriminación sistémica o estructural tiene capacidad para no visualizar solo las causas, sino también los efectos de los procesos de discriminación, lo que resulta patente, por ejemplo, en supuestos como el porcentaje de mujeres que es titular no voluntario de un contrato a tiempo parcial,¹¹ el índice de cuidadoras de personas dependientes y niños, las tasas de empobrecimiento de mujeres y niños como consecuencia de situaciones de divorcio o los resultados de ingresos y rentas de mujeres en ámbitos donde existe igualdad de oportunidades educativas. Como afirma Mercat-Burns (2018, p.4), el concepto de discriminación sistémica es un marco valioso para comprender cómo los efectos perjudiciales de la discriminación pueden ser abordados a través de las principales funciones del derecho antidiscriminatorio. Argumentos de este tenor se encuentran en la base de las propuestas encaminadas a acuñar la expresión “derecho antisubordinación” (Barrère, 2018) como categoría que sintetiza la dirección en la que puede avanzar el derecho antidiscriminatorio.

En coherencia con estos presupuestos y en atención a la idea de reforma de los ordenamientos jurídicos para convertirlos en una herramienta que coadyuve a lograr sociedades más justas e igualitarias, la perspectiva crítica discute que el derecho antidiscriminatorio se sustancie y agote en la distinción entre dos clases de discriminación jurídica –directa e indirecta-¹², insuficientes para integrar la concepción

¹¹ El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de examinar la evolución de estos contratos a tiempo parcial en dos sentencias que tienen 15 años de distancia. STC 253/2004 y la STC 91/2019. En el Fundamento jurídico 10.b de esta última se afirma que los datos permiten confirmar, quince años después, que el contrato a tiempo parcial afecta de modo patente al sexo femenino, prácticamente en un porcentaje inalterado y el tratamiento jurídico objeto de examen puede justificarse objetivamente por razones de política social.

¹² De acuerdo con las Directivas Europeas: "Se considerará que existe discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que lo es, ha sido o sería tratada en una situación comparable, por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1", "se considerará que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúen a las

más amplia de la que venimos hablando (Añón Roig, 2013). A pesar de que se puedan haber acogido otros tipos de discriminación, fundamentalmente por parte el *Tribunal europeo de derechos humanos* (TEDH) y el *Tribunal de justicia de la Unión Europea* (TJUE), así como en textos internacionales de derechos humanos, como son: la discriminación interseccional, múltiple, la discriminación por asociación, o que haya referencias de orden interpretativo a la discriminación estructura;¹³ el esquema clasificatorio se ha mantenido básicamente inalterado a través de las dos categorías mencionadas.

Por todo ello, parece procedente insistir en aquellas propuestas que van dirigidas a destacar que en el propio razonamiento sobre la cláusula antidiscriminatoria se dan elementos que obligan a superar la visión dicotómica sobre las clases de discriminación y asumir que la distinción entre ellas resulta limitada e insuficiente. Clasificar la discriminación exclusivamente como directa o indirecta no solo impide superar una versión del derecho antidiscriminatorio vinculada a los parámetros de la igualdad de trato, sino que también limita el alcance (transformador) que podría tener la discriminación indirecta si se consiguieran introducir normas en los sistemas jurídicos con capacidad real para quebrar los patrones normativos que atribuyen determinados roles sesgados a mujeres y hombres.

Asimismo, el razonamiento propio del juicio de igualdad ha de introducir algunos parámetros que exigen la inclusión en la argumentación jurídica de conocimientos relativos a aspectos como el contexto social y los efectos sociales de las normas jurídicas,

personas que tengan una determinada religión o creencia, una determinada discapacidad, una determinada edad o una determinada orientación sexual en una situación de desventaja particular con respecto a otras personas, a menos que dicha disposición, criterio o práctica se justifique objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".

¹³ Reconocida como modalidad de discriminación autónoma por parte del Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General nº 22. Discriminación sistémica: "El Comité ha comprobado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos es generalizada y persistente y está profundamente arraigada en el comportamiento y la organización social, lo que a menudo supone una discriminación indiscutible o indirecta. Esa discriminación sistémica puede entenderse como normas jurídicas, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que crean desventajas relativas para algunos grupos, y privilegios para otros grupos". CDESC "La no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales", E/C.12/GC/20, 2009, §12.

los presupuestos estructurales que existen tras las ellas o los estereotipos que siguen siendo utilizados para justificar el trato diferenciado, para perjudicar, en unos casos y para privilegiar, en otros. Esto es, que resulta necesario asumir la ampliación del rango de argumentos justificatorios y tales argumentos encuentran su sentido y origen en enfoques que precisan tener en cuenta la discriminación sistémica o estructural en los procesos discriminatorios (Añón Roig, 2013; Barrère y Morondo, 2013, p.44-45).

III. Cuestiones argumentativas. A vueltas con la determinación de las causas de discriminación

Los argumentos a los que me voy a referir y que pueden ser considerados avances en la aproximación a este ámbito del razonamiento se han planteado en el marco de la teoría crítica al derecho antidiscriminatorio estándar. Para evidenciar este cambio se utilizan expresiones como derecho antidiscriminatorio antisubordinación (Barrère, 2018) frente al derecho antidiscriminatorio de las clasificaciones (Pou, 2015, p.175-176), o derecho antidiscriminatorio crítico o derecho sobre la desigualdad estructural (Clérico, 2018).

Entre las propuestas actuales, me referiré a dos argumentos dirigidos a afrontar la discriminación por razón de género en un contexto de desigualdad estructural. En primer término, la reflexión sobre el valor del término de comparación y, en segundo lugar, la identificación de los estereotipos de género.

III.1. Sobre el valor del término de comparación

El planteamiento se inscribe en la línea de cuestionar y reformular el peso del razonamiento de tipo comparativo que caracteriza el enfoque del derecho antidiscriminatorio tradicional. En este modelo, la apelación a un “término de comparación” ha sido una pieza clave en la arquitectura del razonamiento dirigida a

evidenciar la existencia de una discriminación, especialmente, en el supuesto de la discriminación directa (Réaume, 2013, p.13).

El razonamiento propio de la discriminación directa exige, como punto de partida, comparar un tratamiento que se impugna con el recibido por otra persona, otros sujetos u otra clasificación legislativa.¹⁴ Este sujeto o esta clasificación legislativa vinculada a un tratamiento o una solución normativa constituye el término de comparación.¹⁵

Alegar, por tanto, un término de comparación forma parte de la carga de la argumentación para evidenciar o probar la discriminación. Evidentemente, este es solo un elemento, puesto que la discriminación implica una afectación de los derechos basada en una diferencia de trato que no pueda reputarse como racional y proporcional, no se considera un trato justificado por razones objetivas y no persigue un fin legítimo. Todos estos parámetros han suscitado cuestiones relevantes desde los presupuestos de la categoría de género y ha sido fundamentalmente esta la perspectiva que ha propiciado argumentos dirigidos a su modificación, cuestionando básicamente que el término de comparación, cualquiera que este sea, obtendrá un tratamiento jurídico diferenciado basado también en el género (masculino o femenino). En este sentido el peso de la argumentación ha ido deslizándose hacia el motivo protegido o prohibido; esto es, hacia la prueba del nexo causal del trato desfavorable y el motivo protegido y hacia los efectos de la norma.

Llamaré la atención en este contexto fundamentalmente sobre los límites del uso y la fuerza argumentativa del término de comparación, así como algunos de los

¹⁴ GIMÉNEZ GLUCK 2004. En sentido coincidente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde la sentencia *Caso lingüístico belga* estableció un test para apreciar la desigualdad que se ha aplicado en todos los casos afectados por el artículo 14 del Convenio Europeo. El test se articula a partir del examen sobre si el trato diferente entre supuestos comparables está justificado objetivamente, si sus efectos son o no compatibles con la naturaleza de las sociedades democráticas y si existe proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida (Freixes, 1995: 100)

¹⁵ La Legislación británica de Igualdad de 2010 se refiere a ello en los siguientes términos: "[e]l término de comparación es alguien que está en la misma situación o en una situación similar a la suya, pero que no tiene la misma característica protegida. La sección 13 de la Ley establece "Una persona (A) discrimina a otra (B) si, a causa de una característica protegida, A trata a B menos favorablemente que A trata o trataría a otros. Si la característica protegida es el sexo (a) el trato menos favorable a una mujer incluye el trato menos favorable a ella por estar amamantando; (b) en el caso de que B sea un hombre, no se tendrá en cuenta el trato especial otorgado a una mujer en relación con el embarazo o el parto".

presupuestos en los que queda anclado este razonamiento. Entre ellos, destacaría los siguientes:

Primero: el término de comparación concita las críticas que tradicionalmente el feminismo jurídico ha dirigido al falso universalismo, que parte de la premisa de que no hay discriminación cuando hay indiferenciación. El punto de comparación es interpretado como un estándar, convertido en modelo normativo respecto del cual la diferencia se interpreta como desviación, estigma, patología (Golberg, 2011, p.772-775). Cargado de presunciones e ideas implícitas y de naturalización de las diferencias, lo existente aparece como lo natural, neutral e inevitable. La selección del término de comparación deriva del imaginario social y en muchas ocasiones se trata de modelos que replican y refuerzan exactamente aquellas diferencias y estereotipos que conceptos tales como el de discriminación directa venía a desafiar (Bramford, Malik, O'Conneide, 2008, p.278) De ahí que la racionalidad comparativa se haya identificado con el asimilacionismo (West, 2000, p.159; MacKinnon 1987, p.37-38) y el riesgo de dejar inmodificadas las normas y las prácticas preexistentes dotadas de género. El término de comparación en este campo se considera, en definitiva, cargado de presunciones erróneas y estereotipadas que habría que identificar y dismantelar antes de proceder a su uso.

Segundo: el término de comparación debe ser adecuado, válido, relevante, creíble. Para ello podemos recurrir al razonamiento analógico, según el cual dos casos deben considerarse iguales o similares cuando la introducción en uno de ellos de un factor que lo diferencie del otro carezca de suficiente relevancia y base racional.¹⁶ Sin embargo, la determinación de la validez del término de comparación es una cuestión espinosa y de un casuismo casi inevitable. Hay que tener en cuenta que el término de comparación es el primer filtro en el juicio de igualdad y en el de discriminación, previo al examen de racionalidad del trato y previo, en su caso, al examen de proporcionalidad o test agravado o estricto. La valoración de la idoneidad no es clara y puede llevar a rechazar la validez del término y con él la desigualdad, por tanto, sustituir el juicio de igualdad

¹⁶ Esta es la doctrina del Tribunal Constitucional español desde la decisión STC 68/1990.

que supondría sobre todo valorar la finalidad de la medida o la norma, lo que supone un empobrecimiento de la justificación de la decisión. El criterio que parece imponerse para determinar las diferencias o la analogía entre las situaciones jurídicas es que este juicio no proceda en abstracto, en general, sino en relación con el sentido o finalidad de la norma jurídica en cuestión.¹⁷ No obstante, Golberg (2011, p.740) señala que es una cuestión especialmente espinosa establecer un término de comparación adecuado cuando es necesario analizar procesos sociales discriminatorios que implican cuestiones sociales complejas y no sólo una acción concreta y particular. Un requisito que parece presuponer que la identificación de categorías de sujetos y clasificaciones legislativas no es problemática en el razonamiento antidiscriminatorio (Añón Roig, 2013, p.128-129).

Tercero: también se afirma que, si el término de comparación es un indicio del nexo causal entre el tratamiento jurídico y el motivo protegido, la razón o el criterio sobre el que se basa la discriminación, estamos, en realidad, ante dos razonamientos o dos pasos en la argumentación que se encuentran entrelazados de forma tal que, en ocasiones, no se puede determinar el trato menos favorable sin decidir sobre la razón o motivo (Bamforth, Malik y O'Conneide, 2008, p.276). Los mencionados autores destacan en él dos funciones: la de establecer un estándar que constituye un tratamiento adecuado frente al que se juzga el trato menos favorable, lo que en si ya es problemático, y la de identificar si los rasgos prohibidos son la razón que ha influido en la toma de decisión de la persona que discrimina. Golberg subraya que su mantenimiento puede hacer imperceptible el vínculo entre el motivo o rasgo protegido y la reducción de oportunidades o el trato adverso, e incluso convertirse en una barrera en las demandas de discriminación. De ahí su propuesta de avanzar a su consideración como elemento

¹⁷ Este es también el planteamiento del TEDH. A título de ejemplo: TEDH, *Petrov v Bulgaria* nº 15179/02, 22 de mayo de 2008, par 55. TEDH, *Varnas v Latvia*, nº 42615/06, 9 de julio de 2013. Sin embargo, el TJUE examina la analogía de los asuntos relacionados con la igualdad retributiva, atendiendo a si el trabajo realizado por la mujer trabajadora es "igual" o de "igual valor" al del varón trabajador. TJUE, C-256/01, *Debra Allon/Accrington & Rossendale Colleague, Education lecturing Services, and Secretary of State for Education and Employment*, 13 de enero de 2004. El TJUE en la decisión C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD/Komisia za zashita ot diskriminatsia*, 16 de julio profundiza en algunos aspectos del concepto de discriminación, la diferencia entre discriminación directa e indirecta y la adecuación de la referencia comparativa. No se trata de un caso de discriminación por razón de género, pero se trata de una sentencia relevante.

alternativo y/o complementario en este el razonamiento (Golberg, 2011, p.737, 751-752).

En este orden de cosas, hay propuestas encaminadas a limitar el peso y el alcance del término de comparación como forma de establecer la presunción de discriminación más acordes con las ideas que prescribe la CEDAW que con el modelo –comparativo- que representan, por ejemplo, las Directivas sobre igualdad de la UE. Hablaríamos así de determinar la discriminación “sin comparación” como vía más acorde con la toma en consideración de la complejidad de los procesos discriminatorios, como procesos sociales, sistémicos, que pueden ser interseccionales e intergrupales y con el objetivo de avanzar en la visibilización e identificación de los patrones sociales de subordinación (Barrère y Morondo, 2015, p. 39-40; Holmaat, 2010, p.203-204). Esta tesis tendría como corolario una reformulación del concepto de discriminación directa, entendiendo por tal un tratamiento jurídico perjudicial para una persona y/o una clase de sujetos basado en un criterio prohibido para establecer diferencias. Entre las propuestas habría que referirse a las siguientes.

En primer término, y con la finalidad de reconocer en cierto modo la dimensión sistémica, especialmente de la discriminación directa, han quedado establecidos ciertos supuestos que no tendrían término de comparación.¹⁸ Como ocurre con el trato adverso que puede derivarse de dimensiones como maternidad, lactancia, acoso sexual, permisos parentales, órdenes para discriminar o la violencia sobre las mujeres. Precisamente, los tribunales entienden, que casos como los mencionados “no tienen” término de comparación y, por lo tanto, la discriminación ha de presumirse.¹⁹ Se asume así que se

¹⁸ Comité DESC, Observación General 22, §8. “La no discriminación y los derechos sociales y culturales. (artículo 2, parágrafo 2 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)” E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009. *Nna Pacífica Dekker/Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*, 8 de noviembre de 1990

¹⁹ Existe una jurisprudencia consolidada del TJUE desde la década de los años noventa, en relación con el perjuicio asociado a las situaciones de embarazo, los permisos de maternidad o el sometimiento a un tratamiento de fecundación in vitro en los que no se exige identificar ninguna referencia comparativa, al menos en el marco del empleo y las relaciones laborales que es el espacio privilegiado de discriminación en la Unión Europea. Se trata de casos que las Directivas europeas en la materia clasifican como discriminación directa (TJUE, C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacífica Dekker/Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*, 8 de noviembre de 1990). En otras materias, como los permisos parentales, la jornada de trabajo, las diferencias retributivas, u otro tipo de condiciones de trabajo, el término de

puede mostrar directamente la discriminación apelando a la razón del trato recibido, a la razón sobre la que se basa un tratamiento concreto, sin prueba comparativa.

Un razonamiento que, sin duda, facilita explicitar las medidas falsamente protectoras o que generan mayor exclusión, frente al examen que proporcionan los criterios de tipo comparativo. Se trataría, en definitiva, de una presunción normativa que altera la distribución de la carga de la prueba y obliga a la parte denunciada a probar que no hubo discriminación.²⁰ Por lo tanto, rompen el principio igualitario de que quien alega ha de probar, puesto que está orientada a facilitar la prueba de las pretensiones de una de las partes.

En segundo lugar, también se inscribe en este contexto el argumento que propone acentuar el peso de la argumentación en la finalidad de la norma, medida o práctica y la legitimidad o admisibilidad de tal finalidad justificada constitucionalmente o en virtud del principio de convencionalidad. Esto significa que a quien corresponde la carga de la argumentación habría de asumir, como propone Pou,²¹ un contenido mínimo que comprendería: identificar los objetivos y necesidades que han orientado la decisión, la norma, o la práctica; la conformidad de tales objetivos con la constitución y los derechos fundamentales, así como los argumentos que hacen de la decisión algo razonable a la luz de los objetivos. A saber, los criterios para la justificación del objetivo de la regulación o medida en que el principio de igualdad sustantiva puede desempeñar un papel

comparación es un criterio clave tanto en la discriminación directa como en la indirecta, donde el comparador se identifica a través de un grupo. Por lo tanto, la exigencia del término de comparación no deriva de identificar algunos supuestos como discriminación directa, sino de las razones que justifican que son supuestos en los que no hay término de comparación válido y se presume la discriminación.

²⁰ La distribución de la carga de la prueba constituye el punto central que marca la emergencia del derecho contemporáneo de la igualdad, aunque se trata de un tema que aquí no será abordado. No obstante, en muchos ordenamientos jurídicos, como el español, en sentido estricto no procede una inversión de la carga de la prueba, sino de una distribución de la carga entre las partes. Con respecto a las presunciones, vid. AGUILÓ 2018.

²¹ Pou (2015: 170-171) explica su tesis a partir de una sentencia de la Corte Suprema de México sobre discriminación por razón de edad y de género relativa a dos anuncios de empleo claramente discriminatorios. Resulta interesante el razonamiento de Pou cuando afirma, al hilo de la argumentación que corresponde a quien discrimina –en este caso una empresa– lo siguiente: “[e]llo permitiría examinar y valorar, por ejemplo, si ‘la conservación de una imagen corporativa’ es un fin legítimo para una empresa en relación con la contratación de personal. Puede ocurrir que la selección y difusión de ciertas imágenes corporativas -y no solo los medios de la empresa para mantenerla- pudiera ser incompatible con la constitución. Una imagen corporativa puede ser racista, clasista, homofóbica, misógina. No debería aceptarse que como fin genérico y bajo cualquier posible concreción, es legítimo.” (Pou 2015: 172).

especialmente relevante, dado que sería el objetivo final. En este sentido, el razonamiento comparativo puede no estar en condiciones de detectar si una norma o práctica tiene un impacto que mantiene o agrava la situación de desventaja, algo que podría proporcionar un examen de tipo contextual.

En tercer lugar, fundamentalmente por la percepción creciente de la existencia de fenómenos de discriminación que no son conscientes o voluntarios, sino efectos de la reproducción social de prejuicios y estereotipos, hoy se incide en un análisis de la discriminación que privilegia los factores objetivos –entre ellos, el *efecto o resultado* discriminatorio, sobre la *intención* de discriminar (Morondo, 2013, p. 186-187), como ocurre tanto en determinados supuestos de la discriminación directa y la indirecta. Como advierte Timmer: "Los estereotipos no son de naturaleza comparativa: no derivan de una comparación con otro grupo que haya sido tratado mejor" (Timmer, 2015, p.239, 252). De ahí la propuesta de Pou (2015, p.175) de incluir en el razonamiento un examen que precise si la acción o la norma cuestionada crea, perpetúa o agrava algunos de los prejuicios o daños que comporta la discriminación, si el trato que establece la norma perpetúa la subordinación o las desventajas. En el siguiente apartado veremos que estos efectos se valoran también en relación con el concepto de daño o perjuicio que ocasionan y que justificaría abandonar el recurso a un razonamiento comparativo como prueba de la discriminación (Gerards, 2005).²²

En este rango de argumentos más sustantivos se sitúan las propuestas orientadas a determinar la discriminación tomando en consideración el contexto en el que se produce (Bartlett, 1990; Facio, 2004; Álvarez, 2017). En ese sentido, aunque existan casos comparables, la presencia del estereotipo hace que el razonamiento contextual tenga mayor peso que el comparativo, como trataré de mostrar.

III.2. Estereotipos de género: identificación y deconstrucción

²² GERARDS 2005, 669-675. Razonamiento que se evidencia en el caso ECHR *Konstantin Markin contra Rusia*, 22 de marzo de 2012.

Hemos partido de la tesis, respaldada por lo prescrito en el artículo cinco de la CEDAW, de que una de las vías fundamentales para erradicar la discriminación sistémica pasa por reconocer que sus causas responden, en gran medida, a estereotipos de género masculinos y femeninos. A estos efectos, destaca la tarea de identificar los posibles estereotipos que subyacen a las normas, prácticas o decisiones jurídicas, a desarticularlos o descomponerlos en sus elementos y a modificarlos.

El concepto acuñado por Cook y Cusack (2010, p.23; 2014) entiende por estereotipo a una visión generalizada o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular que tiene, debe tener, o que tales personas deben cumplir. La cuestión clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características, sean o no comunes a las personas que lo integran, existe una expectativa de que la persona en concreto actuará de conformidad con la visión generalizada que se tiene sobre ella. El concepto presentado tiene una doble dimensión o un carácter mixto, puesto que los estereotipos pueden cumplir una función descriptiva, cuando establecen propiedades o características de un grupo y/o una función normativa, en tanto definen los roles que deben desempeñar ciertas categorías de personas.²³ Los estereotipos tienen un origen social que los sistemas jurídicos absorben y también crean a través de la legislación y los procesos de interpretación y aplicación.²⁴

A los efectos que aquí se tratan, una distinción relevante es la que distingue entre estereotipos de género nocivos²⁵ y estereotipos de género negativos.²⁶ Desde la perspectiva de los derechos humanos es importante poder explicar qué hace que un

²³ El Comité CEDAW ha estudiado en profundidad el tema de los estereotipos de género y ha fundamentado diversos teniendo esto en cuenta. Así el caso *Angela González vs. España* (2014) considera que “las autoridades encargadas de otorgar protección privilegiaron el estereotipo de que cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar de derechos de visita y de que siempre es mejor para un niño ser educado por su padre y su madre; ello sin realmente valorar los derechos de la menor e ignorando que esta había manifestado tener miedo a su padre y rechazaba el contacto”

²⁴ UN, OHCHR Commissioned Report, *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*, 2013: 4-5. Uno de los temas que ha recibido especial atención es la cuestión de la valoración del testimonio de la víctima (mujer) y su credibilidad en casos de violencia sexual en todos los niveles jurisdiccionales; Comité CEDAW caso *Karen Tayag Vertido v. The Philippines* (julio 2010). Sobre este caso, véase Cusack (2014: 25) y Cusack y Timmer (2011)

²⁵ CEDAW *V.V.P. contra Bulgaria*, UN Doc. CEDAW/C/53/D/31/2011 (24 de noviembre de 2012), párr. 9.6

²⁶ CEDAW *R.K.B. contra Turquía*, UN Doc. CEDAW/C/51/D/28/2010 (13 de abril de 2012), párr. 8.8.

estereotipo sea perjudicial o cause un daño y qué hace que sea negativo pero no dé lugar a un daño. Los estereotipos nocivos pueden ser tanto hostiles como negativos (por ejemplo, las mujeres son irracionales, las mujeres no están dispuestas a dedicar tanto tiempo a su trabajo como los hombres) o aparentemente benignos (por ejemplo, las mujeres son cariñosas). Por lo tanto, desde la perspectiva de los derechos humanos, es importante centrarse en los estereotipos de género perjudiciales, en lugar de los estereotipos de género negativos. Un estereotipo de género –o los estereotipos compuestos- no ha de ser necesariamente negativo para provocar un daño (las víctimas de abusos sexuales deberían reaccionar de forma explícita y firme). Esto ocurriría con aquellas generalizaciones, características o roles que se entiende que deben ser desempeñados y que limitan la capacidad para desarrollar la autonomía, las habilidades personales, la toma de decisión sobre un plan de vida como, por ejemplo, desarrollar una carrera profesional. Desde el punto de vista jurídico lo relevante son los estereotipos negativos o positivos que ocasionan un daño o un perjuicio que será valorado en términos de afectación negativa o lesividad en el reconocimiento, ejercicio y tutela de los derechos, en particular cuando tienen efectos en el acceso y el ejercicio de derechos tan básicos como la alimentación, la salud o la educación.²⁷

Puesto que esas imágenes estereotipadas pueden reflejar e incluso reforzar la distribución desigual del poder que sitúa a personas o a un colectivo en una posición de subordinación y al otro, debido a la asignación de roles sociales, en una posición de ventaja, Clérico (2018, p.74) propone desarticular las razones que se alegan para justificar la afectación de los derechos y evaluarlas a través de un examen estricto de

²⁷ Olivier De Schutter, *Informe del relator especial sobre el derecho a la alimentación*, UN Doc. A/HRC/22/50, 24 de diciembre de 2012), párr. 27(b); Magdalena Sepúlveda Carmona, *Informe de la relatora especial sobre la pobreza severa y los derechos humanos*, UN Doc. A/HRC/21/39 (18 de julio de 2012), párr. 24, 83; Raquel Rolnik, *Informe de la relatora especial sobre la vivienda adecuada como parte del derecho a un standard de vida adecuado y el derecho a la no discriminación* UN Doc. A/HRC/19/53 (26 de diciembre de 2011), párr. 4, 64. Anand Grover, *Informe del relator especial sobre el derecho de toda persona a gozar el más alto estándar alcanzable de salud física y mental* UN Doc. A/66/254 (3 de agosto de 2011), párr. 16.

igualdad, evidenciando la discriminación por género.²⁸ Esta modalidad de juicio exige no llevar a cabo un mero examen de racionalidad, sino de proporcionalidad que incorpore algunas exigencias agravadas de justificación. El punto de partida es una presunción de falta de justificación de la discriminación, trasladando la carga de la argumentación a quienes alegan la justificación de la clasificación, generalmente, el Estado. La medida adoptada debe ser la más idónea para alcanzar el fin propuesto. La arbitrariedad solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes –por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente (Chemerinsky, 2006, p.671)–, una finalidad constitucionalmente legítima y que no exista ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación. En el escrutinio estricto puede hablarse, además, de una regla epistémica que establece que, si persisten dudas al final de la argumentación, tanto la clasificación como sus efectos deben ser considerados como arbitrarios (Clérico, 2011, p. 147-148).

Entre las propuestas más articuladas se puede atender a los pasos en la argumentación señalados por Timmer (2011, p.718; 2016) en los procesos de identificación y valoración de los estereotipos por parte de los tribunales.

El primero está dirigido a identificar los estereotipos. El razonamiento sobre si una norma o una práctica está basada en un estereotipo perjudicial debe ser examinado por el tribunal considerando el prejuicio como un daño moral y/o social. Para ello, es necesario proceder a una rigurosa valoración judicial del contexto que no solo sirve para sacar a la luz los estereotipos, sino también para comprender hasta qué punto son perjudiciales y explicitar y problematizar qué experiencias ha naturalizado una

²⁸ Con relación a la Corte Interamericana, el primer caso sobre estereotipos de género es el *caso González y otras vs México* (Campo Algodonero) de 2009 y el *caso Atala Riffo vs Chile* de 2012. Otros casos han identificado estereotipos sobre personas con VIH, concepción de familia y otras

sociedad.²⁹ Sin llevar a cabo una interpretación del contexto, difícilmente podrán ser identificados. Además, otra idea clave es relacionar el o los estereotipos como generalización que produce o tiene unos efectos dañosos (Pou, 2015, p.179). De acuerdo con Moreau (2004, p.7-23) y con Clérico (2016, p.220), en presencia de estereotipos, el daño se infiere de alguna de las siguientes situaciones: (i) perpetúa relaciones de poder opresivas, impone cargas a las mujeres; (ii) deja a algunas personas sin acceso a bienes básicos, niega algún beneficio a las mujeres; (iii) disminuye la autonomía y el autorespeto de las personas porque repercute en dimensiones que afectan centralmente el control sobre la propia vida o a decisiones básicas relacionadas con ella, degrada a las mujeres se minimiza su dignidad o se las margina. Se trata de estereotipos que disminuyen la autonomía relacional, tal como sostiene Álvarez al referirse a “una concepción del agente cuyas posibilidades racionales y morales solo se comprenden adecuadamente atendiendo al contexto de interacción que le es propio, a los procesos de socialización en los que se inscribe y actúa la persona autónoma” (2017, p.300). Tales procesos, así como el entramado de relaciones, están cargado de significados socio-culturales que configuran posiciones y, por lo tanto, opciones y entre ellos son centrales la herencia patriarcal y los estereotipos de género.

El segundo, en el ámbito de los fundamentos jurídicos dirigido a evaluar los estereotipos como una forma de discriminación. Timmer (2011, p.725) propone que una vez el tribunal ha determinado cuales son los estereotipos que atraviesan el caso objeto de resolución, procede su evaluación como formas de discriminación por medio de un examen estricto de igualdad o juicio agravado (O’Cinneide, 2008, p.81-83; Letsas, 2006,

²⁹ La decisión que marca un cambio significativo en la jurisprudencia relativamente formalista del tribunal es *D.H. v Czech Republic* (2007). Los votos disidentes señalan críticamente el hecho de que el tribunal realice una valoración del contexto social. También puede verse el caso *Alajos Kiis v Hungary* (2010) paragr 42-44. Timmer (2011: 722, 2016: 44-45): examinar el contexto histórico, dado que si un estereotipo es perjudicial depende en amplia medida del contexto histórico en el que se usa. En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Andrle v Czech Republic* en el que se examina el sistema de pensiones en Chequia, el tribunal considera que está basado claramente en el estereotipo del esquema varón proveedor y mujer ama de casa. Konstantin Markin c Rusia, §127. *ECHR Carvalho Pinto v Portugal*, sentencia del 25 de octubre de 2017, donde el Tribunal reconoce que el argumento clave que justifica la sentencia estatal de instancia está basado en dos estereotipos: el estereotipo sexual y el de los roles de género asociados a las mujeres (§52). Lo que muestra como dice el tribunal “los prejuicios prevalecientes entre el poder judicial en Portugal” (§54).

p.705). Aunque contamos con ciertos criterios fijados en algunos casos judiciales emblemáticos como el caso *Atala Riffo v. Chile* (§125) de la Corte Interamericana o los casos del TEDH *Konstantin Markin v. Russia* (§ 142 y § 143) y, más recientemente, *Carvalho Pinto v. Portugal* (§52), habría que destacar el reconocimiento de que la argumentación pesa sobre los Estados, que el argumento sobre el daño debe ceñirse a un daño concreto, específico y real y no a un perjuicio abstracto, que los estereotipos de género son prueba de discriminación por razón de sexo, y que un razonamiento estereotipado de los jueces de instancia puede conducir a la discriminación. Si finalmente persisten dudas de la argumentación, la medida o norma debería ser considerada como injustificada (Clérico, 2017, p.231-238). Tal como señala la jueza Motoc: “[e]l caso también muestra las dificultades metodológicas para identificar la conexión entre la discriminación y los estereotipos y el peligro de reforzar el círculo vicioso”.³⁰ Argumentos de este tenor sustentan la idea de entender que, en estos casos, no solo se presume la discriminación, sino también el tipo de discriminación; esto es, que se estaría ante un caso de discriminación estructural, al considerar que este tipo de estereotipos no podrían constituir una razón justificativa.

Como se ha podido examinar, los dos argumentos a los que hemos tratado de atender proponen transformaciones en el paradigma del derecho antidiscriminatorio en diversos sentidos. Uno de ellos desplaza el peso del razonamiento comparativo hacia el examen de las causas y el impacto de la norma sobre una realidad social que puede modificar o no la situación de la que se parte; el segundo, se adentra en los presupuestos, prejuicios o estereotipos que nos dan la clave para comprender la calidad del daño que originan en la vulneración de derechos. En definitiva, ambos nos pueden conducir hacia una igualdad más sustantiva.

Bibliografía

³⁰ Voto concurrente Juez Motoc, *Carvalho Pinto contra Portugal*, 25 octubre 2017, § 3.

- AGUILÓ, Josep (2018) "Las presunciones en el Derecho". *Anuario de Filosofía del Derecho* (34), 201-228.
- ÁLVAREZ, Silvina (2017) "La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia". *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (35), 145-170.
- ÁLVAREZ, Silvina (2018). *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, Madrid: CEPC.
- AÑÓN, María José (2013) "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja". *Isonomia* (39), 127-157.
- ARENA, Federico José (2016) "Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual". *Revista de Derecho* (1), 51-75.
- BRAMFORD, Nicholas, MALIK, Maleiha, O'CONNOR, Colm (2008). *Discrimination Law: Theory and Context, Text and Materials*. London: Sweet & Maxwell.
- BARRÈRE, M^a Ángeles (2003) "Problemas del derecho discriminatorio. Subordinación vs discriminación y acción positiva vs igualdad de oportunidades". *CEFD* (9). Recuperado de: www.uv.es/cefd/9/barrere3.pdf.
- BARRÈRE, M^a Ángeles (2018) "Filosofía del derecho antidiscriminatorio", *Anuario de Filosofía del Derecho* (36), 11-42.
- BARRÈRE, M^a Ángeles y MORONDO, Dolores (2011) "Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales Cátedra Francisco Suarez* (45), 15-42.
- BARTLETT, Katharine (1990) "Feminist Legal Methods". *Harvard Law Review* (103), 829-888.
- BELTRÁN, Elena (1994) "Público y privado: sobre feministas y liberales". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (15-16), 389-406.
- BODELÓN, Encarna (2010). "Las leyes de igualdad de género en España y Europa ¿Hacia una nueva ciudadanía?". *Anuario de Filosofía del Derecho*, 85-106.
- CLÉRICO, Laura (2017). "Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos". *Revista Derechos en acción* (5), 206-241.

- CLÉRICO, Laura (2018) "Análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía de imparcialidad estándar". *Revista Derecho del Estado* (41), 67-96.
- COOK, Rebeca, CUSACK, Simone (2010). *Gender stereotypes. Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pensilvanya.
- COOMARASWAMY, Radhika (2015) "Women and Children: The Cutting Edge of International Law". *American University International Law Review* 30(1), 1-41.
- CUSACK, Simone (2014). "Gender Stereotyping as Human Rights Violations". *Eliminating Judicial Stereotyping*. United Nations: Office of the High Commissioner for Human Rights
- CUSACK, Simone, TIMMER, Alexandra (2011) "Gender Stereotyping in Rape Cases: The CEDAW Commettee's Decision in Vertido v The Philippines". *Human Rights Law review* (11/2), 329-342.
- CUSACK, Simone, PUSEY, Lisa (2013) "CEDAW and the Rights to Non-Discrimination and Equality". *Melbourne Journal of International Law* (3). Recuperado de: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2013/3.html>.
- FACIO, Alda (2004) "Metodología para el análisis de género de un proyecto de ley". *Otras miradas* (4), 1-11.
- FREIXES, Teresa (1995) "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceeriol* (11/12), 99-114.
- GERARDS, Janneke J. (2005). *Judicial Review in Equal Treatment Cases*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoffpp.
- GOLBERG, Suzzane B. (2011) "Discrimination by comparation". *Yale Law Review*, (120/4), 728-812.
- GIMENEZ GLÜCK, David (200). *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona: Bosch.

- HOLTMAAT, Rikki (2010) "Equal Treatment to Equal Right". En Encarna Bodelón y Daniela Heim (coords.) *Law, Gender and Equality* (209-228). Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- LETSAS, George (2006) "Two Concepts of the margin of appreciation". *Oxford Journal of Legal Studies* (26/4), 705-732
- MACKINNON, Catharine (1987). *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- MACKINNON, Catharine (1989). *Towards a Feminist Theory of the State*. Harvard: University Press.
- MERCAT-BRUNS, Mari (2018) "Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality". *European Equality Law Review* (2), 1-18.
- MESTRE, Ruth (2011). "La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política". *Anales Cátedra Francisco Suarez* (45), 147-166.
- MOLLER OKIN, Susan (1998). "Gender, the Public and the Private". En A. Phillips (Ed.), *Feminism and Politics* (pp. 67-90). Oxford: Oxford University Press.
- MOREAU, Sophia (2004) "The Wrongs of Unequal Treatment". *Public Law Research Paper* (04-04). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.53562>.
- MORONDO Dolores, (2013) "Abuso y aporías en el conflicto de derechos a no sufrir discriminación". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (28), 27-47.
- PITCH, Tamar (2010) "Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (44), 435-459.
- POU, Francisca (2015) "Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral". *Discusiones* (xvi), 147-188.
- RÉAUME, Denise (2013) "Dignity, Equality and Comparison". En Deborah Hellman y Spohia Moreau (Eds.) *Philosophical Foundations of Discrimination Law* (pp. 7-27). Oxford: Oxford University Press.

- RODRIGUEZ, Blanca (2013) “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17, 2013, pp 75-104
- SMART, Carol (2010) “¿Repensando el derecho de familia?”. En Encarna Bodelón y Daniela Heim (coords.) *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas* (pp. 373-388). Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- TIMMER, Alexandra (2011) “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11 (4), 707-738.
- TIMMER, Alexandra (2015) “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”. *The American Journal of Comparative Law* (63), 239-284.
- TIMMER, Alexandra (2016) “Gender Stereotyping in the case Law of The EU Court of Justice”. *European Equality Law*, (1), 37-46.
- VILLANUEVA, Rocío (2018) “Los principios implícitos: el caso de los derechos sexuales y reproductivos en la sentencia Artavia Murillo vs Costa Rica”. En A. Ródenas (Ed.) *Repensar los derechos humanos* (pp. 391-424) Perú: Palestra.
- WEST, Robin (2000). *Género y teoría del derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre Ed.
- YOUNG, Iris M. (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press.