

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



48

Edición especial de los estudios sobre pobreza y derechos humanos
Julio-Diciembre 2008

REVISTA IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2009, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Lara Segura y Asociados.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: lfallas@iidh.ed.cr.

Índice

Presentación	7
---------------------------	----------

Roberto Cuéllar M.

Mensajes de inauguración del XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos

La pobreza distorsiona la personalidad humana y es un profundo daño a la libertad.....	11
---	----

Roberto Cuéllar M., Director Ejecutivo del IIDH

Es hora de replantear las prioridades	17
---	----

*Óscar Arias Sánchez, Presidente
de la República de Costa Rica*

Pobreza y derechos humanos

Los derechos humanos de los más pobres: una ruta por construir en el sistema interamericano.....	27
---	----

Roberto Cuéllar M.

Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza....	43
---	----

Mónica Pinto

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza.....	63
---	----

Pedro Nikken

Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano. Algunas aproximaciones preliminares	107
---	-----

Ariel E. Dulitzky

Pobreza y derecho a la educación	135
--	-----

Ricardo Hevia Rivas

Otros temas relacionados con la pobreza y los derechos humanos

Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación.....157

Christian Courtis

Pobreza: cuestión de dignidad. Reflexión y propuesta para construir una visión regional sobre políticas para la reducción de la pobreza..... 203

Mayra Falck

Integración local de la población refugiada en Costa Rica 231

Rebeca Ng Feng

Los derechos humanos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas..... 257

Rodolfo Stavenhagen

Crisis en los precios de alimentos, pobreza y seguridad alimentaria 269

Rafael A. Trejos

Derechos humanos de los migrantes: perspectiva global desde la dimensión de la pobreza..... 291

Santiago José Vázquez Camacho

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos presenta la 48 Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2008. En esta revista académica se editan mensajes y ponencias ofrecidas en el marco del *XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza* (18-29 de agosto de 2008-San José, Costa Rica), así como dos de los trabajos presentados por participantes que optaron por obtener el certificado académico.

A partir de 2000 el número de la revista correspondiente al segundo semestre de cada año adquiere este carácter monográfico; así es desde que la dirección del IIDH propuso la estrategia centrada en el enfoque en tres grupos de derechos: participación política, acceso a la justicia y educación en derechos humanos; a su vez analizados mediante tres ejes transversales: equidad de género, diversidad étnica y participación de la sociedad civil. Más adelante se agregaría otro grupo de derechos: los económicos, sociales y culturales; así como la centralidad que atiende hoy la estrategia institucional: la implementación de la justicia, la participación, la educación y los derechos sociales desde la dimensión de la pobreza.

La Revista 48 es una memoria del evento pedagógico de mayor relevancia en el calendario anual del IIDH, sin dejar de lado el objetivo central de esta publicación seriada: fomentar la discusión de temas centrales para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los desafíos que en esta materia supone el actual contexto regional e internacional. En ese sentido, se apunta a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y en el mundo globalizado.

Como sabemos, hasta hace poco tiempo la cuestión de la pobreza no se le interrelacionó con la perspectiva de los derechos humanos. Afortunadamente los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han dictado decisiones y sentencias sobresalientes y muy singulares y han logrado importantes desarrollos teóricos y doctrinarios en estas dos décadas. Pero aún es preocupante que en este tiempo de modernidad tecnológica y judicial, a más de veinte años del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC, solo 16 de 35 estados de América han ratificado el Protocolo de San Salvador. Resulta paradójico que aún hoy, gobiernos inclinados al enfoque de lo social en la democracia, muestren reservas cuando se trata de aceptar el enfoque de derechos y de sus derechos humanos específicos entre las personas y comunidades precarias y en condición de pobreza.

Los derechos humanos son universales y, como criterio más que universal es el más propio de la dignidad, son inherentes a toda persona humana de cualquier condición social. Esa es su enorme fortaleza, pero quedarnos solo con ese enfoque universal sin interrelacionarse desde la dimensión de la pobreza, sería aceptar una falsa universalización. Ahora hay muchos conflictos y reivindicaciones que tiene estrecha relación con

los derechos humanos: desde la seguridad hasta la salud, desde el trabajo informal hasta la crisis de vivienda, desde las elecciones hasta la justicia que no es pronta ni cumplida. En el IIDH, desde 2000, imaginamos que en un futuro, los tribunales de justicia serán el legítimo escenario para reclamar estos derechos ante necesidades imperantes y de actualidad. A la vez, aspiramos a que en tanto los derechos de los pobres no son admitidos ni justiciables en el plano local, sean al menos admisibles en el plano de la justicia interamericana para bien de nuestra democracia. El gran problema y desafío de esta injusticia es que nuestras sociedades se han acostumbrado y han tolerado la exclusión de los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza, sin que se tenga en cuenta ni en la educación ni en la justicia. En consecuencia, es el poder de la democracia que no está funcionando o que solo se inclina hacia un lado de la sociedad. Tenemos que abrir un gran debate en que participe plenamente la opinión libre desde la esfera del mundo de los pobres. Hay que derribar esa muralla de exclusión que denigra y sin temores ni presiones se produzcan discusiones sinceras y propuestas razonadas y dignas en los niveles sociales más relegados de nuestras democracias.

En el curso XXVI del IIDH se dijo que la pobreza es denigrante y dolorosa cuando llega al nivel más excluyente de la miseria. Desde esta perspectiva las interrelaciones con las situaciones extremas de violencia y de peligrosidad no se pueden tomar a la ligera. Por el contrario, **los derechos humanos de las personas más pobres hay que tenerlos muy en cuenta y en la más alta prioridad de nuestras democracias, y no utilizarles como una ventaja política coyuntural.** La meta del curso XXVI ha sido organizar un pensamiento amplio y abierto, basado en los principios y criterios del sistema interamericano que demuestre que en las democracias de hoy se pueden cumplir los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza.

A modo de presentación, esta edición de la Revista incluye al inicio los mensajes de inauguración del XXVI Curso Interdisciplinario, a cargo del Presidente de la República de Costa Rica, Óscar Arias Sánchez, y de mi persona, como Director Ejecutivo de este Instituto Interamericano. Le sigue un artículo de introducción a la temática, que preparé como primera lección del Curso.

Las ponencias están divididas en dos grandes secciones. La primera está compuesta por cuatro reflexiones que tratan el tema de la pobreza desde una perspectiva de derechos humanos. En la segunda se incluyen seis aportes relativos a temas más específicos dentro del principal que nos ocupa.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a quienes deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible en la Américas.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

**Otros temas relacionados con
la pobreza y los derechos humanos**

Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación*

*Christian Courtis***

Estas notas tienen la intención de sugerir algunos parámetros para considerar el alcance, las necesidades y los posibles efectos de la legislación y las políticas antidiscriminatorias que un Estado adopte para cumplir con la prohibición de discriminación incluida, de forma general, tanto en constituciones como en tratados internacionales de derechos humanos. No tienen, por supuesto, pretensión alguna de exhaustividad, pero creo que brindan un panorama de cuestiones a tener en consideración cuando se asume la tarea de adoptar y llevar a la práctica medidas antidiscriminatorias. Analizaré también la aplicación de algunas de estas ideas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, ilustraré algunas aplicaciones jurisprudenciales de la prohibición de discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

1. Fuentes normativas y breve presentación de la prohibición de discriminación

La prohibición de discriminación se encuentra incorporada tanto a constituciones como a tratados de derechos humanos. Podría decirse que la prohibición de discriminación es la norma común a la mayor

* Ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto de 2008.

** Abogado argentino. Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra). Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor visitante en universidades de México, España, Chile, EE. UU. y Honduras, entre otras. Consultor de la Organización Panamericana/Organización Mundial de la Salud, de UNESCO y de la División de Desarrollo Social de la ONU. Ha sido asesor del Senado de la Nación Argentina y prosecretario letrado del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires. Ha trabajado en reforma legal en países de América Latina y el Caribe y África. Ha publicado diversos libros y artículos sobre teoría y filosofía del derecho, derechos humanos, derecho y teoría constitucional y sociología del derecho.

parte de los tratados de derechos humanos, tanto del sistema universal como de sistemas regionales¹.

Como veremos, la prohibición de discriminación refuerza la protección ofrecida por el denominado principio de igualdad –o de igual protección–, identificando factores sobre cuya base se requiere del Estado dos tipos de obligaciones. Por un lado, obligaciones negativas: no introducir distinciones normativas, o no adoptar o implementar las normas, de modo de menoscabar los derechos de grupos de personas identificados a través de esos factores². Por otro lado, obligaciones positivas: adoptar medidas para eliminar los prejuicios y los obstáculos que impiden a esos grupos de personas disfrutar plenamente de sus derechos³.

Esta breve noción permite introducir ya dos elementos: los factores sobre cuya base las distinciones perjudiciales están prohibidas –llamadas a veces factores prohibidos o categorías sospechosas–, y el objeto de aplicación del principio, o alcance de la prohibición.

En cuanto al primer elemento –el de los factores sobre cuya base se prohíben diferenciaciones perjudiciales–, las cláusulas antidiscriminatorias suelen incluir una lista de estos factores. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe distinciones “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

¹ La Corte Interamericana considera, por ejemplo, que el principio de protección igualitaria y la prohibición de discriminación constituyen una norma de *jus cogens*, de carácter *erga omnes*. Ver Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrs. 100-101.

² En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales”. Cfr. *ibidem*, párr. 103.

³ En palabras de la Corte Interamericana: “Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”. Cfr. *ibidem*, párr. 104.

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁴. Así, si bien el Estado está, en general, autorizado a efectuar distinciones de trato razonables, el control de esas distinciones se agrava cuando el Estado utiliza algunos de estos motivos para diferenciar. Una dimensión importante de esta noción es el de las comparaciones intergrupales: se prohíbe discriminar a ciertos grupos en relación con el trato que reciben otros grupos. Se dice entonces que la prohibición de discriminación es una norma de carácter relacional.

Amén de las cláusulas antidiscriminatorias en tratados generales de derechos humanos, la existencia de factores sobre cuya base está prohibida la discriminación ha llevado a la adopción de instrumentos de derechos humanos específicos, dedicados a la protección de grupos sociales que, por distintos motivos, han requerido una protección reforzada que vaya más allá de la enunciación genérica de la prohibición de discriminación. Ejemplos de estos instrumentos son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, y la recientemente entrada en vigor Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Entre los motivos que han justificado esta necesidad de protección específica se encuentran la experiencia pasada y/o persistente de discriminación –que abordaré más adelante, bajo la denominación de “discriminación estructural o sistémica”–, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el grupo, las dificultades con las que se ha enfrentado el grupo para ejercer plenamente sus derechos, y la generalizada ausencia de consideración de las particularidades del grupo al momento de adoptarse normas o políticas de alcance general.

En cuanto al segundo elemento, el objeto de aplicación, es importante señalar que la prohibición de discriminación es una norma

⁴ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1.

instrumental o adjetiva, es decir, se aplica a otras normas. Dicho de otro modo: lo que está prohibido es diferenciar perjudicialmente respecto de algo. Por ejemplo, de cuáles son las condiciones para ser titular de un derecho, o cuál es la extensión de ese derecho. Quien tiene facultades de regular o administrar no puede, así, cuando decide cómo se accede a un derecho o cuál será su extensión, distinguir perjudicialmente sobre la base de los factores prohibidos de los que hablé en el párrafo anterior.

Hay una diferencia importante en el alcance que distintos tratados de derechos humanos asignan a la prohibición de discriminación. Algunos tratados –como el Convenio Europeo de Derechos Humanos– restringen la aplicación de la prohibición de discriminación a los derechos establecidos en el propio instrumento⁵. Esto significa que, en esos casos, el objeto de la prohibición de discriminación se circunscribe únicamente a los derechos listados en el respectivo instrumento –de modo que cualquier planteo de discriminación ante los órganos de control correspondientes requiere, para invocar la prohibición de discriminación, la identificación de otro derecho específico reconocido por ese instrumento. Otros tratados de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de prohibir la discriminación con respecto a los derechos que esos instrumentos reconocen, incluyen cláusulas más generales, que extienden la aplicación de la prohibición de discriminación a cualquier otra materia regulada por la ley⁶. De modo que estas cláusulas son aplicables también a derechos no incluidos expresamente en estos instrumentos.

Como puede verse de lo dicho hasta aquí, la prohibición de discriminación y la correlativa protección contra la discriminación

⁵ Ver Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, art. 14: “El goce de los derechos y libertades **reconocidos en el presente Convenio** ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” (énfasis añadido).

⁶ Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24.

implican un entramado de obligaciones para el Estado –y como veremos, también para los particulares. Además de prohibir que el Estado discrimine en su accionar, se le imponen obligaciones positivas consistentes en erradicar las prácticas discriminatorias existentes en el ámbito público y también en el privado. A raíz de la complejidad de estas exigencias, en varios países de nuestra región se ha registrado la tendencia –inspirada en alguna medida en el derecho estadounidense, que ha sido pionero en esta materia– de adopción de leyes y otras normas que desarrollan la prohibición de discriminación y la protección contra la discriminación. En las secciones siguientes sugeriré algunos parámetros de análisis de esta legislación, a la luz de las exigencias establecidas en constituciones y pactos de derechos humanos en esta materia.

2. La definición del término “discriminación” y su posible alcance

Un primer parámetro insoslayable de análisis está vinculado con la concepción o noción de “discriminación” que la ley y las políticas públicas correspondientes adopten para combatir la discriminación. Tratándose de un término con una carga emotiva importante, una tarea de clarificación del alcance del término permitirá una mejor comprensión de los desafíos que implica la puesta en marcha de una política antidiscriminatoria. Para realizar esta tarea de clarificación, hemos de acudir a algunas distinciones acuñadas en el derecho antidiscriminatorio de países desarrollados⁷ e incorporadas también a tratados internacionales de derechos humanos –tanto universales como regionales.

Así, una primera distinción relevante es la que media entre discriminación legal (o normativa, o *de jure*) y la discriminación de

⁷ Ver, por ejemplo, Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Civitas, Madrid, 1997, y “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, en: *Revista Vasca de Administración Pública* No. 60, mayo-agosto 2001, págs. 145-166; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw-Hill, Madrid, 1995; Rodríguez Piñero, Miguel y María Fernanda Fernández López, *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986.

hecho (o *de facto*, o “invisible”). Por discriminación legal, normativa o *de jure* se entiende aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho. Ya he introducido el significado del término “factor prohibido” – volveré sobre el tema más adelante. Por ahora, basta con señalar que este tipo de discriminación puede manifestarse al menos de dos modos: de modo **directo**, es decir, cuando el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión –por ejemplo, cuando se establecen mayores requisitos para que las mujeres ejerzan una profesión, o cuando se establecen distinciones raciales para el ejercicio de un derecho, o cuando se prohíbe a las personas con discapacidad acceder a un cargo o empleo público–, y de modo **indirecto** –esto es, cuando pese a que el factor de distinción explícitamente empleado es aparentemente “neutro”, el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo, sin que exista una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida.

Un ejemplo puede aclarar la discriminación normativa **indirecta**: supongamos que para postular a un puesto administrativo se exija una estatura de más de 1,80 metros, o correr 100 metros en menos de 15 segundos. En el primer caso, es probable que el criterio de distinción elegido impacte desfavorablemente sobre las mujeres; en el segundo caso, es probable que lo haga sobre las personas con movilidad física restringida.

La diferenciación entre discriminación normativa directa e indirecta tiene consecuencias importantes en materia de prueba: mientras en el primer caso bastaría –para acreditar la discriminación– con probar que una distinción legal se basa sobre el empleo de un factor prohibido, en el segundo caso es necesario acreditar, además de lo injustificado del criterio de distinción utilizado, el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo –prueba que requiere indicios de carácter empírico.

La llamada discriminación de hecho, *de facto*, “invisible” o “discriminación en la aplicación” se caracteriza por la ausencia de

expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado: el factor puede operar consciente o inconscientemente, pero el resultado es finalmente el de la afectación o exclusión de los miembros de un grupo. Por ejemplo, las decisiones de un empleador, o de la autoridad que decide el otorgamiento de becas o el ingreso a una entidad pública, tienen como resultado consistente la preferencia de varones sobre mujeres, o de miembros no indígenas sobre indígenas. En este caso, al igual que en el caso de la discriminación normativa indirecta, acreditar la existencia de discriminación supone aportar datos empíricos que demuestren el sesgo “invisible” en la adopción de decisiones.

La discriminación también puede manifestarse por omisión, y no sólo por acción. Ello ocurre cuando existe una obligación positiva incumplida motivada por una distinción prohibida, o que tiene efecto diferencial sobre un grupo protegido por normas antidiscriminatorias. Si la obligación es una obligación de regular, la omisión constituirá un ejemplo de discriminación normativa. Si la obligación es una obligación de cumplir con una conducta impuesta normativamente, la omisión constituirá un ejemplo de discriminación en la aplicación. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por ejemplo, establece explícitamente que la “denegación de ajustes razonables” constituye un caso de discriminación⁸.

Aunque la diferenciación entre discriminación directa e indirecta y entre discriminación *de jure* y *de facto* no aparece en los textos de tratados de derechos humanos generales –entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, ciertamente existe una tendencia a su inclusión en los tratados de orientación deliberadamente

⁸ Ver Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2 (“Definiciones”): “...Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. **Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables**” (énfasis añadido).

antidiscriminatoria⁹. De todos modos, distintos órganos y tribunales de derechos humanos han hecho uso de esas distinciones, que ofrecen un arsenal conceptual más riguroso para analizar situaciones de alegada discriminación¹⁰.

En la literatura contemporánea se habla también de **discriminación estructural o sistémica**¹¹. Se trata más bien de la descripción de la magnitud del fenómeno de la discriminación tanto *de jure* como *de facto* contra grupos en particular. El señalamiento de una situación de discriminación estructural se ha empleado como justificación de las medidas de acción afirmativa o positiva, de las que hablaremos después.

Otro de los sentidos clásicos del término “discriminación” se relaciona con las denominadas **expresiones o afectaciones discriminatorias**. Se trata del empleo de expresiones injuriantes, agraviantes o portadoras de estereotipos negativos referidos a un grupo social y basadas sobre un factor prohibido. En sentido similar, pueden existir

⁹ Ver, por ejemplo, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1.1; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 1; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. I.2 a); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2. Todas estas disposiciones incluyen en la definición de “discriminación” tanto el “propósito” como el “efecto” perjudicial que tenga una diferenciación sobre los derechos del grupo protegido.

¹⁰ La propia Corte Interamericana ha aludido a estas distinciones. Ver Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 141: “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados... **deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población** al momento de ejercer sus derechos” (énfasis añadido). En términos casi idénticos, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 170.

La Corte Europea de Derechos Humanos ofrece ejemplos del empleo concreto de la distinción –así, por ejemplo, consideró un caso de discriminación *de facto* contra la comunidad romaní. Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso D.H. y otros v. República Checa*, sentencia del pleno del 13 de noviembre de 2007.

¹¹ Ver Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en: Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*. UCES, Buenos Aires, 2004, págs. 479-514.

prácticas especialmente vejatorias u ofensivas para un grupo social, en las que la afectación de un bien –como la integridad física, la dignidad o la propiedad– se ve agravada por el particular valor cultural o simbólico que representa para ese grupo o comunidad.

Por último, algunas constituciones y tratados de derechos humanos, y la legislación de diferentes países, se refieren a la **igualdad de oportunidades**, en relación con las medidas antidiscriminatorias. Se trata, ciertamente, de nociones estrechamente vinculadas: la idea de igualdad de oportunidades surge por contraste con la idea de igualdad formal o identidad de trato, a raíz de la constatación de la existencia de grupos y sectores que, pese a la declaración de igualdad formal, son sistemáticamente excluidos del acceso a bienes sociales tales como la representación política, el empleo, la educación, la cultura, etcétera. De allí la vinculación entre la existencia de discriminación y la ausencia de igualdad de oportunidades, y la correlativa necesidad de complementar medidas antidiscriminatorias con medidas de promoción de la igualdad de oportunidades, entre las que se encuentran las denominadas “medidas de acción positiva o afirmativa”¹².

Ante este panorama, es útil subrayar un aspecto que ha caracterizado la evolución de las normas antidiscriminatorias. En el pasado, cuando la noción de discriminación se vinculaba casi exclusivamente con las expresiones discriminatorias o injuriosas, la concepción vigente ponía énfasis en los componentes subjetivos de la conducta de quien era acusado de discriminar –es decir, en la intención o el propósito de discriminar. Por motivos diversos –entre ellos, la dificultad de probar la intención, y la creciente percepción de la existencia de fenómenos de discriminación que no son conscientes o voluntarios,

¹² Para un análisis de estas nociones, ver Ferrajoli, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en: Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999, págs. 73-96; Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” y “La discriminación inversa y el caso *Kalanke*”, y Ballestrero, Maria Vittoria, “Acciones positivas: punto y aparte”, todos en: *Doxa*, No. 19, 1996; Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres...*; Fiss, Owen, “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”, en: Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 137-167.

sino efecto de la reproducción social de prejuicios y estereotipos— esta concepción ha variado, y hoy se pone énfasis en un tipo de análisis de la discriminación que privilegia los factores objetivos —entre ellos, el **efecto** o **resultado** discriminatorio, por sobre la **intención** de discriminar, o bien la “objetivización” de la intención o del propósito, más allá de las intenciones declaradas¹³.

Huelga señalar que el alcance y tipo de medidas antidiscriminatorias elegidas depende de la noción de discriminación que se adopte. La adopción de una noción amplia de discriminación, que englobe todos los criterios señalados, requerirá la elaboración de medidas, técnicas y garantías adecuadas, que eviten que el fin protectorio sea frustrado por la ausencia de mecanismos idóneos para cumplir ese fin.

3. **Carácter grupal de la discriminación y factores prohibidos**

Una segunda cuestión que requiere mayor profundización tiene que ver con la proyección grupal o colectiva del fenómeno de la discriminación. Cuando se habla de discriminación o de medidas antidiscriminatorias, no se está haciendo referencia a cualquier tipo de distinción legal. Por ejemplo, la distinción legal, a efectos de otorgar un subsidio entre productores de leche y productores de miel, podría ser cuestionada a partir del principio de igualdad o tratamiento igualitario, pero difícilmente refleje el sentido en el cual se habla de “discriminación” en tratados internacionales de derechos humanos o en normas constitucionales o legales. Lo que caracteriza a la discriminación que estos cuerpos normativos pretenden atacar es la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social¹⁴. Esta noción supone explorar y definir de modo más preciso la idea de **grupo social** de la que se habla.

¹³ Sobre el punto, ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Nachova y otros vs. Bulgaria*, sentencia de 6 de julio de 2005, párr. 157; *Caso D.H. y otros vs. República Checa...*, párrs. 184 y 194.

¹⁴ Cfr. Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres...*, págs. 26-29.

Los intentos de definir la noción de grupo o grupo social relevante a efectos de la noción de discriminación han sido varios, y suponen las típicas dificultades relativas a la necesidad de englobar bajo un mismo criterio conceptual una multiplicidad de fenómenos de alcance diverso. Existe algún consenso, sin embargo, en subrayar al menos las siguientes notas características: a) existe un factor común que vincula al grupo; b) el grupo se autoidentifica en alguna medida a través de ese factor; c) el grupo es identificado por quienes no son miembros del grupo a través de ese factor. Existen versiones más fuertes de la nota b), que requieren que el factor constituya un rasgo importante de identidad del grupo, pero ello puede acarrear dificultades para aplicar la noción a grupos sociales débilmente organizados.

Iris Marion Young, una de las autoras más influyentes en esta materia, establece dos diferenciaciones interesantes, que sirven para visualizar con mayor claridad la noción de grupo a la que hacemos referencia¹⁵. Por un lado, un grupo social se distingue de un mero conjunto, agregado o agrupado. Mientras un grupo social se caracteriza por lazos de identificación identitaria y colectiva –tales como una historia, lenguaje, tradición o experiencia común, entre otros–, un agrupado es el resultado del empleo de algún factor clasificatorio convencional. En alguna medida puede decirse que mientras un grupo refleja una experiencia colectiva de carácter social, el agrupado sólo se debe a una clasificación intelectual o legal, y carece de un referente empírico colectivo. Así, por ejemplo, Young considera ejemplos de grupos sociales a las mujeres, a las personas con discapacidad, a los miembros de minorías raciales, nacionales o lingüísticas, a las personas adultas mayores, etcétera. Por lo contrario, serían ejemplos de agrupados convencionales los propietarios de automóviles con matrícula terminada en número par, los sujetos exentos del impuesto a las rentas, los usuarios de medios de transporte públicos, etcétera.

¹⁵ Ver Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*. Cátedra, Madrid, 2000, págs. 77-85; Fraser, Nancy, “Cultura, economía política y diferencia. Sobre el libro de Iris Young: *Justicia y la política de la diferencia*”, en: *Iustitia Interrupta. Reflexiones crítica desde la posición “postsocialista”*. Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, págs. 258-262; Fiss, Owen, “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”..., págs. 136-167.

Por otro lado, Young también diferencia entre grupos sociales y asociaciones. Las asociaciones se caracterizan por la adhesión voluntaria de sus miembros: así, uno es socio de un club deportivo, de una entidad de bien común, de un partido político, de una iglesia. En la pertenencia a grupos sociales, el factor voluntario es mucho más débil –en la medida en que parte de la definición de grupo supone la heteroidentificación por quienes no son miembros del grupo. Así, independientemente de que alguien participe en un movimiento de reivindicación de los derechos indígenas, es identificado y considerado en tanto indígena. Lo mismo puede decirse de otras condiciones sociales, como la de mujer, homosexual, persona con discapacidad, miembro de una minoría nacional, religiosa o lingüística, etcétera.

Estas distinciones, no exentas de dificultades teóricas, son útiles para entender el fenómeno de la discriminación: no se trata de cualquier forma arbitraria de menoscabo de un derecho, sino sólo del menoscabo debido a la pertenencia de una o varias personas a un grupo social.

Evidentemente, la discriminación puede tener efectos individuales, pero esos efectos se relacionan con la pertenencia de la persona discriminada a un grupo social. Así, por ejemplo, si una mujer es rechazada por esa condición del ejercicio de un cargo público, además del efecto individual sobre la persona perjudicada, la discriminación afecta al grupo entero, ya que confirma el prejuicio y estereotipo no sólo para la persona afectada, sino para todo el resto de los miembros del género femenino.

Desde el punto de vista empírico, es más factible que quien perciba, denuncie y actúe contra la discriminación sea un grupo social con lazos y formas de organización ya establecidas, que las personas que sufren de marginación pero no se autoidentifican a partir de un rasgo común. Esto se debe a que la noción de grupo que subyace al modelo antidiscriminatorio incluido en constituciones y tratados de derechos humanos emplea como paradigma a las minorías étnicas, nacionales, lingüísticas o religiosas, caracterizadas –por definición– por elementos comunes aglutinantes –como la identidad étnica, la lengua y otros

símbolos de pertenencia a una comunidad nacional, o la religión. Se ha intentado extender esta noción a otras categorías –como el género y la discapacidad–, a partir del intento de elaboración de factores comunes al grupo –como la “experiencia de género” o la “experiencia de discapacidad”–, pero la extensión tiene límites: es difícil emplear la noción de grupo social en el mismo sentido para una comunidad étnica o lingüística con cierto grado de organización, que para todas las personas que viven en la pobreza, definidas bajo cierto parámetro –un ingreso menor a dos dólares por día, por ejemplo. En términos de la discusión anterior, las personas que viven en la pobreza son identificadas por otros a través de esa condición –y en esto el criterio parece acercarse a la noción de “grupo” propuesta por Young– pero es arriesgado postular que constituyen su identidad a partir de ese rasgo y de las relaciones generadas a partir de él –y en esto, “los pobres” como categoría se acercan más a la noción de “agrupado” que a la de “grupo”. Tal vez el desafío mayor de muchos de los países de nuestra región sea el de diseñar mecanismos para detectar y atacar la discriminación por razones de pobreza, combinados generalmente con factores raciales que, sin embargo, no han llevado a una identificación grupal colectiva. Un ejemplo de ello es la combinación de pobreza y mestizaje racial.

A partir de este marco conceptual es más sencillo explicar la existencia de algunos “factores sospechosos”, “categorías sospechosas” o “factores prohibidos”, enumerados en cláusulas o disposiciones legales antidiscriminatorias, como la última parte del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se refiere a los siguientes factores: “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Una forma de entender esta lista de factores es suponer que se trata de notas o rasgos que identifican grupos sociales susceptibles de sufrir prejuicios o estereotipos injustificados, que tienen el efecto de excluirlos del goce o el ejercicio de derechos. Como ya he dicho, esta lectura grupal funciona mejor cuando el propio grupo se identifica colectivamente y existen prácticas identitarias comunes –como en el caso de los pueblos indígenas, las minorías religiosas, lingüísticas

y tal vez las nacionales o del género. Resulta algo más complejo extender esta visión a otros factores de la lista, tales como la “posición económica” o el “nacimiento”. En estos casos, parece más fácil pensar que el redactor del instrumento internacional —o de otras cláusulas similares de tratados, constituciones o leyes— identificó factores que, pese a no responder a formas de organización e identificación grupal, resultan objetivamente en estereotipos o prácticas de exclusión —de modo que tal vez sea necesario emplear criterios de interpretación distintos en cada caso. Queda, de todos modos, una categoría abierta, la de “cualquier otra condición social”, que puede constituir un concepto flexible para captar otras distinciones sociales que tienen efectos discriminatorios —por ejemplo, la discapacidad o la orientación sexual.

Desde el punto de vista jurídico, el listado de “categorías o factores sospechosos” o “prohibidos” implica la necesidad de un control estricto del empleo de estos factores como base para hacer distinciones *de jure* o *de facto*¹⁶. En el derecho constitucional comparado y en la jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos, se han desarrollado técnicas tales como el escrutinio agravado o estricto de toda medida que emplee factores o categorías sospechosas o prohibidas —lo que implica que el Estado o quien emplee la categoría para distinguir justifique por qué empleó esa categoría, y por qué era necesario acudir a ella y no a otra alternativa— o la inversión de la carga probatoria —es decir, una vez identificado el empleo del factor o categoría prohibida o sospechosa, la presunción de invalidez de la medida y la necesidad de que el demandado sea quien la justifique, si pretende su pervivencia¹⁷.

¹⁶ Ver Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002, págs. 102-109; Prieto Sanchís, Luis, “Igualdad y minorías”, en: *Revista Derechos y Libertades* No. 5. Instituto Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III, Madrid, 1997, págs. 116-117.

¹⁷ Ver, al respecto, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 78; *Caso Timishev vs. Rusia*, sentencia de 13 de diciembre de 2005, párrs. 56-58; *Caso D.H. y otros vs. República Checa...*, párrs. 176-177. Puede verse también, como ejemplo proveniente de nuestra región, Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Gottschau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad*

Cabe, además, señalar que es común que en situaciones de discriminación sistémica o estructural estos factores prohibidos se superpongan y se potencien. Esto suele denominarse “discriminación múltiple”. Varios tratados de derechos humanos identifican expresamente estas situaciones, señalando necesidades de protección especial cuando coinciden varios factores de discriminación¹⁸. Como veremos, la Corte Interamericana también ha abordado esta cuestión en varias sentencias¹⁹.

Una última aclaración referida a este punto se relaciona con la denominada “asimetría” de las medidas de acción positivas o afirmativas²⁰: aunque estas medidas tengan —obviamente— en consideración factores prohibidos —de otra manera no podrían operar— no se las considera discriminatorias, ya que tienen el propósito de equiparar o igualar las oportunidades de grupos sociales discriminados o postergados y que, en principio, son de carácter temporal. Esta idea es recogida expresamente por tratados internacionales de derechos humanos²¹.

4. Alcance de la protección antidiscriminatoria: público/privado

Otro de los temas cruciales relativos al alcance de la protección antidiscriminatoria se vincula con el tipo de relaciones a las que se aplicará dicha protección. En este sentido —y más allá de los problemas de “penumbra” que pueda acarrear la distinción— la

Autónoma de Buenos Aires s/ amparo, sentencia del 8 de agosto de 2006, considerando 5 y 6.

18 Ver, por ejemplo, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Párrafos Preambulares p), q), r), s) y t).

19 Ver sección 6 de este trabajo.

20 Ver Fiss, Owen, “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”..., págs. 137-167.

21 Ver, por ejemplo, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1.4; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 4.1; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. 1.2 b); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5.4. Todas estas disposiciones señalan que la adopción de medidas especiales destinadas a acelerar la igualdad de hecho de los grupos protegidos por los respectivos instrumentos no se considerará discriminatoria.

legislación y las políticas públicas en la materia deben decidir entre limitar su aplicación al ámbito de las relaciones entre individuos y poderes públicos, o a extenderla también al ámbito de las relaciones entre particulares²². Mientras el primero es el ámbito tradicional del control de constitucionalidad y de legalidad de la actuación estatal, el segundo implica penetrar en relaciones que, al menos en el marco de la distinción común entre Estado y mercado, quedaban libradas regularmente al principio de autonomía de la voluntad y, por ende, exentas del control de motivaciones o efectos. Lo interesante es que también en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos existe cierto giro hacia la imposición al Estado de obligaciones de regulación y protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. Así, por ejemplo, varios tratados internacionales de derechos humanos imponen al Estado obligaciones positivas de erradicación de estereotipos y de remoción de prácticas discriminatorias en ámbitos tales como la vida familiar, la educación, el mercado de trabajo, los espacios comerciales privados abiertos al público en general, la construcción y el alquiler de viviendas, etcétera²³.

22 Ver, en general, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad del Externado, Bogotá, 2000; Prieto Sanchis, Luis, “Igualdad y minorías”..., págs. 128-129; Sarlet, Ingo Wolfgang, “Direito Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, en: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes como o público e o privado*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, págs. 107-163.

23 Ver, por ejemplo, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 2.1.d) y 5.f), entre otros; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 5, 11 y 13, entre otros; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. III.1; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4.1.e), 8.1, 9, 16, 27 y 30, entre otros. En general, sobre la aplicabilidad de normas de derechos humanos en relaciones entre particulares, ver Courtis, Christian “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, en: Baigún et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, págs. 809-826. También publicado en Martínez Ventura, Jaime (comp.), *Justicia Penal y Derechos Humanos. Homenaje José Ricardo Membreño Jiménez*. FESPAD, San Salvador, 2005, págs. 141-162.

La afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que la prohibición de discriminación tiene efecto *erga omnes*, es decir –de acuerdo con la misma Corte– que rige también entre particulares²⁴, parece orientarse en el mismo sentido.

La extensión de la aplicación de normas antidiscriminatorias al ámbito de las relaciones entre sujetos privados tiene una importante serie de implicaciones, de las que es preciso tomar conciencia para poder implementarlas adecuadamente. Por lo pronto, como se dijo, significa una limitación considerable del principio de autonomía de la voluntad: ámbitos de interacción tan importantes como la contratación laboral, la oferta de productos y servicios, la utilización de espacios de propiedad privada pero de acceso público, la prestación de servicios médicos y educativos por parte de individuos o empresas privadas, quedan sujetos a la prohibición de discriminar y, por ende, a la calificación de ilicitud de la conducta en caso de discriminación.

Por otro lado, la legislación antidiscriminatoria supone también un control estricto de la actividad de órganos y entidades gubernamentales de los tres poderes. Esto implica la sustitución de la completa identificación entre interés público e interés gubernamental, y la limitación de la deferencia en la consideración de los criterios empleados por las autoridades públicas para ejercer facultades, otorgar subsidios, conceder empleo, contratar o tercerizar servicios, etcétera.

5. Medidas antidiscriminatorias y garantías

Otro aspecto importante para considerar el alcance de la legislación antidiscriminatoria está relacionada con el tipo de mecanismos, dispositivos y medidas que incorpora, y con la existencia de garantías para el caso de incumplimiento de las obligaciones que la ley establece

²⁴ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...*, párr. 110: “Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y **generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares**” (énfasis añadido).

por parte de los sujetos obligados²⁵. En este sentido, no basta con establecer una prohibición genérica de discriminar: muchos de los términos empleados por estas prohibiciones son a su vez susceptibles de interpretación –por ejemplo, la razonabilidad o justificabilidad de una distinción, o la determinación de que “tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de la personas”, que “tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”, o que “atente contra la dignidad humana”. Por ello, para que una ley o una política pública en materia de prevención y eliminación de la discriminación y promoción de la igualdad de oportunidades sea efectiva, es necesario al menos abordar específicamente las siguientes cuestiones:

- a. Afinar los criterios para determinar cuándo un acto u omisión es discriminatorio. Para ello es útil, por ejemplo, la identificación de casos paradigmáticos, y la especificación de los criterios de justificabilidad –y por ende, también de los de no justificabilidad– de las distinciones y diferenciaciones adoptadas por autoridades públicas y por particulares. Este nivel de incidencia ayuda a definir los alcances de la prohibición de discriminación.
- b. Diseñar acciones, medidas y dispositivos para prevenir y combatir la discriminación y promover la igualdad de oportunidades. Esto implica la identificación de ámbitos y prácticas discriminatorias y de obstáculos para la igualdad de oportunidades, la definición de facultades de autoridades públicas, de obligaciones de los particulares y la creación de incentivos legales o económicos para evitar o minimizar las posibilidades de discriminación, la previsión de mecanismos de denuncia y acción para las víctimas, y la creación de las condiciones para concretar la igualdad de oportunidades. Estas acciones, medidas y dispositivos requieren un análisis contextualizado de ámbitos tales como el empleo, la educación, el acceso a espacios públicos, la prestación de servicios de salud, el acceso a la justicia, y recursos suficientes para hacerlas efectivas.

²⁵ Ver Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999, págs. 37-72 y “Garantías”, en: *Revista Jueces para la Democracia* No. 38. Madrid, julio 2000, págs. 39-46.

- c. El establecimiento de garantías —es decir, de acciones y recursos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales efectivos— para que, en caso de infracción de las prohibiciones o incumplimiento de las obligaciones por parte de las autoridades públicas o de los particulares responsables, el damnificado o el grupo social del que es parte pueda presentar una queja, ser escuchado por una autoridad imparcial, hacer uso de un mecanismo de solución de controversias y, en su caso, lograr que el acto u omisión discriminatoria cese, que su responsable sea sancionado, que la ofensa sea reparada y que se adopten medidas para impedir que el acto u omisión discriminatorio se repitan²⁶. Aunque los mecanismos de garantía pueden adoptar formas distintas, tal vez la forma arquetípica sea la posibilidad de presentar una denuncia o entablar una demanda ante un tribunal de justicia. Puede mencionarse como ejemplos de estas garantías de carácter jurisdiccional las acciones de amparo, las acciones de indemnización por daños y perjuicios, la aplicación de sanciones penales y administrativas a funcionarios o a particulares responsables, las acciones de inconstitucionalidad, etcétera.
- d. Uno de los objetivos de la legislación antidiscriminatoria es la eliminación de obstáculos para el pleno disfrute de los derechos reconocidos por parte de grupos sociales que han sufrido de exclusión y postergación. La situación de exclusión y postergación se traduce frecuentemente —aunque no únicamente— en la subrepresentación del grupo en el acceso a bienes sociales tales como el empleo, las instituciones políticas, los servicios de salud o la educación. De ser exitosa, la eliminación de obstáculos debería traducirse también en un aumento de esa participación. De modo que la evaluación de la legislación antidiscriminatoria —y la toma de decisiones sobre las necesidades de corrección o refuerzo de las medidas concretas adoptadas— requiere de algún mecanismo de medición de sus resultados. Una alternativa para ello es el diseño y empleo de indicadores, que permitan medir o estimar puntos de

²⁶ Al respecto, ver Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 6.

partida y resultados tomando en consideración lapsos temporales adecuados, en aquellas áreas que la legislación considere prioritarias –por ejemplo, en aquellas en las que se hallan previsto medidas de acción afirmativa para superar la situación de desigualdad de hecho de un grupo determinado. Los mecanismos de monitoreo deben considerar además la participación de la sociedad civil y, en especial, de las organizaciones que representan a los grupos que la legislación antidiscriminatoria pretende proteger.

6. El principio de protección igualitaria y la prohibición de discriminación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Consideraciones generales

Como dije antes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorga un alcance amplio a la prohibición de discriminación. La formulación extensa de esta prohibición de discriminación está incluida en el artículo 1.1 de la Convención, y se refiere a los “derechos y libertades reconocidos por ella”²⁷. Sin embargo, el artículo 24 de la Convención, que establece el principio de igualdad ante la ley, no se refiere exclusivamente a los derechos protegidos por la Convención, sino que es aplicable a toda ley. El artículo establece que

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Esto hace plenamente aplicable a toda norma o práctica interna la prohibición de discriminación, que –como hemos dicho ya– no es más que un caso de violación agravada del principio de igualdad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos había sentado las bases de su

²⁷ Pueden consultarse otras consideraciones generales de la Corte sobre la prohibición de discriminación en Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...*, párrs. 82-96. Como ya he dicho, la Corte ha ampliado también el marco de aplicación de la prohibición de discriminación, considerándola una norma de *jus cogens*, de carácter *erga omnes*. Ver *ibidem*, párrs. 100-101.

interpretación del artículo 24 en su Opinión Consultiva OC-4/84²⁸, aunque de hecho no ha desarrollado aún una jurisprudencia completa y detallada sobre el tema. En los últimos años, sin embargo ha avanzado un poco más en la cuestión²⁹.

La doctrina de la Corte al respecto aparece expresada en los siguientes párrafos:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual **es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.** No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza...

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que **no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.** Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que **sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”** [Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones

²⁸ Ver Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.

²⁹ Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 185; *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana...*, párrs. 140-141, 155, 166-168, 171 y 191; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrs. 44-49 y 55; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...*, párrs. 82-110.

contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio...

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. **De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana...**

Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso³⁰.

A la luz de lo dicho antes, el problema de la aproximación de la Corte en esta opinión consultiva –que tiene ya más de 20 años– es que no deriva ninguna consecuencia específica de la lista de factores prohibidos establecidos por el artículo 1.1 de la Convención Americana –de modo que parece tratar del mismo modo la discriminación por motivo de alguno de esos factores, que los casos de simple violación del principio de igualdad. Como he señalado, la doctrina y la juris-

³⁰ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización...*, párrs. 55-58 (énfasis añadido).

prudencia más recientes han desarrollado algunas consecuencias específicas en aquellos casos en los que se alega discriminación sobre la base de estos factores prohibidos –como la inversión de la carga probatoria, el establecimiento de una presunción de invalidez de la distinción y la necesidad de justificación estricta de la medida.

También es interesante señalar que, aunque se trataba de una opinión consultiva –en la que Costa Rica requirió a la Corte que se expidiera sobre la compatibilidad de una propuesta de reforma constitucional con la Convención Americana– la única constatación categórica de discriminación que hace el tribunal se refiere a la discriminación por razón de sexo contra los varones³¹.

En algunas decisiones posteriores, la Corte ha ofrecido algunos indicios de su interpretación acerca del alcance de la prohibición de discriminación. Aunque aún no se ha dictado una sentencia en la que el tribunal desarrolle una doctrina acabada sobre el alcance y consecuencias de la prohibición de discriminación, al menos pueden señalarse algunas aproximaciones generales, y dos líneas de argumentos relevantes.

En cuanto a la aproximación general de la Corte, algunos párrafos del caso Yatama sirven para resumir la doctrina del tribunal:

184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

³¹ En efecto, la Corte considera que se discrimina contra los varones cuando una cláusula constitucional limita la adquisición de nacionalidad a la mujer extranjera que se case con costarricense –y no al varón extranjero que se case con costarricense. La Corte afirma que la cláusula debe leerse como si dijera “persona extranjera” que se case. Ver, *ibidem*, párrs. 66-67 y punto conclusivo 5.

185. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, **los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.**

186. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe³².

La obligación de no discriminar

En algunos casos, la Corte ha abordado planteos de discriminación sobre factores prohibidos, en el marco de su análisis de la alegada violación de algunos derechos establecidos en la Convención Americana. Dos casos –y otra opinión consultiva– tratan la cuestión de las distinciones perjudiciales efectuadas sobre la base del origen étnico y nacional y la condición migratoria de las personas.

En el caso de las Niñas Yean y Bosico, la Corte consideró la aplicación de la prohibición de discriminación en relación con el derecho a la nacionalidad. En el caso, se había alegado que el Estado dominicano había discriminado a dos niñas de ascendencia haitiana y nacidas en la República Dominicana, al obstaculizar su inscripción y documentación mediante interpretaciones arbitrarias de la legislación

³² Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua...*, párrs. 184-186 (notas a pie de página omitidas; énfasis añadido). En sentido similar, *Caso López Álvarez vs. Honduras...*, párr. 170.

vigente y requisitos reglamentarios irrazonables. El factor prohibido alegado –sobre el cual se produjo abundante prueba en el caso– era el **origen étnico/nacional** de las niñas: concretamente, de acuerdo al planteo, el motivo de la denegación de inscripción y documentación de las niñas era concretamente su ascendencia haitiana. La Corte afirmó expresamente que la prohibición de discriminación es aplicable al derecho a la nacionalidad, aunque su análisis no se centra en la consideración directa del origen étnico/nacional como factor prohibido, sino más bien en la **condición migratoria** en general³³. Sin embargo, aunque la Corte no centra su análisis en el origen étnico/nacional como factor prohibido, la sentencia señala también que “el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a las niñas Yean y Bosico, se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas”³⁴. Este parece ser un reconocimiento por parte de la Corte de una situación de discriminación sistémica o estructural. La Corte afirma, al respecto, que

171. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, la República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Dilcia Yean y Violeta Bosico, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana.

Aunque el resultado final es el mismo –la Corte consideró, finalmente, violado el derecho a la nacionalidad (y también los derechos a la personalidad jurídica y al nombre), entre otras cosas, por violación

³³ Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana...*, párr. 155: “La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”.

³⁴ *Ibidem*, párrs. 168. Ver también párrs. 169-171 y 192.

al principio de igual protección y a la prohibición de discriminación³⁵— el análisis efectuado por el tribunal es excesivamente complicado en relación con los hechos del caso. Era bastante más sencillo y adecuado decir que el Estado violó la prohibición de discriminación por su actuación, al adoptar regulaciones y al aplicarlas con la intención o el efecto de excluir a personas pertenecientes a una minoría étnica/nacional del goce de un derecho, que decir —como parece hacerlo la Corte— que la violación se produjo por falta de adopción de medidas positivas. En el caso, el Estado trató peor a las niñas de ascendencia haitiana que a quienes no pertenecían a esa minoría —es decir, distinguió perjudicándolas. Las medidas positivas se justifican cuando la igualdad de trato es insuficiente para garantizar el goce y ejercicio del derecho —en este caso, bastaba con la igualdad de trato.

En el caso *López Álvarez*, la Corte consideró otra alegación de violación a la prohibición de discriminación contra una persona perteneciente a una minoría étnica —en este caso, un miembro de una comunidad indígena/afrodescendiente, la comunidad garífuna. A la víctima, y a toda la población garífuna detenida en un centro penitenciario, se les prohibió hablar en su idioma materno. La Corte afirmó

171. Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.

172. En el presente caso, la restricción al ejercicio de la libertad de hablar garífuna aplicada a algunos reclusos del Centro Penal de Tela, fue discriminatoria en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, como miembro de la comunidad garífuna.

³⁵ Ver *ibidem*, párr. 174: “La Corte encuentra que por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente, el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico”. Sobre la violación a los derechos a la personalidad jurídica y al nombre, ver párr. 187.

La Corte consideró violado el derecho a la libertad de expresión, en relación con la prohibición de discriminación³⁶, aunque no dedicó mayor espacio para desarrollar el estándar aplicado.

La Corte también efectuó importantes consideraciones sobre la aplicabilidad de la prohibición de discriminación en relación con la situación de trabajadores migratorios, incluyendo a los trabajadores indocumentados, en su Opinión Consultiva OC-18/03³⁷.

En el caso del Penal Castro y Castro, decidido en noviembre de 2006, la Corte efectúa por primera vez en forma explícita –en ejercicio de su competencia contenciosa– algunas consideraciones relativas al **género**³⁸, en un contexto en el que insiste más en el alcance de obligaciones negativas específicas relativas a la situación de la mujer, que a obligaciones positivas o acciones positivas a adoptar.

Las consideraciones más extensas de la Corte se refieren a las obligaciones específicas del Estado en relación con el derecho a la integridad física y a la dignidad personal de las mujeres víctimas de torturas y vejaciones –y, en especial, de las mujeres embarazadas³⁹. Poniendo lo dicho por el tribunal en el contexto de la prohibición de discriminación, podría decirse que la Corte señala que ciertas prácticas –como las prácticas de violencia sexual, y las que tienen como efecto poner en riesgo o generar angustia sobre el embarazo– son objeto de una prohibición reforzada, porque afectan especialmente la condición de la mujer. En términos de lo dicho en secciones anteriores, la Corte parece haber identificado tipos de **afectaciones discriminatorias**, que agravan el significado de la violación a un derecho establecido de forma genérica –en este caso, el derecho a la integridad física y a la dignidad personal– cuando sus víctimas son mujeres.

³⁶ Ver Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras...*, párrs. 173 y 174.

³⁷ Ver Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...*, párrs. 111-160.

³⁸ Remito, sin embargo, a lo dicho antes respecto de la Opinión Consultiva OC-4/84.

³⁹ Ver Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrs. 290-293, 298, 303, 306-313, 319 y 330-332.

Obligaciones positivas: medidas de protección especial y consideración de la diversidad

En muchos otros casos, la Corte ha desarrollado la obligación estatal de adoptar medidas de protección especial, o de considerar las diferencias específicas de ciertos grupos para garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Si bien en pocos casos este desarrollo es vinculado expresamente a la prohibición de discriminación, los avances de la Corte en esta materia ofrecen una pauta concreta para identificar en qué consisten las acciones positivas que debe adoptar el Estado para asegurar que colectivos en situación de vulnerabilidad y sus miembros puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos –de modo que no es difícil vincular estas interpretaciones de la Corte con las obligaciones positivas que surgen de la prohibición de discriminación y del principio de igual protección de la ley, allí donde no baste con el trato idéntico. De manera que es posible comparar los grupos que la Corte ha considerado merecedores de especial protección, con los factores sobre los cuales está prohibido discriminar de acuerdo con la Convención Americana y otros instrumentos relevantes.

En este sentido, la Corte ha desarrollado la necesidad de acciones positivas, de trato diferenciado o de protección especial para los siguientes grupos, entre otros: poblaciones indígenas, niños y adolescentes y personas con discapacidad. También ha efectuado algunas consideraciones en relación con las mujeres.

En relación con la **pertenencia a una comunidad indígena o tribal** –que puede considerarse un caso especial de minoría étnica o nacional–, la Corte Interamericana ha desarrollado una jurisprudencia considerable acerca de la necesidad de que el Estado considere las particularidades culturales de las comunidades indígenas o tribales para garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Esto significa que, en determinadas circunstancias, se requiere del Estado un tratamiento diferente de las comunidades indígenas, en relación con el trato que reciben otros grupos sociales, como exigencia indispensable para el respeto de la identidad cultural y la supervivencia de esas comunidades. En este sentido, el Estado tiene la obligación de considerar la diversidad de los pueblos indígenas y tribales, y

otorgarles un trato acorde con esa diversidad. De acuerdo con estas ideas, la ausencia de trato diferenciado podría constituir una violación a la Convención. La Corte ha desarrollado esta doctrina especialmente en relación con el derecho de propiedad. Así, la Corte ha considerado en varios casos que el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe entenderse, cuando se trata de pueblos o comunidades indígenas o tribales, como el derecho al reconocimiento de la titularidad colectiva de sus territorios ancestrales o tradicionales, con las correlativas obligaciones estatales de reconocimiento y titulación. La Corte también ha avanzado sobre el derecho de las comunidades indígenas y tribales de participar en las decisiones y de obtener beneficios de la explotación de los recursos situados en sus territorios. La Corte ha justificado este tratamiento especial señalando la estrecha relación del territorio y de la preservación de los recursos naturales con la cosmovisión, la identidad y, en última instancia, la supervivencia de los pueblos y comunidades indígenas y tribales⁴⁰. En el caso Yatama, la Corte aplicó esta doctrina también a los derechos políticos, subrayando la obligación del Estado de ajustar su legislación electoral para respetar las formas de organización política de las comunidades indígenas y tribales⁴¹.

Pero la Corte también ha desarrollado la idea de que las comunidades indígenas y tribales que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad –dadas las condiciones materiales de extrema pobreza en las que viven– requieren del Estado la adopción de medidas de

⁴⁰ Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrs. 142-155, en especial párrs. 148, 149, 151 y 153; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrs. 125-135, en especial párrs. 131 y 133; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrs. 123-156, especialmente párrs. 131, 135, 137, 146, 147 y 154; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrs. 117-143; *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párrs. 89-159, en especial párrs. 86, 89-92, 122-123, 130, 134, 135, 139 y 144.

⁴¹ Ver Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua...*, párrs. 202, 207, 214, 218, 223-225 y 227.

protección especial. En una serie de casos, la Corte señala la relación estrecha del cumplimiento de estas obligaciones positivas con la supervivencia de la comunidad, analizando las situaciones bajo examen a la luz de los derechos a la vida y a la integridad personal. En el caso Yakye Axa, la Corte produce una síntesis de su doctrina al respecto:

161. Este Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

162. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria⁴².

En varios casos relacionados con poblaciones indígenas y tribales, la Corte resaltó las obligaciones positivas que emanan del derecho a la vida, y llegó a la conclusión de que la falta de provisión de servicios de salud, de servicios básicos mínimos, incluido el acceso a agua potable y servicios sanitarios, y de condiciones que permitan satisfacer el derecho a la alimentación constituyen violaciones a los derechos a la vida y a la integridad física⁴³. En algunos de estos casos, el tribunal realiza consideraciones inspiradas en la noción de **discriminación**

⁴² Ver Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay...*, párrs. 161 y 162.

⁴³ Ver *ibidem*, párs. 161-162, 164-165 y 167; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay...*, párrs. 153-178.

múltiple: además de las obligaciones de protección relacionadas con la situación de vulnerabilidad general de las comunidades indígenas que viven en situaciones de extrema pobreza, la Corte insiste en la necesidad de protección específica de ciertos grupos vulnerables dentro de esas comunidades –como los niños, niñas, ancianos y las mujeres embarazadas⁴⁴.

En el caso *Moiwana*, la Corte Interamericana sostuvo también que, dado que la conexión de la comunidad indígena con su tierra tradicional reviste vital importancia espiritual, cultural y material, las medidas que impidan su contacto con la tierra ancestral afectan su identidad y la integridad de su cultura, y constituyen violaciones al artículo 5.1 de la Convención Americana⁴⁵.

Creo que es posible decir que la jurisprudencia de la Corte en la materia ha sido especialmente sensible en aquellos casos en los que, dada la coexistencia de reivindicaciones culturales insatisfechas de la comunidad indígena y la situación de extrema pobreza de la comunidad, ha detectado una situación de **discriminación sistémica o estructural**. En estos casos convergen el mandato de respeto de la diversidad cultural, con el mandato de adopción de medidas específicas para satisfacer las necesidades básicas de la comunidad en situación de exclusión social y marginación.

En relación con los **niños, niñas y adolescentes**, la Corte ha subrayado en diversos casos y en una opinión consultiva las necesidades de protección especial que tiene ese grupo⁴⁶. Esta doctrina

⁴⁴ Ver Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay...*, párrs. 172 y 175; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay...*, párrs. 159, 177.

⁴⁵ Ver Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam...*, párrs. 101 y 102.

⁴⁶ Ver Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrs. 146, 191 y 196; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay...*, párr. 172; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrs. 147, 160, 172, 173 y 176; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párrs. 124, 162-164, y 171; *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrs. 133-134; *Caso de las niñas Yean*

podría relacionarse con la prohibición de discriminación por razones de edad –que, aunque no aparece como factor listado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, podría interpretarse como comprendido en la fórmula genérica “cualquier otra condición social”. La Corte ha dicho que las distinciones por razones de edad son justificables, pero ha agregado que –dada su situación de vulnerabilidad– el Estado tiene obligaciones de protección especiales hacia los niños y adolescentes, integrando el principio de protección igualitaria y la prohibición de discriminación con el mandato específico de protección de la niñez establecido en el artículo 19 de la Convención Americana⁴⁷. En varios casos, las necesidades de protección especial han sido reforzadas por la condición particular de vulnerabilidad de las víctimas en cuestión: así, la Corte ha subrayado estas obligaciones para el Estado en casos de niños sin hogar y en situación de extrema pobreza, niños sometidos a la custodia estatal en una institución, niñas pertenecientes a una minoría étnico/nacional, y niños indígenas en situación de extrema pobreza⁴⁸. Se trata de otro ejemplo de empleo por parte de la Corte de la noción de **discriminación múltiple**. Entre las medidas a adoptar, el tribunal identificó aquellas necesarias para evitar que los niños sean lanzados a la miseria y que se vean privados de condiciones de vida digna y de la posibilidad de un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, el aseguramiento de la supervivencia y el desarrollo del niño, y del derecho a un nivel de vida adecuado –incluyendo acceso a educación,

y *Bosico vs. República Dominicana*..., párrs. 133-134; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*..., párr. 177. En el mismo sentido, opinión consultiva OC-17/02..., párrs. 53-54, 56, 60, 80-81, 84 y 86-88.

⁴⁷ Corte IDH, opinión consultiva OC-4/84..., párr. 56; opinión consultiva OC-17-2002..., párrs. 43-55.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*..., párrs. 146, 196 (niños sin hogar en situación de pobreza); *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*..., párrs. 159, 160, 172 (niños privados de libertad); *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra* nota 42, párr. 172 (niños de una comunidad indígena en situación de extrema carencia); *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*..., párrs. 133-134 (niñas de una minoría étnico/nacional); *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*..., párrs. 154-159 y 177 (niños de comunidad indígena en situación de extrema carencia).

salud, alimentación y agua potable— y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.

En el caso *Ximenes Lopes*, la Corte abordó la cuestión de las obligaciones específicas del Estado en relación con las **personas con discapacidad** —en el caso, de las personas con discapacidad psíquica en situación de internación involuntaria en una institución psiquiátrica. Aunque la discapacidad no está listada entre los factores prohibidos del art. 1.1 de la Convención Americana, el desarrollo de instrumentos posteriores —tanto universales como regionales⁴⁹— ha hecho evidente que la discapacidad debe ser considerada “otra condición social” a efectos de ese artículo. La Corte afirma que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”. Así, no basta con la mera abstención del Estado, “sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre”⁵⁰. En el caso, el tribunal extiende esa necesidad de protección especial a las personas con discapacidad en general, reconociendo que “las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”⁵¹. El párrafo sugiere que el tribunal ha tenido también aquí en mente la

⁴⁹ Ver, por ejemplo, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁵⁰ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 103.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 105, con cita de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. En el mismo sentido, párrs. 137 y 138.

noción de **discriminación sistémica o estructural** que sufren las personas con discapacidad, que justifica la necesidad de adopción de medidas positivas por parte del Estado. La Corte identifica una serie de obligaciones positivas en relación específica con la situación de las personas con discapacidades psíquicas: entre ellas, el asegurarles una prestación médica eficaz, la preferencia por los servicios menos restrictivos posibles, el establecimiento de salvaguardas específicas para aquellos tratamientos e intervenciones riesgosos o capaces de afectar la integridad física y la dignidad de la persona, y la regulación y fiscalización de las instituciones –tanto públicas como privadas– que presten servicios de salud⁵².

En el ya referido caso del Penal Castro y Castro, la Corte también efectúa alguna consideración relacionada con obligaciones positivas del Estado en relación con el **género**. El tribunal considera que el Estado peruano tenía, además de la obligación genérica de investigar y juzgar diligentemente las graves violaciones a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una obligación reforzada de investigar y juzgar diligentemente los hechos de violencia contra la mujer denunciados en el caso, a partir de la Convención para Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)⁵³.

7. Igualdad, prohibición de discriminación y derechos sociales

Ya he dicho que algunos tratados de derechos humanos hacen aplicable el principio de igual protección y la prohibición de discriminación no sólo a los derechos que reconoce el propio instrumento, sino a todo otro derecho –y esto incluye a los derechos económicos, sociales y culturales. Buenos ejemplos de ello son el artículo 24 de la Convención Americana y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo mismo puede decirse de gran parte de las constituciones de la región. Por

⁵² Ibídem, párrs. 128, 130-132, 134,-136, 138-141, 143-146.

⁵³ Ver Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú...*, párrs. 344 y 346.

otro lado, los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales también incluyen el principio de igualdad y la prohibición de discriminación –ejemplos de ello son el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Además de ello, los tratados de orientación antidiscriminatoria, o los destinados a la protección de grupos sociales específicos, también hacen extensiva la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales –en el marco respectivo de aplicación de cada uno de esos instrumentos⁵⁴.

Dada esta relación, conviene explorar algunos vínculos posibles entre las distintas manifestaciones del principio de igual protección y de la prohibición de discriminación, y los derechos económicos, sociales y culturales. Para ello, emplearé la distinción ya hecha entre obligaciones negativas y obligaciones positivas que derivan del principio de protección igualitaria y de la prohibición de discriminación. Esquemáticamente, podría decirse lo siguiente.

Desde el punto de vista de las obligaciones negativas que emanan del principio de protección igualitaria y de la prohibición de discriminación, el Estado está obligado a no establecer o aplicar distinciones perjudiciales, *de jure o de facto*, sobre la base de factores prohibidos, en la concesión e implementación de derechos económicos, sociales y culturales.

Desde el punto de vista de las obligaciones positivas que emanan del principio de protección igualitaria y de la prohibición de discriminación, la prioridad en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales puede ser vista como una de las medidas especiales destinadas a promover la igualdad de oportunidades y erradicar la discriminación

⁵⁴ Ver, por ejemplo, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5.e); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 10-14; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 23-24, 26-27 y 29-32; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 24-28.

contra grupos sociales en situación de vulnerabilidad y excluidos. Esta idea requiere de refinamiento, dado que las reivindicaciones de diversos grupos sociales y las áreas de impacto de la discriminación sufrida por ellos no se reducen a un tipo único. Parte de la teoría política contemporánea distingue, por ejemplo, entre **demandas de redistribución** –vinculadas centralmente con el acceso a recursos– y **demandas de reconocimiento** –vinculadas centralmente con la plena aceptación de la diversidad de un grupo⁵⁵. De todas maneras, las necesidades de redistribución y las necesidades de reconocimiento suelen coincidir –en especial, en aquellas situaciones que hemos denominado de **discriminación múltiple**, y de **discriminación sistémica o estructural**. De modo que las situaciones de carencia y pobreza extrema –es decir, de insatisfacción de aquellas necesidades que constituyen el objeto de los derechos económicos, sociales y culturales, como salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación– suelen afectar mayoritariamente a grupos sociales discriminados, tales como minorías étnicas, mujeres y personas con discapacidad.

En todo caso, el cruce entre prohibición de discriminación y derechos económicos, sociales y culturales requiere un análisis específico para cada factor prohibido, y una particular atención para detectar casos de discriminación múltiple y discriminación sistémica o estructural. Adicionalmente, puede señalarse que algunas listas de factores prohibidos –como la incluida en el artículo 1.1 de la Convención Americana– incluyen también la “posición económica” y, como categoría abierta, “cualquier otra condición social”. De modo que, además de los factores prohibidos tradicionales –como el origen étnico o el género–, cabe la posibilidad de articular la posición socioeconómica –la situación de pobreza, por ejemplo– como factor sobre el cual está prohibido discriminar.

⁵⁵ Sobre la distinción, puede verse Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia...*, y “Vida política y diferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal”, en: Castells, Carme (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*. Paidós, Barcelona, 1996, págs. 99-126; Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta. Reflexiones crítica desde la posición “postsocialista”...*, caps. 1 y 8. Ver también Añón, María José, “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”, en: de Lucas, Javier (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 43-118.

Lo que sigue son algunos ejemplos jurisprudenciales de cómo se ha empleado el principio de protección igualitaria y la prohibición de discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁵⁶. En muchos casos, la cuestión en juego, cuando un derecho social ha sido otorgado a determinadas personas o grupos en una cierta medida, es si el factor de diferenciación utilizado por el Estado es un factor prohibido, o si la distinción hecha está justificada. Cuando el órgano juzgador considera que la distinción es discriminatoria o injustificada, el efecto de la decisión es, con frecuencia, la extensión del beneficio al grupo indebidamente excluido.

Género

En el plano internacional, el Comité de Derechos Humanos de la ONU –órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– decidió, hace ya más de veinte años, dos casos pioneros: *Zwaan de Vries vs. Países Bajos* y *Broeks vs. Países Bajos*⁵⁷, relativos a la legislación holandesa sobre prestaciones por desempleo, en los que se planteaba la existencia de discriminación por motivos de **género**. De acuerdo con la legislación impugnada, la mujer casada que solicitaba tales prestaciones tenía que comprobar que su salario había sido la principal fuente de ingreso de la familia, requerimiento que no se aplicaba al solicitante varón casado o soltero y a la mujer soltera. El Estado denunciado argumentó que el motivo de la disposición no era discriminar a la mujer casada, sino más bien administrar adecuadamente los fondos públicos sin incurrir en gastos innecesarios, por lo que al conceder el beneficio se partía de la presunción de que la mujer casada habitualmente no es el sostén de la familia. La relevancia del art. 26 del PIDCP como posible vía hacia la justiciabilidad de los

⁵⁶ No hago mención aquí a casos de la Corte Interamericana, tratados en la sección anterior, pero varios de ellos –por ejemplo, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya*, *Instituto de Reeducación del Menor*, *Ximenes Lopes*– son buenos ejemplos de tutela indirecta de derechos sociales a través de la prohibición de discriminación o de obligaciones de protección especial que pueden derivarse o vincularse con esa prohibición.

⁵⁷ Ver Comité de Derechos Humanos, *Caso Zwaan de Vries vs. Países Bajos*, Comunicación 182/1984, 9 de abril de 1987, y *Caso Broeks vs. Países Bajos*, Comunicación 172/1984, 9 de abril de 1987.

derechos económicos, sociales y culturales en el sistema de Naciones Unidas se evidencia en la siguiente afirmación del Comité de Derechos Humanos:

Aunque el art. 26 requiere que la legislación prohíba la discriminación, no contiene ninguna obligación respecto de las materias que deben ser reguladas por esa legislación. No requiere por ejemplo a ningún Estado sancionar legislación para proveer un seguro social. Sin embargo, cuando esa legislación resulta sancionada en el ejercicio del poder soberano del Estado, dicha legislación debe cumplir con el art. 26 del Pacto⁵⁸.

En ambos casos, el Comité decidió que la distinción efectuada por la legislación era injustificada y que discriminaba contra la mujer.

Origen étnico/racial

La apelación a juicios de igualdad de trato y la denuncia de discriminación para reclamar derechos sociales fue tradicionalmente utilizada por los movimientos de derechos civiles estadounidenses en sus estrategias de litigio –entre otras razones, porque la constitución de los Estados Unidos incluye el principio de igual protección pero no incorpora derechos sociales.

En tal sentido resulta útil recordar el planteo realizado por los demandantes en la serie de casos contra la **segregación racial escolar** identificados como *Brown vs. Board of Education*⁵⁹ –probablemente la decisión más famosa del derecho constitucional estadounidense. Generalmente, el aspecto que más se resalta de esta serie de casos es la declaración de inconstitucionalidad de cualquier esquema de

⁵⁸ Ver Comité de Derechos Humanos, *Caso Zwaan de Vries vs. Países Bajos*, párr. 12.4.

⁵⁹ Corte Suprema estadounidense, *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954). La Corte Suprema trató conjuntamente cuatro casos de segregación racial escolar, que involucraban a los estados de Kansas (*Brown vs. Board of Education*), Carolina del Sur (*Briggs et al. vs. Elliott et al.*), Delaware (*Gebhart et al. vs. Belton et al.*) y Virginia (*Davis et al. vs. County School Board of Prince Edward County, Virginia, et al.*). Para un vívido recuento del caso, ver Kluger, Richard, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. Knopf, Nueva York, 1975.

segregación racial, aún en igualdad de condiciones materiales de los sistemas segregados. Sin embargo, además de ese planteo general –que la Corte Suprema estadounidense aceptó– los peticionantes denunciaban también la disparidad material de las prestaciones, a partir de un factor ilegítimo de discriminación: la raza. En el caso se cuestionaba a la luz de la Enmienda XIV (la llamada cláusula de igual protección) la política de segregación racial en las escuelas públicas en los estados del sur de los Estados Unidos. La segregación racial era un modo de vida legalmente consagrado en esos estados, tales como Alabama, Mississippi, Kansas, Carolina del Sur y Virginia. Los demandantes reclamaban la admisión de menores de raza negra a las escuelas públicas de su comunidad sobre la base de la inconstitucionalidad de la segregación. A los niños se les había denegado el ingreso a esos establecimientos en virtud de leyes que permitían o exigían la segregación, dictadas de conformidad con el razonamiento de la misma Corte en el precedente *Plessy vs. Ferguson*: la doctrina denominada “separados pero iguales”.

En el caso *Brown* y en los demás casos tratados conjuntamente por la Corte Suprema estadounidense, los demandantes alegaron que las escuelas públicas segregadas no son iguales, que no pueden ser iguales y que por eso la comunidad de afroamericanos no era tratada con igualdad ante la ley. Si bien la Corte entendió que cualquier segregación es en sí misma contraria a la Constitución, pues produce efectos nocivos a la población afectada, los demandantes también construyeron los distintos casos a partir de una minuciosa comparación entre las condiciones en que se prestaba el servicio de educación en los diferentes establecimientos escolares. En tal sentido se comparaban edificios, programas, sistema de calificaciones, salarios de los maestros y otros factores tangibles.

El empleo de la cláusula de igual protección acompaña la historia de los planteos de desegregación racial en materia de derechos sociales, tales como el derecho a la educación. En casos posteriores, la Corte Suprema estadounidense convalidó las decisiones de tribunales inferiores, que ordenaban medidas tales como la creación de nuevas escuelas, la modificación del sistema de transporte escolar, la

reasignación y capacitación del personal docente, justificadas por la necesidad de hacer efectiva la desegregación⁶⁰.

Esta estrategia de comparación de las condiciones de prestación de un servicio de satisfacción de derechos sociales es replicable en supuestos en los cuales un grupo o sector social, o la población de un área geográfica determinada, sufre una diferencia de trato ilegal o irrazonable. El caso de la organización árabe Adalah, acogido por la Corte Suprema de Israel en el mes de octubre de 1998 y concluido a través de una solución amistosa entre el Estado y los peticionantes, refleja las enormes posibilidades de esta estrategia de litigio⁶¹.

En este caso estaba en juego el derecho a la salud de las madres y niños que integraban comunidades árabes beduinas que habitaban villas no reconocidas en la zona de Negev. El caso fue iniciado por la mencionada organización Adalah y otras dos organizaciones no gubernamentales, en representación de 121 madres y niños de esas comunidades, contra el Ministerio de Salud del Estado de Israel, requiriendo el establecimiento de centros de atención materno infantiles para proveer atención médica preventiva en las diez villas más grandes de la comunidad árabe beduina en la región del Negev.

Según los peticionantes, más de 50 mil árabes beduinos habitaban esas villas, pese a lo cual el Estado de Israel no había establecido ningún centro de atención médica materno infantil. Las mujeres y los niños, para recibir atención médica, debían viajar hacia las clínicas más cercanas a sus hogares y, en la mayoría de los casos, debido a la falta de transporte público, resultaban forzados a caminar largas horas en el desierto. Por el contrario, en las ciudades vecinas habitadas por residentes judíos existían clínicas de atención materno infantil. De acuerdo a las estadísticas del propio Ministerio de Salud la tasa de mortalidad infantil en las villas árabes del Negev es la más alta de Israel (16%) y la tasa de inmunización en los niños de esta comunidad es la más baja. Aproximadamente el 50% de los niños de la comunidad

⁶⁰ Ver, por ejemplo, *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); *Wright vs. Council of the City of Emporia*, 407 U.S. 451 (1972) y *Hills vs. Gautreaux*, 425 U.S. 284 (1976).

⁶¹ Ver Corte Suprema de Israel, H.C. 7115/97, *Adalah, et. al. vs. Ministry of Health, et. al.* (solución amistosa).

árabe beduina que viven en esas villas son hospitalizados en el primer año de vida y más del 50% sufre de anemia y desnutrición.

Los peticionantes fundaron la acción en la Legislación Nacional sobre Seguro de Salud de 1994, que requiere al Ministerio el suministro del servicio de salud preventiva dentro de una distancia razonable y un tiempo de transporte adecuado entre los centros de atención y los lugares de residencia. Como argumento adicional vinculado a la igualdad, alegaron que estas carencias de servicios públicos de atención médica en zonas cercanas al domicilio, sumados a las tradiciones sociales que impiden a las mujeres abandonar el hogar sin la compañía de un familiar del marido, no hacían más que perpetuar la subordinación y vulnerabilidad de las mujeres que integraban estas comunidades.

Ante el riesgo cierto de condena ante la Corte Suprema de Israel, el Estado ofreció a los peticionantes garantizar el servicio de atención médica materno infantil para los habitantes de esa comunidad, en iguales condiciones que a los colonos judíos.

El caso es un buen ejemplo del uso de la información estadística para realizar un juicio de comparación entre dos situaciones claramente mensurables: el acceso al servicio de atención médica materno infantil de un colono judío y de un poblador de una villa árabe, en una misma zona geográfica, sujeta a la misma autoridad sanitaria y sometida a la misma legislación.

Un tercer caso que puede ejemplificar la tutela de derechos sociales a través del principio de protección igualitaria y de la prohibición de discriminación es la decisión del pleno de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso D.H. y otros vs. República Checa. Se trata de una sentencia sumamente interesante, dado que constituye un importante ejemplo de aplicación de la noción de discriminación indirecta, o bien de la noción de discriminación *de facto*. En el caso, se denunciaba el carácter discriminatorio de los efectos de la política educativa del Estado sobre la minoría romaní (*roma* o gitana, de acuerdo con otras denominaciones empleadas). En el Estado demandado, a partir de un examen de capacidad intelectual, los funcionarios educativos deciden qué niños permanecen en escuelas regulares, y qué niños son enviados

a establecimientos de “educación especial”, destinados originariamente a niños con discapacidades cognitivas que no están en condiciones de asistir a escuelas regulares. Pues bien, la combinación de una serie de prácticas y factores –que incluyen, además prejuicios sociales, el hecho de que la lengua materna de los niños romaní es el romaní y no el checo– dieron como resultado que, en el distrito de Ostrava, un porcentaje desproporcionado de niños romaníes fuera enviado a los establecimientos de “educación especial”⁶².

La Corte consideró probable que los exámenes utilizados contuvieran sesgos, y sostuvo que no tenían en cuenta las particularidades de la comunidad romaní⁶³. El tribunal dio por probado que, a raíz del empleo de estos exámenes, los niños romaníes recibieron una educación de calidad inferior y fueron aislados socialmente⁶⁴. En consecuencia, la Corte consideró violada la prohibición de discriminación, en relación con el derecho a la educación.

Origen nacional

En otros casos, se ha impugnado el empleo del **origen nacional** como factor de distinción para el acceso a derechos o beneficios sociales. Por ejemplo, en el caso Khosa, la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió que la exclusión de los residentes extranjeros de los beneficios de la asistencia social –que la ley limitaba a los ciudadanos sudafricanos– era inconstitucional por violar la prohibición de discriminación⁶⁵. Los demandantes en el caso eran un grupo de personas en situación de extrema pobreza, de origen mozambicano. En sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió, en los

⁶² El 56% de los niños en “escuelas especiales” del distrito eran romaníes, mientras que sólo representaban el 2,26% del alumnado de las escuelas regulares. Entre la población no romaní, sólo el 1,8% de los niños son asignados a “escuelas especiales”. Entre la población romaní, la cifra asciende al 50,3%. Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso D.H. y otros vs. República Checa...*, párr. 18.

⁶³ *Ibidem*, párrs. 199-201.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 207.

⁶⁵ Ver Corte Constitucional de Sudáfrica, *Khosa and others vs. Minister of Social Development and others*, 2004 (6) SA 505 (CC), 4 de marzo de 2004.

casos *Gaygusuz*⁶⁶ y *Koua Poirrez*⁶⁷, que la diferencia de tratamiento entre nacionales y extranjeros para acceder a beneficios de desempleo y a compensaciones por discapacidad, respectivamente, era injustificada y violaba el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el derecho de propiedad.

Discapacidad

Un último ejemplo proveniente de la Corte Suprema de Canadá, el caso *Eldridge vs. British Columbia (Attorney General)*⁶⁸ ofrece un rico panorama de las obligaciones positivas que emanan del principio de igualdad y la prohibición de discriminación. Se trata de una importante sentencia, que marca el rumbo interpretativo del alto tribunal canadiense en materia de derechos de las personas con **discapacidad**. Los hechos bajo examen eran los siguientes: tres personas sordas demandan a la provincia canadiense de Columbia Británica porque, atendidos en un hospital público, carecieron de intérprete y no lograron comunicarse plenamente con los médicos tratantes —uno de los casos involucra, por ejemplo, el parto de una mujer sorda embarazada. Los actores fundaron la acción en la Sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que establece el principio de igual protección de la ley y la prohibición de discriminación, y enumera entre los factores prohibidos la “discapacidad física o mental”. De acuerdo con los demandantes, la legislación hospitalaria provincial discriminaba contra las personas sordas al no disponer de un servicio de intérpretes de señas en los casos en los que la efectiva comunicación constituye un componente inherente y necesario de la prestación del servicio médico.

La Corte Suprema canadiense sostuvo que la Provincia violó la sección 15 de la Carta, al no asegurar la “igualdad de beneficios de la ley” para las personas con discapacidad.

⁶⁶ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Gaygusuz vs. Austria*, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párrs. 46-52.

⁶⁷ Ver Corte Europea de Derechos Humanos, *Koua Poirrez vs. Francia*, sentencia de 30 de septiembre de 2003, párrs. 46-50.

⁶⁸ Corte Suprema canadiense, *Eldridge vs. British Columbia (Attorney General)*, 151 D.L.R. (4th) 577, 616 (1997).

Vale la pena reproducir las consideraciones hechas por la Corte:

- a) la sección 15 (1) de la Carta tiene dos propósitos diferentes pero relacionados: en primer lugar, la sección “expresa un compromiso –profundamente enraizado en nuestra cultura social, política y legal– con la igual valía y dignidad humana de todas las personas”; en segundo lugar “instituye el deseo de rectificar y prevenir la discriminación contra grupos particulares que sufran desventajas sociales, políticas y legales en nuestra sociedad”.
- b) Es necesario tener en cuenta “que es desafortunadamente cierto que la historia de las personas con discapacidades en el Canadá es en gran parte una historia de exclusión y marginación. Las personas con discapacidades han sido demasiado frecuentemente excluidas de la fuerza de trabajo; se les ha negado el acceso a oportunidades de interacción social y progreso; se las ha sometido a un estereotipamiento injusto y se las ha relegado en instituciones”.
- c) La Provincia no satisface el mandato de la Sección 15 con la sola provisión a las personas sordas de servicios médicos estrictamente idénticos a los recibidos por las personas que pueden oír. La comunicación efectiva es una parte indispensable de los servicios médicos, y la Sección 15 coloca a la Provincia bajo la obligación de asegurar que las personas sordas puedan comunicarse con los operadores del sistema de salud de modo de recibir similar provecho de los servicios de salud de acuerdo con la ley provincial.
- d) “La Sección 15 (1) establece expresamente, después de todo, que todo individuo es ‘es igual ante y bajo la ley y tiene el derecho a la igual protección y a la igualdad de beneficios de la ley sin discriminación’... La cláusula no hace ninguna distinción entre leyes que imponen cargas desiguales y las que deniegan iguales beneficios. Si aceptamos el concepto de discriminación por los efectos adversos, parece inevitable concluir, al menos mientras analizamos la Sección 15(1), que el gobierno tiene la exigencia de adoptar medidas especiales para asegurar que los grupos desaventajados estén en condiciones de beneficiarse en igual medida de los servicios del gobierno”.

Como puede apreciarse, la sentencia emplea en el análisis una noción sustantiva de igualdad, por oposición al tradicional concepto de **igualdad formal** o **igualdad de trato**. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho.

Orientación sexual

Tribunales nacionales y órganos internacionales de derechos humanos también han considerado discriminatorias las distinciones efectuadas sobre la base de la **orientación sexual**, que excluyan a parejas del mismo sexo de la protección social otorgada a parejas formadas por personas de diferente sexo. Ejemplos de ello son decisiones de la Corte de Apelaciones de Nueva York, la Cámara de los Lores del Reino Unido⁶⁹, relativas a la protección contra el desalojo, y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Corte Constitucional colombiana, relacionados con la exclusión de beneficios pensionales al conviviente supérstite del mismo sexo⁷⁰.

Ingreso/posición socioeconómica

Por último, cabe ilustrar una tendencia de litigio desarrollada en materia de educación en los Estados Unidos, en la que se vincula el principio de igual protección de la ley con la **posición socioeconómica** en materia de derecho a la educación. A diferencia de la Constitución federal estadounidense, que no contiene derechos sociales, las constituciones de la mayoría de los Estados incluyen, además del principio de igualdad, el derecho a la educación, o la correlativa obligación estatal de garantizar educación básica gratuita y de calidad. Una extendida serie de casos planteados ante los tribunales judiciales estatales de los Estados Unidos, ha cuestionado la constitucionalidad del financiamiento de la educación de los Estados,

⁶⁹ Ver Corte de Apelaciones de Nueva York, *Braschi vs. Stahl Associates Co.*, 1989 (544 N.Y.S.2d 784); Cámara de los Lores del Reino Unido, *Ghaidan vs. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

⁷⁰ Ver Comité de Derechos Humanos, *Caso X vs. Colombia*, Comunicación 1361/2005, 14 de mayo de 2007; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-336/08 de 16 de abril de 2008.

a partir de una lectura integrada del principio de igual protección y el derecho a la educación. El argumento central de una serie de casos –denominados *equity cases*–, es que la dependencia de gran parte del financiamiento del ciclo de educación obligatorio de impuestos de carácter local (municipal o distrital) importa una violación al principio de igual protección de la ley, dado que liga la calidad de la educación recibida por los niños y adolescentes a la riqueza del distrito escolar en donde vivan. Esta forma de financiamiento regresivo hace cargar a los distritos más pobres con un mayor esfuerzo presupuestario (trasladado, claro, a los contribuyentes del distrito) para obtener niveles educativos similares a los de los distritos más ricos. El planteo está dirigido a obtener la declaración de inconstitucionalidad del plan de financiamiento estadual, y a obligar a los estados a financiar con recursos estaduales un mayor porcentaje de los gastos que conlleva el funcionamiento del sistema educativo. La estrategia ha sido exitosa en más de veinte estados, en los que sentencias judiciales han ordenado a los poderes políticos reformular el financiamiento educativo de modo de compensar las diferencias de ingreso de los municipios⁷¹.

⁷¹ La estrategia ha obtenido sentencias favorables, por ejemplo, en los siguientes estados: California (caso *Serrano vs. Priest*, 1976), Nueva Jersey (*Robinson vs Cahill*, 1973 y *Abbot vs. Burke*, 1990), Montana (*Helena Elementary School District No. One vs. State*, 1989), Kansas (*Knowles vs. State Board of Education*, 1976), Connecticut (*Horton vs. Meskill*, 1977 y *Horton vs. Meskill*, 1985), Washington (*Seattle School District No. 1 vs. State*, 1978), Virginia Occidental (*Pauley vs. Kelly*, 1979), Wyoming (*Washakie County School District No. One vs. Herschel*, 1980), Arkansas (*Dupree vs. Alma School District No. 30*, 1983), Kentucky (*Rose vs. Council for Better Education*, 1989), Texas (*Edgewood Independent School District vs. Kirby*, 1989), Tennessee (*Tennessee Small School Systems vs. McWherter*, 1993), Massachussetts (*McDuffy vs. Secretary of the Executive Office of Education*, 1993), Nueva Hampshire (*Claremont School District vs. Governor*, 1993), Arizona (*Roosevelt Elementary School District No. 66 vs. Bishop*, 1994), Idaho (*Idaho School for Equal Educational Opportunity vs. Idaho State Board of Education*, 1996), Alabama (*Ex parte School*, 1997), Vermont (*Brigham vs. State*, 1997), Ohio (*De Rolph vs. State*, 1997) y Carolina del Norte (*Leandro vs. State*, 1997).