



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

DOS CONCEPCIONES DE IGUALDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

UNA SUPERPOSICIÓN QUE AMENAZA A LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Memoria para Optar al Grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memoristas

VALESKA MARCELA DAVID CONTRERAS

ALIA KARIMA TRABUCCO ZERÁN

Profesora Guía:

CECILIA MEDINA QUIROGA

Santiago, Chile

2009

Valeska David Contreras
a mis abuelos y a mi madre

Alia Trabucco Zerán
a mi madre y mi padre

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I.	9
Las medidas de acción afirmativa y su relación con el principio de igualdad	
<i>I.1. Algunas ideas básicas sobre la igualdad y no discriminación.</i>	9
i) Breves nociones conceptuales.	9
ii) Evolución del principio de igualdad.	14
<i>I.2. Precisiones terminológicas.</i>	21
i) Discriminación positiva y discriminación inversa.	22
ii) Discriminación indirecta.	23
iii) Acciones o medidas positivas.	26
iv) Medidas especiales.	28
v) Acción afirmativa.	35
<i>I.3. Diversas concepciones sobre la igualdad y su relación con las acciones afirmativas.</i>	39
i) Concepción liberal tradicional	40
a) Igualdad formal.	40
b) Igualdad de oportunidades.	43
c) El test de razonabilidad en la concepción liberal tradicional.	47
d) Las categorías sospechosas y su relación con las acciones afirmativas.	51
ii) Concepción estructuralista.	54
a) Una concepción de igualdad contraria a la subordinación	55
b) El test de razonabilidad bajo un enfoque estructural	61
c) El problema de las categorías sospechosas	63
d) La justificación de las acciones afirmativas	66

CAPÍTULO II.	71
Las medidas de acción afirmativa en el sistema interamericano.	
<i>II.1. Análisis Normativo.</i>	71
i) Convención Americana sobre Derechos Humanos.	71
ii) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.	76
iii) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.	82
iv) Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de discriminación e intolerancia.	90
<i>II.2. Análisis Jurisprudencial.</i>	98
i) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.	98
a) Opiniones consultivas.	98
b) Casos contenciosos.	109
ii) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	130
a) Informes	130
b) Peticiones individuales	148
CAPÍTULO III.	153
El Sistema Interamericano de cara a las distintas concepciones de igualdad. ¿Coexistencia o Superposición?	
<i>III.1 Superposición de dos concepciones de igualdad en el sistema interamericano</i>	154
i) Ámbitos de superposición.	155
a) El enfoque estructuralista del sistema interamericano: una respuesta a la realidad latinoamericana.	155
b) El test de razonabilidad instrumental en una aproximación estructuralista a los casos de igualdad.	159
c) El uso de las categorías sospechosas en una férrea defensa	166

	de las acciones afirmativas.	
ii)	Problemas de la superposición.	178
	a) La reducción del campo visual de los órganos de protección	178
III.2.	<i>Posibles vías de solución.</i>	182
i)	En busca de una argumentación consistente. El descarte de los extremos.	182
ii)	Propuesta de una argumentación consistente: Coexistencia de concepciones de igualdad en ámbitos de aplicación diferenciados.	183
	a) Primer ámbito de aplicación: La concepción liberal tradicional frente a casos de discriminación no estructural.	184
	b) Segundo ámbito de aplicación: La concepción estructural de la igualdad frente a casos de discriminación sistemática.	190
CONCLUSIONES		205
BIBLIOGRAFÍA		212

INTRODUCCIÓN

La presente memoria, titulada “*Dos Concepciones de Igualdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una superposición que amenaza a las acciones afirmativas*”, se inició con el objetivo de efectuar un análisis de la jurisprudencia e informes de la Comisión y Corte interamericana en materia de derecho a la igualdad y su relación con las medidas de acción afirmativa. Ello, con el propósito de extraer posibles estándares sobre la materia que, eventualmente, sirvieran de orientación o marco de referencia para políticas públicas nacionales sobre estos polémicos programas. Este fue, originalmente, el motor que nos motivó al estudio del derecho a la igualdad en el sistema interamericano, uno de los derechos que genera, hasta el día de hoy, mayores roces a nivel político, doctrinario y, sin lugar a dudas, jurisprudencial.

No obstante, y a pesar de nuestra pretensión original, tras una extensa fase de investigación constatamos que en la aproximación de la Corte y Comisión al derecho de igualdad, había ciertos aspectos contradictorios y oscuros que no tenían un origen claro ni una explicación evidente, por lo que nos vimos frente a la necesidad de realizar un análisis preliminar de estos inconvenientes antes de extraer conclusiones acerca de las medidas de acción afirmativa. Este fue el punto clave de la presente memoria, ya que vislumbramos que había algunos elementos en la jurisprudencia de la Corte IDH y en los casos individuales e informes de la Comisión, que indicaban la existencia de dos concepciones de igualdad subyacentes a sus respectivos análisis, argumentación y conclusiones: una concepción de corte liberal clásico y una de carácter estructuralista. Ante esta constatación, nuestra investigación tomó un curso un tanto más complejo. Optamos por desentrañar cuáles eran esas concepciones, sus consecuencias y en qué medida dichas aproximaciones, aparentemente contradictorias, podían influir a la hora de analizar la compatibilidad, legitimidad y eventual exigibilidad de las medidas de acción afirmativa en el marco del sistema interamericano.

De este análisis preliminar, se extrajeron dos hipótesis:

- i) En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se *superponen* dos concepciones de igualdad, la liberal tradicional y la

estructuralista. Dicha superposición impide extraer estándares claros en materia de acción afirmativa y amenaza su legitimidad en el sistema.

ii) Es posible plantear la *coexistencia* de dos concepciones de igualdad, la liberal tradicional y la estructuralista, delimitando adecuadamente sus alcances y ámbitos de aplicación. Por esta vía, es posible dotar a las acciones afirmativas de una fundamentación consistente en el sistema.

Teniendo como norte la comprobación de estas hipótesis y la pretensión de aportar, aunque sea abriendo más preguntas que respuestas, al debate latinoamericano sobre el derecho a la igualdad y la implementación incipiente de medidas de acción afirmativa, hemos estructurado la presente memoria en tres grandes capítulos.

El primer capítulo se inicia con un recorrido general sobre la evolución del principio de igualdad y algunas consideraciones conceptuales básicas para que el lector se familiarice con conceptos y nociones fundamentales. Luego, se desarrolla un análisis acerca de la terminología escogida en la presente investigación, es decir, por qué utilizamos el vocablo “acción afirmativa” en lugar de otra nomenclatura que alude al mismo fenómeno. Finalmente, la tercera parte del primer capítulo se aboca a explicar en qué consiste la concepción liberal tradicional de la igualdad y la concepción estructuralista, desarrollando en profundidad las consecuencias que una y otra concepción tienen en dos aspectos centrales para un completo análisis del derecho a la igualdad: el *test* empleado para identificar si estamos frente a una distinción legítima o frente a un caso de discriminación y, en segundo lugar, el rol de las categorías sospechosas en dicho *test*. Asimismo, se abordan las consecuencias en materia de legitimidad y exigibilidad de acciones afirmativas en caso de aplicar los elementos propios de una y otra concepción.

El segundo capítulo se aboca al análisis del sistema interamericano. Se estudian las cuatro convenciones más relevantes del sistema en lo relativo al derecho a la igualdad y, posteriormente, la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana como de la Comisión. En el apartado dedicado a la Corte, se analizan las principales opiniones consultivas y sentencias en materia de igualdad, con referencias escuetas a las acciones afirmativas debido a la falta de pronunciamiento de este órgano sobre ese punto, mientras que en el subcapítulo abocado a la Comisión, se analizan sus principales pronunciamientos en materia de acción afirmativa, sin por

ello descuidar su aproximación a las diversas concepciones de igualdad esbozadas en el primer capítulo.

El tercer capítulo y final, está dedicado a la comprobación de ambas hipótesis. En primer lugar, se demuestra que efectivamente existe una superposición de ambas concepciones de igualdad en el sistema interamericano, reflejada en un profundo interés de los órganos del sistema por enfrentar los casos con especial preocupación por los grupos desaventajados de la región, pero con aplicación de elementos propios de una concepción de la igualdad distinta al que parecía ser su acercamiento preliminar. Esto, según demostraremos, tiene profundas consecuencias en cuanto al *test* aplicable para identificar casos de discriminación, las categorías que son consideradas “sospechas” o indiciarias de discriminación y, por último, en cuanto a la viabilidad y legitimidad de las acciones afirmativas. En segundo lugar, se argumentará que dicha superposición de concepciones es, por un lado, una amenaza para la validez y promoción de las acciones afirmativas en el sistema interamericano y, por otro, dificulta la identificación de diversas hipótesis de discriminación que no necesariamente involucran a grupos sociales desaventajados.

La parte final del tercer capítulo es, probablemente, la más atrevida. Con el objetivo de, a lo menos, contribuir al incipiente debate regional en materia de igualdad y acciones afirmativas, decidimos argumentar en pos de una coexistencia armoniosa de ambas concepciones de igualdad, procurando comprobar que ello hace posible una fundamentación consistente tanto de los casos de igualdad donde no hay grupos desaventajados involucrados, como en casos de exigibilidad e incluso impugnación de medidas de acción afirmativa. En este apartado, se identificarán campos de aplicación distintos para cada concepción, con consecuencias que conducen a la implementación de *tests* diferenciados de igualdad; categorías sospechosas asimétricas frente a grupos subyugados y conclusiones propositivas para un mejor sustrato argumentativo en torno a la legitimidad y exigibilidad de las medidas de acción afirmativa.

CAPÍTULO I
LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA Y SU RELACIÓN CON EL
PRINCIPIO DE IGUALDAD

I. 1. Algunas ideas básicas sobre la igualdad y no discriminación.

i) Breves nociones conceptuales

A continuación revisaremos algunos aspectos generales acerca de la igualdad y no discriminación en el campo del derecho internacional de derechos humanos. Para ello comenzaremos por esbozar algunos de los ejes fundamentales que informan el principio de igualdad, tal como ha sido entendido en esta esfera y en parte relevante del derecho constitucional, para luego revisar someramente su desarrollo en el seno del sistema universal de derechos humanos. Daremos cuenta de un progresivo y paulatino cambio en el alcance atribuido a dicho principio por parte de los Estados y los órganos internacionales, que revela una especie de recorrido –no lineal, por supuesto- de una garantía abocada casi exclusivamente a vetar la discriminación, hacia otra que demanda medidas específicas de protección frente a modalidades más complejas y encubiertas de dicho fenómeno.

Los puntos a abordar en este acápite permitirán sentar los lineamientos básicos para aproximarnos a las dos grandes concepciones de igualdad que se manejan en el sistema interamericano de derechos humanos y cuya adopción (de una u otra) tiene incidencia gravitante en la formulación de una teoría acerca de la legitimidad de las acciones afirmativas. Por lo mismo, las siguientes líneas no pretenden ser exhaustivas en el análisis del principio de igualdad, pues sólo harán las veces de marco referencial para una adecuada comprensión de la problemática que inspira esta investigación.

La idea de igualdad que despierta nuestro interés no es aquella que nos permite describir la relación fáctica entre uno o más objetos, sino más bien una noción prescriptiva de igualdad. Esta última- entendida como regla de distribución- ha sido conceptualizada con los más diversos alcances. Su contenido ha oscilado entre los criterios de “partes iguales para todos”, “partes iguales para un grupo relativamente grande”, “igualdad proporcional”, “a cada quien según sus propios méritos” “distribuciones desiguales correspondientes a diferencias relevantes”, “distribuciones desiguales justas”,

“igualdad procesal” e “igualdad como nivelación”¹, entre otros. Asimismo, se ha intentado delimitar, por una parte, la “igualdad frente a la ley”, de la “igualdad en los derechos” y la “igualdad jurídica”. Y, por otra, se ha pretendido también determinar la noción de “igualdad de oportunidades” frente a la de “igualdad de hecho o igualdad sustancial”².

Ante la evidente dificultad de formular, desde el punto de vista del derecho, un concepto unitario de igualdad, nos parece conveniente enunciar, al menos, los elementos que caracterizan la idea de igualdad a la que nos estamos refiriendo. Ésta es aquella que se corresponde con la denominada “regla de justicia” esgrimida por Aristóteles, según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de manera desigual³. Si bien hoy parece indiscutible la trascendencia de esta máxima, lo cierto es que no nos dice mucho acerca de cuándo podemos aseverar que dos o más personas son iguales ni respecto de qué. Predicar la igualdad de dos o más sujetos importa un análisis relacional y valorativo.

El proclamar que debemos tratar de igual manera a quienes se encuentren en circunstancias análogas, sólo nos indica, en principio, que la diferencia de trato se encontraría autorizada siempre que ella se aplique de manera homogénea a quienes se hallan en un mismo supuesto de hecho. Sin embargo, tal conclusión no obstaría, por ejemplo, a la segregación racial, en tanto con ella se brindaría el mismo trato a las personas de un mismo color o raza. Lo verdaderamente importante entonces es valorar la circunstancia estimada relevante para distinguir entre las personas. Es preciso que, mediante un juicio de valor, califiquemos si al Estado le está permitido diferenciar en virtud de la circunstancia elegida.

Al respecto, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia ha arribado a la conclusión de que tal apreciación debe practicarse a la luz de un examen acerca de la objetividad y razonabilidad de la medida, en atención al objetivo a cuya consecución se encamina⁴. En tanto el factor que configura la

¹ Bobbio, Matteucci y Pasquino: *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno Editores, (2000), pp.771-776.

² Bobbio, N: *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós, Barcelona, (1993), pp. 75-82

³ Aristóteles, *La Política*, Vol II, Editorial Panamericana, Colombia (1998).

⁴ Una de las primeras argumentaciones en este sentido, puede encontrarse en el voto disidente del Juez Tanaka en el marco de los casos del Sudoeste africano conocidos por la Corte Internacional de Justicia. En dicha opinión individual, el juez consignó que “el principio de igualdad no significa igualdad absoluta, sino que reconoce la igualdad relativa, es decir, un trato distinto proporcional a circunstancias individuales concretas. El trato distinto no debe ser arbitrario; requiere razonabilidad, o debe ser conforme con la justicia”. CIJ, Casos de Africa Suroccidental, Segunda Fase, Informes de la CIJ, 18 de julio 1966, Opinión disidente Juez Tanaka, párr. 4 (traducción libre). Ver también Corte EDH, Caso *Relating to Certain*

distinción pueda reconducirse a una justificación objetiva y razonable, o bien la medida denote una relación de proporcionalidad, necesidad y adecuación respecto de un fin legítimo, la diferencia será conforme al principio de igualdad. Si bien este examen será analizado en detalle en las páginas siguientes de la presente investigación, baste por ahora concluir que este *test* se orienta a descartar las decisiones fundadas en el prejuicio o en la arbitrariedad.

De acuerdo con ello, el mandato de igualdad admite tanto la identidad como la diferencia de trato, siempre que una u otra se erija sobre la base de una justificación apropiada. No obstante, existe una opinión generalizada en orden a considerar –conforme al planteamiento de Alexy– que ambas subnormas del mandato tienen una estructura disímil. Mientras que para autorizar un tratamiento igual no hace falta argüir motivación razonada, para consentir una diferencia de trato es preciso ofrecer fundamentación suficiente. Esta asimetría nos conduce a interpretar la máxima de igualdad “en el sentido de un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas”⁵. En consecuencia, la carga argumentativa se inclinaría a favor del tratamiento igual.

La correspondencia entre el trato desigual y el principio de igualdad, conforme a la regla de justicia ya esbozada, ha sido también explicada en base a la existencia de dos tipos de derechos. El primero es “el derecho a *igual tratamiento*” respecto de la asignación de oportunidades o cargas y el segundo es “el derecho a *ser tratado como igual*”, esto es, a ser tratado con la misma consideración y respeto que los demás⁶. Sólo este último derecho revestiría carácter fundamental, en tanto el primero sería meramente derivado. Ello implica que “en algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias”⁷.

Aspects of the Laws on the use of languages in Education in Belgium (Fondo), 23 de julio de 1968, párr. 10; Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC- 4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A no. 4, párr. 56-57.

⁵ Alexy, R: *Teoría de los Derechos Fundamentales* CEPC, Madrid (2001), p. 398.

⁶ Dworkin, R: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona (1998), p.332.

⁷ *Idem*. Asimismo, Rawls analiza “el principio de la diferencia” como un principio de justicia, en cuya virtud sostiene que “con el objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección a la igualdad”. Rawls, J: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica de Argentina (1979), p. 101.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha puesto de relieve la importancia del tratamiento diferenciado para garantizar la igualdad de derechos al consignar que “El derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos garantizados por la Convención, también es violado cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan diferente a personas cuya situación es significativamente diferente”⁸

El reconocimiento de la procedencia del tratamiento diferenciado, como forma de materialización del principio de igualdad, reviste particular relevancia en el contexto de las actuales democracias. En efecto, aquel ha llegado a constituir un presupuesto indispensable para la garantía efectiva de los derechos humanos de todas las personas⁹, particularmente, en sociedades marcadas por la persistencia de agudas disparidades e inequidades de hecho.

En consecuencia, la discriminación se configura en presencia de una distinción que carece de una justificación objetiva y razonable¹⁰ y se nos presenta como el corolario negativo de la igualdad jurídica que debe respetar y garantizar el Estado. La igualdad y la prohibición de discriminación están interrelacionadas como dos aspectos correlativos o dos caras de la misma moneda¹¹.

Así, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación han sido cristalizados en la totalidad de los instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, mediante cláusulas autónomas y subordinadas. Estas últimas, caracterizadas por extender su aplicabilidad a derechos, prerrogativas o beneficios de cualquier índole que se encuentren dentro de la potestad regulativa del Estado, contienen tres niveles de expresión de esta salvaguarda. Ellas consagran, por una

⁸ Corte EDH, Caso Thlimmenos v. Greece, sentencia de 6 abril de 2000, (Traducción libre), párr. 44.

⁹ Nowak, M: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*. N.P. Engel Publisher, 1993, p.36-37. En este sentido ver también Corte IDH, *El Derecho a Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC- 16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119.

¹⁰ Corte EDH, *op. cit.* en n. 4, párr. 10.

¹¹ Corte IDH, *op. cit.* en n. 4, voto separado del Juez Piza Escalante, Párr. 10. Cabe hacer presente que otros han estimado que la prohibición de la discriminación es instrumental a la igualdad, siendo entonces la igualdad un principio jurídico y la prohibición de discriminación una garantía. En este sentido, ver, Espejo, N: *La Interpretación amplia de la no discriminación a la luz del Principio de Igualdad. Un enfoque Igualitarista del Interés Público*, trabajo presentado en el Foro contra la discriminación en el Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (2000), p. 2.

parte, el derecho a la igualdad ante la ley; de otra, la igual protección de ley y, finalmente, una prohibición de discriminación¹².

No obstante, cabe advertir que esos tratados generales no establecen qué debemos entender por discriminación, sino que solamente se limitan a proscribirla. En cambio, algunos instrumentos de protección de los derechos humanos referidos a ámbitos o sectores específicos sí han incorporado definiciones de ese vocablo¹³, cuyos elementos fundamentales fueron recogidos por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para formular uno de los conceptos más extendidamente consensuados de discriminación. Conforme su observación General N° 18 dicho término “debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁴

Por tanto, la discriminación supone, en términos generales, una acción u omisión estatal fundada en algún motivo presuntamente ilegítimo que provoca, ya sea con o sin intención, el detrimento o la privación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos de una parte de la población. Lo determinante es el efecto o resultado perjudicial de la medida y, por ello, la proscripción cubre no sólo la expedición y aplicación de normas, sino también las prácticas y situaciones gestadas por la fuerza de los hechos.

Actualmente, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, es uno de los más sólidamente asentados tanto en el derecho internacional, como en los ordenamientos jurídicos de los Estados y su consagración positiva tiene fórmulas lingüísticas similares en ambos sistemas normativos. Debido a su condición consustancial al reconocimiento de la dignidad humana y en

¹² Nowak, *op cit*, en n. 9, pp.466-472.

¹³ Art. 1(a) del Convenio sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación N° 111 de la OIT; Art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Discriminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD); Art. 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

¹⁴ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N°18, *La no discriminación*, (1989) párr. 7.

tanto presupuesto indefectible para la eficacia de todos los derechos humanos, este principio ha sido elevado a la categoría de norma imperativa de *jus cogens*¹⁵.

ii) Evolución del principio de igualdad.

La enunciación normativa de la igualdad es de antigua data. Desde que Aristóteles la asociara al contenido mismo de la justicia¹⁶, la idea según la cual las personas deben o merecen ser tratadas como iguales, ha sido una de las principales preocupaciones de la filosofía, el derecho y la ética política. En términos jurídicos, su consagración como conquista de las revoluciones liberales frente al antiguo régimen se expresa a través de la garantía de generalidad y abstracción que ofrece la ley. Desde entonces, la regla según la cual todas las personas son iguales ante la ley ha tenido un fértil desarrollo a nivel normativo y jurisprudencial, tanto en el plano internacional, como en el derecho doméstico.

La igualdad formal resaltó el valor del individuo frente al Estado, exaltó sus derechos naturales y derrumbó los privilegios. Estas premisas, entonces revolucionarias, informaron el ideario burgués que dio paso al Estado Liberal clásico. En éste debía primar la neutralidad o indiferencia hacia los destinatarios de sus normas, para impedir que los individuos continuaran siendo tratados conforme al estamento al cual quedaban adscritos por nacimiento¹⁷. Si todos eran tratados de igual manera, las diferencias sólo serían atribuibles a la capacidad de cada cual. Sin embargo, con el advenimiento de las crisis sociales de los albores del siglo XX y el auge de las tesis de corte socialista, se abrió paso al imperativo de revertir la situación de miseria de los trabajadores y se enarbolaron derechos sociales, económicos y culturales. Esto marcaría la irrupción del Estado Social y Democrático de Derecho, bajo el cual la realización de la igualdad de derechos demandaría del Estado un papel más activo, requiriéndose su intervención para alcanzar lo que muchos han denominado igualdad “sustancial” o “material”¹⁸. Esta concepción será analizada en profundidad en los capítulos que siguen.

¹⁵ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101. Ver también CIJ, *Barcelona Traction Light and Power Company*, 1970, párr. 33-34; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 de julio de 1996, párr. 79. Asimismo, ver McKEAN, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Capítulo XV, Clarendon Press, Oxford University Press, (1983), pp. 264-284.

¹⁶ Aristóteles, *op. cit.*, en n. 3.

¹⁷ Zicarelli, S: “As cotas raciais o acesso à universidade e o princípio da igualdade na C.F de 1998” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 13 año, Tomo II (2007) pp. 612-613.

¹⁸ *Ibid*, pp.613-614. Ver también Carmona, E: “El Principio de Igualdad Material en la Constitución Europea” en *Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 8 (2004), p 2.

Dicho proceso evidencia una suerte de tránsito desde el rechazo de la esclavitud, las castas y toda forma de inclusión o subinclusión arbitraria, hacia el imperativo de introducir distinciones para corregir desigualdades de facto.

A lo largo del siglo XX y en especial después de los desastres humanitarios de la Segunda Guerra Mundial, el derecho a la igualdad -actualmente valorado como piedra angular de las democracias¹⁹- se desarrolló de manera exponencial, aunque ciertamente la preocupación por la igualdad también estuvo en la agenda de la primera posguerra, donde se manifestó con especial vinculación a la protección de las minorías. No obstante, el Pacto de la Liga de las Naciones no prosperó en este sentido, y dejó al margen de su texto las referencias sobre protección de minorías e igualdad religiosa y racial²⁰.

Como consecuencia de aquello, tras la segunda posguerra, la necesidad de instaurar un sistema de protección de los derechos humanos y el alcance del derecho a la igualdad se concibieron con un cariz alejado de las particularidades de ciertos colectivos y más cercano a la idea de generalidad y universalidad. La Carta de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, abocadas a la salvaguarda de los derechos individuales, consagraron el principio de igualdad y no discriminación, sin referencia a la adopción de formas particulares de protección ni a la garantía de los derechos de determinados grupos.

Sin embargo, lo anterior no fue óbice para que en 1947 la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas creara una Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías. Tres años después, ésta presentaría una propuesta para incluir la protección de las minorías en el proyecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) el cual, finalmente, la incorporaría en su artículo 27. De este modo, dicho instrumento consignó un artículo 26 dedicado a la igualdad de “todas las personas” y un artículo 27 abocado, por primera vez, a brindar protección específicamente a los miembros de determinadas minorías. Tales disposiciones revelan el reconocimiento del ordenamiento jurídico internacional de la necesidad de reforzar la vigencia de los

¹⁹ Ver Carta Democrática Interamericana (2001), artículo 9.

²⁰ Bayefsky, A: “El principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional” en 11 *Human Rights Law Journal* (1990) p.24.

derechos de ciertos colectivos, respecto de los cuales se constataban -por diversas razones- particulares deficiencias en el ejercicio de sus derechos²¹.

Posteriormente, al momento de redactarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aparecería en escena el uso de la expresión “medidas especiales” para afirmar la idea de que ciertos tratos diferenciados o preferentes hacia una parte de la población, no entrañaban discriminación.²² Se instaló así la inquietud acerca de las complejidades que presentaba la sola aplicación de la prohibición de discriminación respecto de determinados grupos, inmersos en posiciones notablemente desaventajadas.

A estas alturas ya era extendido el consenso acerca de que el respeto de la igualdad no significaba únicamente identidad de trato, y se asentaba con mayor fuerza la convicción de que ciertas distinciones podían ser ya no sólo autorizadas por el derecho de igualdad, sino incluso necesarias para asegurar su goce efectivo a todas las personas.

Estas primeras aproximaciones a la afirmación de congruencia entre el principio de igualdad y el establecimiento de medidas de equiparación orientadas a ciertos grupos serían, en lo sucesivo, complementadas y reafirmadas por diversos tratados internacionales. Éstos emergerían para visibilizar la particular situación de desmedro que aquejaba a algunos sectores de la población y para alentar la implementación de medidas que les permitieran transformar su titularidad de derechos en algo más que un reconocimiento nominal. Así, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 111, relativo a la discriminación en materias de empleo y ocupación, consagró que las medidas especiales de protección o asistencia -adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo- no se considerarían discriminatorias²³. Del mismo modo, la Convención de la UNESCO sobre eliminación de la discriminación en la esfera de la enseñanza admitió, en su artículo 2 que, en determinados casos, puede

²¹ Ver a este respecto conclusión del Relator Capotori de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de minorías, en Documento ONU E/CN.4/Sub.2/384/Add.5, p.14.

²² Documento ONU A/C.3/SR.1182, párr. 17, citado en Bossuyt, M: *El concepto y la práctica de la acción afirmativa*, U.N, Consejo Económico y Social, Subcomisión de Promoción y protección de los derechos humanos (junio de 2002) p. 13. Fue entonces el representante del Gobierno de la India quien, a propósito del artículo 2 (referido a la prohibición de discriminación) abogó por la introducción de un párrafo adicional que estableciera que “las medidas especiales para el adelanto de cualquier sector de la sociedad atrasado desde el punto de vista social y educativo no se considerarán como una distinción a los efectos de este artículo”.

²³ Convenio OIT N° 111, *op. cit.*, en n. 13, artículo 5.

justificarse la existencia de sistemas de enseñanza separados, sin que ello entrañe discriminación²⁴. Asimismo, agregó en su artículo 5, el derecho de las minorías nacionales de desarrollar su propio sistema educativo (con actividades docentes diferenciadas) debiendo el Estado adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar dicho derecho.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (CERD) se sirvió de la expresión “medidas especiales” para consignar que los mecanismos implementados con el único objeto de propender al progreso de ciertos grupos raciales o étnicos necesitados de mayor protección, y garantizarles el goce de sus derechos en condiciones de igualdad, no serán discriminatorias en tanto no desemboquen en la consolidación de distintos regímenes de derechos, ni permanezcan vigente luego de haber alcanzado su finalidad.²⁵

De igual modo, la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) estableció que las medidas temporales destinadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no serían consideradas discriminación²⁶.

La idea de complementariedad entre el principio de igualdad y las acciones afirmativas fue afianzada con las recomendaciones y observaciones formuladas por los órganos que supervisan el cumplimiento de dichos tratados. Éstos han afirmado, entre otras cosas, que resulta recomendable que los Estados se sirvan mayormente de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en diversos ámbitos²⁷. También sostuvieron, a propósito de la situación de un Estado Parte, que éste debía adoptar medidas especiales

²⁴ Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, Art. 2

²⁵ CERD, *op. cit.*, en n. 13, artículo 1(4). Es pertinente destacar además el artículo 2(2) de la misma, que señala “los Estados parte tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Estas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

²⁶ CEDAW, *op. cit.*, en n. 13, artículo 4 (1).

²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nº 5, *Medidas especiales y temporales* (1988).

cuando así lo aconsejen circunstancias tales como disparidades persistentes²⁸. Varias otras resoluciones y recomendaciones emitidas por distintos órganos internacionales dan cuenta de esta preocupación por implementar mecanismos que aseguren de modo eficaz la materialización del derecho a la igualdad²⁹.

Bajo la concepción plasmada en los preceptos y dictámenes citados, subyace la idea de que la sola proscripción genérica de la discriminación y la consagración de la máxima de igualdad -en conjunción con las obligaciones que asumen los Estados a su respecto- autorizan a considerar incluidas en ella las denominadas medidas especiales (las que, según se justificará más adelante, llamaremos acciones afirmativas).

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que controla la observancia del PIDCP, en su Observación General N° 18, estimó que el principio de igualdad podría exigir a los Estados la adopción de disposiciones positivas para eliminar las condiciones que originan o posibilitan la perpetuación de la discriminación y que “las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate, un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”³⁰.

El cambio de perspectiva en torno al alcance y contenido del principio de igualdad no sólo tuvo lugar en el ámbito del derecho internacional, sino que también se hizo sentir- tal vez con mayor premura e ímpetu- en los ordenamientos jurídicos nacionales. Particularmente, en Estados Unidos la problemática de las acciones afirmativas ha tenido el más fértil y extenso desarrollo.

La Constitución estadounidense de 1878 no contempló, inicialmente, ninguna alusión a la igualdad, la cual sólo vino a incorporarse con la Decimotercera y Decimocuarta Enmienda. Esta última

²⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales Estados Unidos de América, 18 de agosto de 2001, párr. 398.

²⁹ Véase a modo ilustrativo, Comité CEDAW, *op. cit.*, en n. 27, Recomendación General N° 23, *Participación de la mujer en la vida política y pública*, párr.15; Comité CERD, *op. cit.*, en n. 28, Recomendación General N° 27, *La Discriminación de los Romaníes*, (2000), párr. 1, 2, 4,19-22, 28, 41; Observaciones Finales Reino Unido, 10 de diciembre de 2003, párr. 24; Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, resolución 1997/5.

³⁰ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *op. cit.*, en n. 14, párr. 10.

consagró una cláusula de igual protección que prescribe que “ningún Estado denegará [...] a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes”. A partir de esta disposición, tanto la jurisprudencia como la doctrina norteamericanas desprendieron un imperativo de igualdad en la aplicación y el contenido de las normas, así como una prohibición de discriminación. Sin embargo, en materia de discriminación racial, desde entonces y hasta mediados del siglo XX, se sostuvo la constitucionalidad de la doctrina “*separate but equal*” (separados pero iguales) la que permitió la mantención de la segregación racial³¹. Aquella sólo sería desmantelada al dictarse, en 1954, la famosa sentencia de la Corte Suprema Norteamericana, *Brown v. Board of Education I* (347 U.S. 483 de 1954), en un caso de segregación en las escuelas.

A partir de este último precedente, los esfuerzos de la administración estadounidense por introducir correcciones a los fenómenos de marginación racial, se materializaron en la doctrina “*color blind*”, de acuerdo con la cual se procuraba impedir diferencias de trato con motivo del color o la raza de las personas. Se garantizaba la igualdad en la medida que a nadie se le dispensara un trato distinto por su raza. No obstante, las propuestas de “acciones afirmativas” de los gobiernos de Kennedy y Johnson darían señales acerca de la insuficiente salvaguarda que ofrecía la política del “*color blind*” frente a la aguda y extendida exclusión que aquejaba a los afrodescendientes.

Hacia comienzos de los ‘70 el gobierno estadounidense exigió a aquellas empresas que celebraran contratos con la administración federal, que implementaran programas de acción afirmativa, a través de los cuales se equiparara -al interior de las empresas- la cantidad de trabajadores miembros de minorías (incluidos los afroamericanos) con la proporción de quienes constituían habitualmente la fuerza de trabajo a nivel local. En consecuencia, “a la obligación de no discriminar, se añadió para los empleadores la obligación de poner en marcha esfuerzos para contratar y ascender a miembros de colectivos tradicionalmente marginados”³² para dar mayor eficacia a la igualdad proclamada para blancos y afroamericanos. En lo sucesivo, aquel fenómeno llevaría a la instauración de planes de acción

³¹ La doctrina del “*separate but equal*” fue construida a partir de la sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896) en la que se discutía la constitucionalidad de una norma que obligaba los afroamericanos a utilizar en los trenes vagones distintos a los que ocupaban los blancos. La Corte entendió que lo que estaba prohibido era negar el acceso por razones de raza a determinados servicios, pero que la segregación estaba permitida siempre que los afroamericanos disfrutaran de las mismas facilidades y calidades que se brindaba a los blancos.

³² MARTÍN, M: “Evolución del Principio de Igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y Desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23. N° 68. Mayo- Agosto (2003), p. 172.

afirmativa más radicales y de mayor alcance, pero asimismo, daría lugar a un profundo debate que, lejos de dar por sentada la legitimidad de dichas medidas, las pondría en jaque en base al mismo principio de igualdad.

El profuso desarrollo que la jurisprudencia y doctrina estadounidense ha construido en esta materia, excede con creces las posibilidades y aspiraciones de esta investigación. Dicho proceso dista mucho de ser lineal y ostenta ribetes particularmente complejos e incluso ajenos a la realidad de nuestra región. Sin perjuicio de ello, la consideración de algunos de los elementos del debate norteamericano ofrece un marco de análisis más completo e ilustra también, desde un plano nacional, el paso desde la mera proscripción de la discriminación hacia el imperativo de adopción de medidas para su supresión.

Por su parte, la fundamentación de las medidas de acción afirmativa en sede de igualdad, abrazada también por el sistema interamericano, se ha planteado con alusiones directas al *corpus juris*, integrado por todas las normas e interpretaciones del derecho internacional de derechos humanos emanadas de los órganos autorizados en la materia. Por tanto, un análisis comprensivo del contexto en el que emerge nuestra pregunta por las acciones afirmativas tornaba imprescindible remitirnos previamente a la evolución del principio de igualdad, al alero del sistema de protección de Naciones Unidas y con una contextualización de su desarrollo en algunos sistemas nacionales como el norteamericano.

I. 2. Precisiones terminológicas.

Con frecuencia, los conceptos “acción positiva” o “medidas positivas”, “acción afirmativa”, “discriminación positiva”, “inversa” o “indirecta” y “medidas especiales”, son utilizados indistintamente con el objeto de aludir a un mismo fenómeno. Incluso se han usado otros términos como políticas de preferencia, reservas, trato de favor, etc. Sin embargo, la nomenclatura que finalmente se escoja no es casual ni neutral. Subyace a cada concepto una carga histórica, un origen geográfico y, en última instancia, un compromiso ideológico con una determinada concepción filosófica del principio de igualdad. El lenguaje es una herramienta poderosa que no necesariamente es neutral. De allí que sea pertinente definir y explicar cada uno de estos términos, ya que al igual como ocurre con toda clasificación en el ámbito jurídico, la posición adoptada tendrá implicancias prácticas a la hora de enfrentar este tema.

Antes de analizar en detalle cada uno de los conceptos enunciados y las ventajas o desventajas de su utilización, es útil precisar que, a pesar de las diferencias entre ellos, es perfectamente posible extraer elementos comunes. Esto permite definir, en términos generales, a qué nos estamos refiriendo. En efecto, si bien algunas de estas nociones han sido utilizadas de manera más acotada –para referirse, por ejemplo, a una especie dentro de la amplia gama de medidas legítimas que permitiría adoptar el principio de igualdad para combatir la discriminación- y ha habido discusión acerca del alcance de uno u otro concepto, las divergencias se observan más bien en su interpretación, aplicación y connotación ideológica o filosófica. De este modo, definiremos “acción afirmativa” como “un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de discriminación estructural de los miembros de un determinado grupo y que supone, generalmente, la adopción de criterios de prioridad o prerrogativas destinados a garantizarles el goce igualitario de sus derechos humanos”³³.

³³ Concepto elaborado por las memoristas a partir de la aproximación de Bossuyt, *op. cit.*, en n. 22, párr. 6; Rosenfeld, M: *Affirmative Action and Justice*, Yale University Press, New Haven (1991); y las críticas formuladas por Saba, R: “(Des) Igualdad Estructural”, revista *Derecho y Humanidades* N°11, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2005).

i. Discriminación positiva y discriminación inversa.

La expresión “discriminación positiva” surgió en Estados Unidos en la década de los sesenta, a partir de la adopción de diversas medidas para reparar la desigualdad racial que situaba -y continúa situando- a la población afroamericana en una situación de desventaja en relación al resto de la población. No obstante, al poco tiempo, los propios defensores de estas medidas comenzaron a criticar la nomenclatura utilizada. Decidieron cambiar la noción de “discriminación positiva” por “acción afirmativa”, que había surgido con anterioridad, ya que el primer concepto era, en sí mismo, un contrasentido. En efecto, por discriminación se ha entendido un trato no susceptible de justificación objetiva y razonable, tanto en lo concerniente a una distinción, como a un trato indiferenciado. De allí que exista una inevitable asociación entre dicho concepto y el de arbitrariedad, vínculo que no existe, al menos en principio, con las medidas de acción afirmativa, en tanto constituyen distinciones justificadas o legítimas para la consecución de la igualdad. Por lo tanto, parece ser un contrasentido hablar de discriminación positiva, pues o estamos ante una práctica discriminatoria, y entonces difícilmente puede atribuírsele la cualidad de ser “positiva”, o estamos ante una medida justificada, y entonces no puede ser calificada de discriminatoria. Así, de la misma forma en que la expresión “discriminación arbitraria” resulta redundante, la expresión “discriminación positiva” es un contrasentido³⁴. Una distinción arbitraria será siempre discriminatoria, mientras que una distinción legítima no entrañará discriminación alguna. De este modo, el término “discriminación positiva” (*positive discrimination*) ha caído, por lo general, en desuso. Quienes persisten en utilizar esta nomenclatura habitualmente serán autores que se autodefinen como detractores de este tipo de medidas, por lo que utilizan tendenciosamente la palabra discriminación para referirse a las acciones afirmativas, atribuyéndole de inmediato una carga negativa al concepto.

Respecto del término “discriminación inversa” es preciso aclarar que éste ha sido utilizado como sinónimo de discriminación positiva, aunque su popularidad es mucho menor. Si bien esta noción no adolece del contrasentido que sí tiene el concepto de discriminación positiva, en tanto no utiliza una calificación valorica (positiva) para referirse a estas medidas, sí tiene el defecto de denominar “discriminación” a medidas que, en principio, no entrañan discriminación sino distinciones

³⁴ Palacios, P: *La No Discriminación, Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago, Lom Ediciones (2006), p. 32.

justificadas, objetivas y razonables. En efecto, la nomenclatura “discriminación inversa” aunque no tiene la misma carga histórica que discriminación positiva, también ha de ser desechada, ya que trae aparejada una connotación negativa y una contradicción indeseable para referirnos a medidas que pretenden poner fin a la discriminación.

El término “inversa” es utilizado para aclarar que estas medidas, a diferencia de una mera discriminación, provocarían el efecto contrario, esto es, la consecución de una igualdad *de facto* y no la perpetuación de la desigualdad. No obstante, al igual que lo que ocurre con la discriminación positiva, aquí también se generan confusiones. Algunos señalan que las medidas de discriminación inversa importarían una diferenciación de trato que revierte (*reverses*) patrones de discriminación previa. Así, habría una discriminación de primer orden (discriminar a los afroamericanos por ser afroamericanos, por ejemplo) y luego una discriminación inversa (*reverse discrimination*) que implicaría poner a los blancos en desventaja sólo porque son blancos. Esta crítica refleja que asociar las medidas de acción afirmativa a cualquier noción de discriminación provoca confusiones y, finalmente, aunque la discriminación sea “inversa”, resulta un contrasentido.

ii. Discriminación indirecta.

El concepto “discriminación indirecta” (*indirect discrimination*) no se refiere a las medidas de acción afirmativa propiamente tal, sino que se vincula a uno de los fenómenos legales y sociales que dan origen y justifican la adopción de medidas de acción afirmativa.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas definió la llamada discriminación indirecta como “...una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso, exclusivo o desmedido para una categoría de personas”³⁵. Luego, precisó su propia definición señalando que “...una discriminación indirecta puede resultar de no tratar situaciones diferentes en forma diferente si los resultados negativos de esto afectan exclusivamente o desproporcionadamente personas de una determinada raza, color,

³⁵ *Derksen v. los Países Bajos*, CCPR/C/80/D/976/2001, párrafo 9.3. Citado por Palacios, *op. cit.* en n. 34, p. 39.

sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición social”³⁶.

Como se puede observar, habrá discriminación indirecta en aquellos casos en que la aplicación de una norma aparentemente neutral y sin intención discriminatoria, provoque como resultado un impacto negativo o desproporcionado en personas pertenecientes a un determinado grupo de la sociedad. De este modo, el concepto “discriminación indirecta” grafica que un tratamiento aparentemente igualitario puede tener como *resultado* discriminar a ciertas personas o a cierta categoría de personas. En particular, se ha utilizado esta terminología para aludir a una discriminación no intencionada. No obstante, como ya fue analizado anteriormente, la intención no es un elemento necesario para que estemos frente a un caso de discriminación. Habrá discriminación cuando una distinción, exclusión, restricción o preferencia tenga *por objeto o por resultado*, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas³⁷. Así, la discriminación directa sería aquella realizada con la intención de anular o menoscabar el goce de los derechos de una persona, mientras que la indirecta sería aquella en que se produce el mismo resultado pero sin dicha intencionalidad.

La discriminación indirecta, por tanto, tiene lugar cuando una norma o medida en apariencia neutral produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva o desproporcionada sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que dicha medida pueda justificarse de manera objetiva y razonable³⁸. Esta forma de discriminación pone de manifiesto que dar un trato igual a personas que se encuentran en situaciones desiguales, puede producir resultados discriminatorios³⁹.

La introducción de la categoría “discriminación indirecta” fue sumamente celebrada, ya que supone abordar el tema de la desigualdad no sólo desde un punto de vista formal (que quedaría cubierto con la idea de discriminación directa) sino también real. Introduce un elemento sociológico y, en

³⁶ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Pohl, Pohl, Mayer y Wallman v. Austria*, CCPR/C/81/D/1160/2003, párrafo 9.3.

³⁷ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *op. cit.*, en n. 14, párr. 7.

³⁸ Véase en este sentido Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *op. cit.*, en n. 36, párr. 9.4; *Althammer et. al. v. Austria*, Comunicación N°998/2001, párr. 10.2.

³⁹ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos. *Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio Fundamental de la No Discriminación en el marco de la Globalización*, párr. 12.

algunos ordenamientos jurídicos, supone la inversión de la carga de la prueba (cuestión que antes sólo se aplicaba a la discriminación directa).

A pesar de la utilidad a nivel doctrinario que podría suponer la distinción entre discriminación directa e indirecta, ella no implica diferencias en términos prácticos: en ambos casos estaremos ante un caso de discriminación. Un ejemplo de discriminación indirecta, fue el caso *Broeks vs. Los Países Bajos* presentado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En este caso, la autora dejó de recibir una pensión de desempleo porque la ley exigía que las mujeres casadas probaran su calidad de “sostén de familia” para recibir sus pagos, lo que no era exigido a los hombres, ni casados ni solteros. El Comité estimó que tal normativa provocaba una discriminación en razón de sexo, aunque la intención de la normativa no hubiera sido discriminatoria sino basada en que en la práctica, en esa época, eran los hombres los en la mayoría de los casos, sostenían económicamente a la familia⁴⁰.

Como se observa con claridad, la discriminación indirecta es un fenómeno que afecta a un sector de la sociedad que sufre el impacto desproporcionado de una norma o política pública que es en apariencia neutral, pero que evidencia la necesidad de atender a la realidad de las diferentes colectividades que conforman la sociedad antes de ser implementadas. A pesar del vínculo entre este concepto y la acción afirmativa, se trata de conceptos completamente diferentes. Si tuviéramos que aclarar esta diferencia en una sola oración habría que señalar que la acción afirmativa es un caso de *trato diferenciado* de la propia norma, mientras que la discriminación indirecta es una hipótesis de *impacto diferenciado* de una norma que tiene pretensiones de generalidad y de trato indiferenciado.

Aclarado este punto, es evidente que la discriminación indirecta es un fenómeno que demuestra la necesidad de tratar de modo diferente a personas que se encuentran en una situación diferente, pero no sería correcto hablar de la adopción de “medidas de discriminación indirecta”. Obviamente, este tipo de medidas no existe. La discriminación indirecta es el resultado de tratar de manera idéntica a personas que se encuentran en situaciones disímiles; las acciones afirmativas son aquellas medidas que se utilizan con la finalidad de hacer frente a este fenómeno.

⁴⁰ Choudhury, T: “Interpreting the right to equality under article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, en *European Human Rights Law Review*, Vol. 8 (2003), p. 36.

iii) *Acciones o medidas positivas*

Descartados los términos “discriminación positiva”, “discriminación indirecta” y “discriminación inversa”, es preciso referirnos a continuación a las nociones de “acción positiva” o “medidas positivas”, las que también han sido utilizadas para aludir al fenómeno ya descrito.

El término “acción positiva” (*positive action*) es de uso frecuente en el Reino Unido y en Europa en general⁴¹, y se emplea, habitualmente, como sinónimo de acción afirmativa. En España, por ejemplo, es común el uso de la noción acciones positivas o “medidas positivas para superar la discriminación”. La opción por el uso de estos conceptos no es casual. En el debate europeo se ha explicitado un amplio rechazo a la noción de discriminación positiva por ser, en sí, un contrasentido. Del mismo modo, descartan el término acción afirmativa, ampliamente utilizado en Estados Unidos. Algunos autores plantean que la noción de acción afirmativa ha sido “capturada” por Estados Unidos, al punto que es asociada automáticamente a las discordias de ese país y, por tanto, a más discrepancias que acuerdos⁴². De allí que un gran número de autores, legislaciones y jurisprudencia, hayan optado por utilizar la noción “acción positiva” o “medidas positivas”, explicitando su rechazo a importar categorías del derecho norteamericano⁴³. No obstante, a pesar de este rechazo, es preciso aclarar que, conceptualmente, no hay diferencias entre la noción de acciones positivas y de acción afirmativa⁴⁴.

Evidentemente, la noción “acción positiva” no entraña el contrasentido de aquellos que se refieren a estas medidas como “discriminación”. No obstante, su uso debe ser descartado en un análisis que se aproxime a este tema desde el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Las razones son bastante sencillas. En el derecho internacional de los derechos humanos se utiliza el vocablo “medidas positivas” o “acción positiva” para referirse a todas aquellas medidas que el Estado debe adoptar para satisfacer su obligación de garantía respecto de cualquier derecho humano, es decir,

⁴¹ Bossuyt, *op. cit.*, en n. 22, párr. 5.

⁴² Cox, K.: “Positive action in the European Union: from Kalanke to Marschall”, en 8 *Columbia Journal of Gender and Law* (1998), p. 2.

⁴³ García Añón, J: “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2 (1999).

⁴⁴ McCrudden, C: “Rethinking positive action”, 15 *Industrial Law Journal* 219, Oxford (1996) pp. 220-221.

todo aquello que vaya más allá de la mera omisión⁴⁵. En efecto, según lo dispuesto en los tratados de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones jurídicas tanto de carácter negativo como positivo⁴⁶: respetar los derechos y garantizar los mismos. La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos; mientras que la obligación de garantizar exige que los Estados “emprendan todas las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos [sus derechos] y gozarlos”⁴⁷. En virtud de este último compromiso, los Estados no deben limitarse a no interferir con los derechos de las personas o no afectarlos, sino que además, para darles plena satisfacción, deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar un efectivo goce de los derechos, lo cual le exige acciones, conductas, o medidas “positivas” (en contraposición a lo que se conoce como “obligaciones negativas”) de variada naturaleza⁴⁸. Éstas pueden consistir en sancionar determinada legislación, impulsar campañas de prevención u otras políticas públicas, atender a las particularidades de un determinado grupo para satisfacer ciertas necesidades específicas en relación a algún derecho humano, reparar los efectos de una conculcación de derechos, entre muchas otras⁴⁹. De allí que utilizar “acción positiva” pueda conducir a confusiones completamente evitables cuando el debate se sitúa en sede de derecho internacional. Por tanto, en esta investigación, se utilizará la noción “medidas o acciones positivas” como han sido entendidas en aquel ámbito, es decir, como una especificación de la obligación general de garantizar los derechos humanos.

Ahora bien, ¿qué relación tienen las medidas de acción afirmativa con las medidas positivas, tal como son entendidas en el derecho internacional? Como se mencionó, en el plano internacional, los Estados tienen la obligación de respetar y de garantizar cada uno de los derechos contemplados en los tratados. Es decir, cada derecho contiene obligaciones negativas (de abstención) y positivas (de

⁴⁵ Medina, C: “Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2005), pp. 55-60.

⁴⁶ *Ibid*, p. 58.

⁴⁷ Medina C. y Nash, C: *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile (2007), p. 19.

⁴⁸ *Ibid*, p. 20 “En materia de derechos humanos el Estado, por lo tanto, no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de dichos derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas. Estas acciones serán todas aquellas necesarias para posibilitar que todos los habitantes sujetos a la jurisdicción de ese Estado puedan ejercer y gozar sus derechos humanos”.

⁴⁹ Medina, C: “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre derechos humanos”, en Corte Interamericana (ed.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo:1979-2004*. (Costa Rica, 2005) pp.247-249. Ver también, Comité Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 31, *Naturaleza de la obligación jurídica impuesta a los Estados partes en el Pacto* (2004) párr. 5-8.

acción). Así, por ejemplo, el derecho a la integridad física implica, por un lado, el deber de que los agentes del Estado no torturen a las personas (faceta negativa), pero también el deber de construir hospitales suficientemente equipados para atender cualquier emergencia de salud (faceta positiva). Con el derecho a la igualdad ocurre exactamente lo mismo. Éste, al igual que cualquier derecho humano, comprende a la vez la prohibición de discriminar (faceta negativa) y la obligación de tomar todas las medidas necesarias para garantizar el pleno goce de la igualdad (faceta positiva). Las medidas de acción afirmativa caen en esta última categoría. Son, de hecho, medidas que se adoptan para garantizar el derecho a la igualdad, es decir, son “medidas positivas para asegurar una igualdad efectiva y no meramente teórica”⁵⁰.

iv) Medidas Especiales

Restan dos nociones clave por analizar: medidas especiales y acción afirmativa. La primera ha sido utilizada en sede de derecho internacional de los derechos humanos, mientras que la segunda es propia del derecho norteamericano, aunque su ámbito de influencia y, por lo tanto, su utilización, excede las fronteras de dicho país.

El origen de la expresión “medidas especiales” se encuentra en el proceso de redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), específicamente en una propuesta del gobierno de India. La India sugirió que se incorporara un párrafo explicativo en el texto del artículo 2, aclarando que frente a grupos “particularmente atrasados”, debían establecerse ciertas “medidas especiales” para su adelanto social y cultural, distinciones que no debían ser consideradas discriminatorias⁵¹. Si bien esta propuesta no fue finalmente incorporada, contó con el apoyo explícito de otros representantes⁵².

⁵⁰ Comisión Internacional de Juristas, *Medidas de Acción Afirmativa*, estudio realizado por la CIJ como contribución al estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre acciones afirmativas para promover la igualdad racial en la región (2004), párr. 1.

⁵¹ Documento de las Naciones Unidas, A/C.3/SR1182, párr. 17.

⁵² Bossuyt, *op. cit.*, en n. 22, párrafo 41.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha referido a las “medidas especiales” en varias de sus Observaciones Generales⁵³. En su Observación General N° 13, sobre el Derecho a la Educación, señaló que:

“La adopción de medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos no es una violación del derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas”⁵⁴.

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, estipuló en su artículo 1.4 que:

“Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con el objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”⁵⁵.

Finalmente, también la Convención sobre la Discriminación contra la Mujer establece lo siguiente en su artículo 4(1):

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal *encaminadas a acelerar la igualdad de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo

⁵³ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N°1, párrafo 3; Observación General N°4, párrafos 10 y 11; Observación General N°5, párrafo 9; Observación General N°13, párrafo 32.

⁵⁴ *Ibid*, Observación General N°13, párrafo 32.

⁵⁵ CERD, *op. cit.*, en n. 13, artículo 1.4.

entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

Como se puede observar, son numerosos los ejemplos de convenciones internacionales de derechos humanos y observaciones generales de órganos de protección que se refieren al fenómeno en estudio como “medidas especiales”⁵⁶. Incluso parte de la doctrina ha adoptado dicha nomenclatura⁵⁷. No obstante, el hecho que órganos universales de protección de los derechos humanos -como es el caso del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Comité CERD, la CEDAW, y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales- utilicen, generalmente, la noción de “medidas especiales”, no obliga a órganos de protección de carácter regional a utilizar la misma terminología, ni implica que tal acepción sea, en realidad, la más adecuada. De hecho, no es unánime el uso de esta nomenclatura a nivel internacional.

En su Observación General N° 5, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité DESC señaló que:

“En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar *medidas positivas* para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas”⁵⁸.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia para las Comunidades Europeas, utilizó, en los dos casos paradigmáticos sobre el tema –Kalanke⁵⁹ y Marshall⁶⁰- la noción de “acciones positivas”, la que ha sido adoptada por la mayoría de la doctrina europea sobre el tema. En el sistema interamericano la situación no es diferente. Si bien la Corte Interamericana aún no se ha visto enfrentada a casos individuales que se refieran a este tema en específico, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sí se ha ocupado de esta temática, tanto en informes de países como en algunos casos individuales. En ellos,

⁵⁶ *Ibid*, artículo 4.1; Asimismo, ver CEDAW, *op. cit.*, en n. 13.

⁵⁷ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20, pp. 1-34.

⁵⁸ Comité DESC, *op. cit.*, en n. 53, Observación General N°1, párr. 3; Observación General N°5, párr. 9.

⁵⁹ *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt-Bremen*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 450/93 (1995)

⁶⁰ *Helmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, Tribunal de Justicia para las Comunidades Europeas, Caso C-409/95 (1997).

o bien se ha referido directamente a alguna especie dentro del género de medidas especiales (por ejemplo, al sistema de cuotas o cupos) evitando con ello, la alusión al género, o ha utilizado la noción “acción afirmativa” en forma genérica. Tal es el caso del Informe Anual 1999, Capítulo VI, llamado “Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa Concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación”. Como se observa, la adopción de la expresión “medidas especiales” no es unívoca, ni siquiera en el sistema interamericano.

No obstante, el hecho que la Corte IDH no haya sido clara en su aproximación al tema es un factor secundario. En realidad, el empleo de la noción “medidas especiales” en la presente investigación ofrece una importante dificultad de carácter práctico y una crítica de fondo a la utilización general de esta nomenclatura:

a) Obstáculos prácticos: En el marco de un análisis sobre cómo han sido abordadas las medidas de acción afirmativa en el sistema interamericano, el uso del vocablo “medidas especiales” ofrece más sombras que luces. Como se señaló, la Corte no ha conocido, a la fecha, de ningún caso particular relativo a la adopción ni a la impugnación de este tipo de medidas. No obstante, ha utilizado en innumerables ocasiones la noción “medidas especiales”. ¿Cómo puede explicarse este hecho?

La Corte IDH, en muchos de los casos relativos a derechos de los pueblos indígenas, ha utilizado la terminología “medidas especiales”⁶¹. Sin embargo, no es del todo claro a qué se está refiriendo. En el caso Saramaka, la Corte analizó en un apartado independiente este tema, bajo el título “Los integrantes del pueblo Saramaka como una comunidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos”. ¿Se refiere la Corte en este apartado a la necesidad de adoptar medidas especiales de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros de dicha comunidad para alcanzar su igualdad efectiva, o se refiere en realidad a la obligación general de garantizar los derechos humanos que exige, desde luego, tener en cuenta las características particulares de un grupo para la adopción de medidas efectivas? Esta es una pregunta clave.

⁶¹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2001, Serie C No 79, párr. 148 y 149; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de Marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 118-121; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*,. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de Junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 124, 131, 135-137 y 154.

En el párrafo 91 de dicha sentencia la Corte señala:

“En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la **obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente**”⁶² (el destacado es nuestro).

Luego agrega:

“[...] concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y la ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que **el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio**”⁶³ (el destacado es nuestro).

A nuestro entender, la Corte IDH, en éste y otros casos sobre derechos de los pueblos indígenas, ha utilizado la noción de “medidas especiales” para referirse a las medidas positivas que debe adoptar el Estado para garantizar a estos pueblos un efectivo goce de cada uno de sus derechos humanos y no al subgénero de medidas de acción afirmativa como son entendidas en la doctrina en general. Los Estados, para garantizar los derechos de los grupos sistemáticamente discriminados, deben atender a sus características particulares para adoptar medidas que sean realmente adecuadas. A

⁶² Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 91.

⁶³ *Ibid*, párr. 96.

eso parece referirse la Corte IDH cuando habla de “medidas especiales” y no a ciertas medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto de un determinado grupo.

Si bien la línea que divide ambas nociones es tenue, en un análisis sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, asumir que cada vez que éste órgano internacional menciona el vocablo “medidas especiales” se está refiriendo a acciones afirmativas, como fueron definidas al inicio de este apartado, conduciría a resultados erróneos. Por ejemplo, cuando la Corte señala que “el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las *medidas especiales* que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones”⁶⁴, no está señalando que el reconocimiento de la personalidad jurídica es una medida especial (en el sentido de medida especial de carácter temporal para garantizar la igualdad *de facto*) sino que el Estado debe tomar en cuenta el modo (colectivo) en que los miembros indígenas gozan y ejercen el derecho a la propiedad para adoptar medidas que garanticen efectivamente ese derecho. En este caso, esa medida de garantía era el reconocimiento de la personalidad jurídica, no como individuos sino como colectividad⁶⁵. Tal reconocimiento era una medida para garantizar su derecho a la propiedad – entre otras cosas- pero no una medida especial en el sentido en que ésta ha sido entendida, por ejemplo, por el Comité CERD o por la CEDAW.

Con esta argumentación, no pretendemos impugnar el uso del vocablo “medidas especiales” como una imprecisión jurídica de la Corte IDH. De hecho, no necesariamente lo es. Las “medidas especiales” como han sido utilizadas por la Corte, son una especificación de la obligación de garantizar cualquier derecho humano cuando estemos frente a un grupo sistemáticamente discriminado, como es el caso de los indígenas, pero no son medidas de carácter temporal para garantizar la igualdad *de facto* de miembros de dichos grupos. Esta distinción ha sido identificada como una confusión común y preocupante a nivel de derecho internacional. Así, la CEDAW ha aclarado que “no todas las medidas que puedan ser o que serán favorables a las mujeres son medidas especiales de carácter temporal. El establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos,

⁶⁴ *Ibid*, párr. 172.

⁶⁵ *Ibid*, párr. 166.

sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal”⁶⁶.

Puede que la Corte, enfrentada a un caso de acción afirmativa, estime que éstas son un tipo de medidas especiales, pero no sería correcto asimilar ambos conceptos. Es vital mantener las distintas definiciones a la vista.

En atención a la dificultad práctica que conllevaría en la presente investigación equiparar la noción de “medidas especiales”, como ha sido utilizada por la Corte IDH, a la noción de acción afirmativa, como es entendida en este trabajo, es preciso descartar el uso de ésta nomenclatura.

b) Objeciones de fondo: Como fue señalado al comienzo de esta sección, el lenguaje es una herramienta poderosísima y rara vez es neutral. Las palabras que se utilizan para expresar determinadas ideas traen consigo connotaciones que van más allá de su significado e, incluso, de la intención de quienes crearon originalmente el concepto. La noción “medidas especiales” no escapa a este fenómeno.

Si bien el concepto de “medidas especiales” surgió con el propósito explícito de aclarar que ciertas medidas de carácter temporal, adoptadas con el fin de asegurar el ejercicio de los derechos humanos de ciertos grupos en condiciones de igualdad, no se considerarían como discriminatorias, el término ha sido capturado por un debate que no necesariamente entraña la misma intencionalidad.

Las medidas especiales, entendidas de ese modo, son la faceta positiva del derecho a la igualdad. Como se señaló, constituyen medidas positivas para asegurar una igualdad efectiva y no meramente teórica de aquellos grupos que han sido discriminados sistemáticamente a lo largo de la historia. Entendidas de esta manera, no se diferencian en absoluto de las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar el debido proceso, la libertad personal o el derecho a la vida. De hecho, el Estado debe adoptar medidas positivas respecto de cada uno de estos derechos. ¿Por qué entonces

⁶⁶ CEDAW, *op. cit.*, en n. 13, *Recomendación General 25*, párr. 19. Recientemente, la CEDAW ha manifestado preocupación por la falta de comprensión de la diferencia entre medidas especiales temporales orientadas a la aceleración de la igualdad de facto y las políticas generales que son adoptadas para implementar la Convención. Ver al respecto, *El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2007).

hablar de medidas “especiales” cuando estamos frente a la igualdad? ¿Qué hay en la igualdad que sus medidas positivas son “especiales” y no son simplemente parte de la obligación general de garantizar los derechos humanos? La terminología escogida no es inocua.

En el apartado siguiente se analizarán las dos concepciones más importantes que se han formulado frente al principio de igualdad. Sin embargo, desde ya es preciso aclarar que, a partir de una noción liberal tradicional de la igualdad, adoptar medidas de carácter temporal para garantizar el efectivo goce de este derecho a determinadas personas, es una medida excepcional, sometida a requerimientos y *tests* particularmente exigentes. De allí que no resulte sorprendente su calificación de “especiales”. En cambio, si se adopta una concepción estructuralista de este principio, no habrá nada de “especial” en la adopción de este tipo de medidas. Serán, tan solo, una forma de garantizar el goce de este derecho a todas las personas, especialmente a los grupos sistemáticamente excluidos.

La excepcionalidad aparejada a las medidas especiales trae consigo no sólo consecuencias prácticas (por ejemplo, en sus exigencias de justificación) sino también una carga valórica en el uso del lenguaje. Las medidas “especiales” sólo son aplicadas a ciertos grupos, a saber, indígenas, personas discapacitadas, afrodescendiente y mujeres, entre otros. Referirnos a estas medidas como “especiales” puede contribuir a perpetuar la idea de que las personas pertenecientes a dichos grupos no *son* iguales, sino que conforman una categoría separada de individuos. El uso de ese calificativo propicia la vulneración de aquellos colectivos cuya posición social se pretende mejorar.

Por estas objeciones, la noción de “medidas especiales” no parece ser la más adecuada en un estudio sobre el tratamiento de este tema en el sistema interamericano.

v) *Acción Afirmativa*

El término “acción afirmativa” fue acuñado en el derecho norteamericano en la primera mitad del siglo XX. De hecho, la expresión tiene su origen en una ley laboral estadounidense de 1935, la Ley Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act*), llamada también Ley

Wagner⁶⁷. Dicha ley establecía que, en aquellos casos en que el empleador hubiera sido declarado culpable de discriminar a los empleados pertenecientes a un sindicato, éste tendría la obligación de colocar a las víctimas individualizadas de tales actos discriminatorios en el puesto que hubieran ocupado si la discriminación no hubiera tenido lugar⁶⁸. Aun cuando este no es el sentido con que actualmente se identifican este tipo de medidas, ésta fue la primera vez que se asoció la noción de acción afirmativa al principio de igualdad.

Si bien las cláusulas de igual protección propias de la Decimotercera y Decimocuarta Enmienda a la Constitución Norteamericana datan de 1865 y 1868, respectivamente, la población afroamericana continuó viviendo una situación de permanente exclusión a manos de los blancos, quienes se negaban a contratarlos o los contrataban para faenas subremuneradas y subvaloradas. No fue sino hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, con la creciente aceptación del principio de universalidad de los derechos humanos (consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948) y el temor de que la discriminación sufrida por los afroamericanos podía poner en peligro la estabilidad política del país, que se llevaron a cabo los primeros esfuerzos significativos para combatir la discriminación racial⁶⁹. La batalla estalló en los tribunales, a través de una serie de casos paradigmáticos como *Brown v. Board of Education*⁷⁰. Sin embargo, el primer programa de auténtica acción afirmativa, llamado “Plan Philadelphia” fue creado a fines de los años sesenta, y pretendía fomentar (aunque no obligar) la contratación de una proporción mínima de afrodescendientes en algunas empresas.

Si bien los antecedentes legislativos llevados a cabo en Norteamérica fueron relevantes para generar debate en torno a esta temática, lo que motivó la puesta en marcha y posterior expansión de las medidas de acción afirmativa en Estados Unidos fueron las decisiones de la Corte Suprema y los graves disturbios raciales producidos entre 1965 y 1968. Los casos *Green v. New Kent County School Board*, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, *Keyes v. School District No. 1*, *Regents of the University of California v. Bakke*, son sólo algunos ejemplos emblemáticos. Así, la jurisprudencia y la presión popular fueron los verdaderos

⁶⁷ Ver Barrère, M: “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades” en 60 *Revista Vasca de Administración Pública* (2001), p. 11.

⁶⁸ Martín Vida, *op. cit.*, en n. 32, p. 167.

⁶⁹ *Ibid*, p. 153.

⁷⁰ Corte Suprema Norteamericana, *Brown v. Board of Education* I, 347 U.S. 483 (1954).

motores de la acción afirmativa, aunque en años recientes, ha sido la propia Corte Suprema quien ha cambiado su línea jurisprudencial en esta materia⁷¹.

La Comisión Norteamericana de Derechos Civiles ha conceptualizado las medidas de acción afirmativa (*affirmative action*) como “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria presente o pasada para impedir que la discriminación se produzca en el futuro”⁷². Esta definición, aunque imprecisa, refleja en términos generales la amplitud del debate estadounidense sobre el tema. Otros incluyen dentro de acción afirmativa todo intento por lograr que los miembros de un cierto grupo subrepresentado –los que habitualmente coinciden con grupos sistemáticamente discriminados- tengan un mayor nivel de participación en cualquier esfera, sea a través de una preferencia o no⁷³.

Las discusiones sobre las medidas de acción afirmativa han ocurrido, fundamentalmente, en el seno del debate sobre la igualdad en la educación, particularmente para las mujeres y afroamericanos. De hecho, la acción afirmativa ha sido utilizada como una herramienta para garantizar la igualdad y para reparar discriminaciones históricas, experimentando notables desarrollos en el campo legal y filosófico. Así, las cuestiones terminológicas parecen estar elucidadas y las diversas justificaciones para aceptar o rechazar estos programas parecen estar clarificadas⁷⁴. No obstante, el uso de estas medidas nunca ha estado libre de controversias, las que se extienden hasta el día de hoy a nivel político, doctrinario y, desde luego, jurisprudencial⁷⁵.

Los argumentos en contra de la acción afirmativa vienen, generalmente, de personas que creen que pierden oportunidades (puestos de trabajo, oportunidades de estudio) a favor de personas que, al menos en el papel, parecen ser menos calificadas para ellas⁷⁶. Otros han desmentido la eficiencia de

⁷¹ Corte Suprema Norteamericana, *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 299 (1995); *Gratz et al. v. Bollinger et al* (2003).

⁷² Citado por Martín Vida, M: *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Editorial Civitas, Madrid (2002), p. 35.

⁷³ Rosenfeld, *op. cit.*, en n. 33, p. 42.

⁷⁴ Rodríguez, M: “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Género y Derecho, Edición de La Morada, Lom y American University, Santiago (1999), p. 245.

⁷⁵ Ver, por ejemplo, Corte Suprema Norteamericana, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 299 (1995)

⁷⁶ Palacios, *op. cit.*, en n. 34, p. 42.

estas medidas, señalando que su implementación no trae aparejado un beneficio real para el grupo al que pertenece el individuo beneficiado. Otras personas impugnan las categorías que se han visto beneficiadas por este tipo de medidas, señalando que hoy en día, no hay razones de peso para dirigir estas medidas a los afroamericanos en lugar de a los pobres como categoría sistemáticamente discriminada.

Todas estas objeciones son válidas pero no aluden a la utilización del término “acción afirmativa” sino al debate sobre su necesidad, legitimidad y eficiencia.

En cuanto a las objeciones para utilizar el término “acción afirmativa” en un análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos y el sistema interamericano en particular, el argumento más fuerte es su inmediata asociación con el debate norteamericano. Según Katherine Cox, al igual como ocurre con muchos otros conceptos, el término acción afirmativa ha sido “capturado” por sus defensores y detractores, al punto que actualmente su sola mención lleva aparejadas imágenes de disputa y controversia⁷⁷.

Si bien es sabido que el concepto de acción afirmativa no forma parte de la tradición latinoamericana, el debate en la región, especialmente en sede del sistema interamericano, es aún incipiente. En este sentido, parece adecuado adoptar esta nomenclatura, por cuanto es inmediatamente asociada al fenómeno del que estamos hablando sin necesidad de explicaciones y sin las objeciones prácticas y sustantivas formuladas respecto del concepto de “medidas especiales” y “acciones positivas”. Además, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado reiteradamente este concepto en sus Informes de países y temáticos, lo que también nos inclina por la utilización de esta nomenclatura.

En razón de lo anterior, utilizaremos el concepto “acción afirmativa” para referirnos a aquellas medidas temporales enfocadas al objetivo de alcanzar un goce efectivo e igualitario de los derechos humanos de grupos desaventajados dentro de la sociedad. Así será entendida la noción de acción afirmativa en el marco de esta investigación.

⁷⁷ Cox, *op. cit.*, en n. 42, p. 2

I. 3 DIVERSAS CONCEPCIONES SOBRE LA IGUALDAD Y SU RELACIÓN CON LAS ACCIONES AFIRMATIVAS.

Existe una profunda conexión entre la aproximación filosófica que se realice al concepto de igualdad y la posición que finalmente se adopte en materia de acción afirmativa. Esto es aplicable incluso a cláusulas normativas sobre igualdad -como el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 26 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- que, aunque pretenden proveer un marco abstracto y general, suelen ser interpretadas de acuerdo a una u otra concepción del principio de igualdad.

A lo largo de la historia han existido diversas concepciones sobre la igualdad: igualdad formal, igualdad *de facto*, igualdad de oportunidades, igualdad de recursos, igualdad de resultados, entre muchas otras. Por concepciones entendemos, siguiendo a Rawls, aquellos planteamientos teóricos destinados a hacer operativo un concepto⁷⁸. Cada una de ellas es contingente e histórica⁷⁹, por lo que su significado podrá cambiar a lo largo del tiempo. Así, la igualdad es una categoría no determinada que suele adquirir el significado que le dan los responsables de aplicar determinadas políticas.

Dworkin ha señalado que la cláusula de igualdad norteamericana construye un concepto de igualdad sin tomar posiciones respecto de una concepción particular de ella⁸⁰. No obstante, aun cuando esto fuera cierto, los jueces dependerán de argumentos de filosofía política para desarrollar una interpretación de dicha cláusula a la hora de enfrentarse a un caso concreto. Esto es lo que, de hecho, ha ocurrido con la cláusula de igualdad en los recientes casos sobre acción afirmativa en los Estados Unidos⁸¹.

Tomando en cuenta que son numerosas las aproximaciones posibles al principio de igualdad, a continuación nos referiremos a las dos concepciones que, en la actualidad, resultan

⁷⁸ Rawls, *op. cit.*, en n. 7, p. 5, 6, 9.

⁷⁹ Figueroa, R: "Igualdad y Discriminación", Cuadernos de Análisis Jurídico N°10, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Universidad Diego Portales (2000), p. 27.

⁸⁰ Ver Dworkin, *op. cit.*, en n. 6.

⁸¹ Ver Corte Suprema Norteamericana, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 299 (1995); *Gratz et al. v. Bollinger et al* (2003).

de mayor relevancia para comprender el debate sobre acciones afirmativas tanto a nivel filosófico como práctico, en el marco de un análisis del sistema interamericano de derechos humanos. Estas son la aproximación liberal tradicional y la estructuralista.

i) Concepción liberal tradicional

La concepción liberal tradicional del principio de igualdad es, probablemente, la más asentada en nuestra tradición cultural. Se trata de la visión del pensamiento liberal clásico, que toma a Aristóteles para fundar las bases de lo que entienden por igualdad y por regla básica de justicia: “tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”⁸². Es, por lo tanto, un concepto relacional, una ley de parecidos y diferencias⁸³.

La aproximación liberal, construida a partir de la tradición del liberalismo clásico del siglo XVIII, está estrechamente asociada al constitucionalismo clásico y contemporáneo, por el cual se reconoce la igual naturaleza y atributos de todos los seres humanos. Desde luego, se basa en la idea de que la ley es general, abstracta y neutral, por lo que si ella no establece diferenciaciones arbitrarias, esto debería traducirse en que no existan tales diferencias en la práctica. A partir de esta idea se construyen las nociones de “igualdad formal” e “igualdad de oportunidades”, las que serán analizadas a continuación.

a) Igualdad Formal

La igualdad formal atiende a la regla básica de justicia -proveer de un tratamiento similar a aquellos que están similarmente situados- y adopta un punto de vista neutral, que supone que todas las personas, mujeres y hombres, blancos y afroamericanos, están en una situación equivalente, por lo que deben ser tratados bajo la misma regla.

Esta noción de igualdad surgió con las revoluciones liberales, como la Revolución Francesa, de 1789, y se materializó en cláusulas como la Decimotercera Enmienda a la Constitución Norteamericana, aprobada en 1865, que dispuso “No existirán dentro de los Estados Unidos ni en los

⁸² Bobbio, *op. cit.*, en n. 2, p.64.

⁸³ Palacios, *op. cit.*, n. 34, p. 38.

territorios sujetos a su jurisdicción, ni esclavitud ni servidumbre involuntaria, salvo como pena por un delito por el que el interesado haya sido debidamente condenado”.

La concepción de igualdad como igualdad formal, tuvo un fuerte núcleo emancipador en determinado momento histórico, ya que suponía una prohibición de los privilegios que gozaban ciertos grupos y un otorgamiento de iguales derechos a personas que antes no era titulares de los mismos. Algunos ejemplos históricos de la aplicación de esta concepción son el voto femenino y la abolición de la esclavitud, que suponía un desconocimiento de la dignidad humana y la igualdad de las personas. En ambos casos el análisis fue similar: si todos los individuos son libres e iguales, deben tener iguales derechos.

Aplicado a la discriminación que sufren las mujeres, algunos autores han señalado que la idea de igualdad formal supone tres ejes: primero, que los privilegios tradicionales de los hombres sean extendidos a las mujeres; segundo, que las desventajas tradicionales de las mujeres sean eliminadas para ambos sexos; y, tercero, que los privilegios eventuales de las mujeres se extiendan a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos⁸⁴. Así, la idea de igualdad formal implica importantes avances. No obstante, sus críticos sostienen que el sujeto jurídico es, bajo esta aproximación, un sujeto abstracto, sin género, sin clase y sin raza. La igualdad es entendida, durante el siglo XIX y principios del siglo XX como una realización de la legalidad⁸⁵, basada en una noción de justicia meramente procedimental.

La idea de igualdad formal es una concepción que, si bien fue de suma importancia histórica, fue posteriormente criticada por sus supuestas pretensiones de neutralidad. Una aproximación abstracta a la igualdad hace imposible identificar y generar respuestas a las inquietudes y necesidades de ciertos grupos⁸⁶. Asimismo, omite el hecho que el individuo abstracto es, en realidad, un varón, blanco y de clase media⁸⁷. La igualdad formal enfatiza en el valor de las personas y sus méritos individuales, negando la situación de desventaja que sufren ciertos grupos. Así, esta noción coexistió, durante

⁸⁴ Williams, J: “Igualdad sin Discriminación” en *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Frías (editoras), Lom Ediciones (2000), p. 88.

⁸⁵ Nogueira, H: “El derecho a la igualdad ante la Ley, No Discriminación y Acciones Positivas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 13, Número 2 (2006), p. 67.

⁸⁶ Rodríguez, *op. cit.*, en n. 74, p. 251.

⁸⁷ Barrère, *op. cit.*, en n. 67, p. 24.

décadas, con un conjunto de relaciones de dominación que se consideraban naturales y legítimas⁸⁸. De este modo, las críticas a esta concepción plantean que es necesario tomar en cuenta las condiciones reales en que se encuentra cada individuo para que el Estado genere respuestas apropiadas ante la desventaja en que se encuentran. Una sociedad igualitaria exigiría comprender que el punto de partida es asimétrico y que la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales.

Para los defensores de una concepción formal de la igualdad, la crítica recién descrita es falaz. En primer lugar, señalan que juicios de carácter moral respecto de conceptos formales son inadecuados, ya que los conceptos meramente formales justamente no son sustantivos, sino que son simples “recipientes vacíos” a través de los cuales ciertos objetivos de carácter sustantivo pueden ser alcanzados⁸⁹.

Asimismo, señalan que Aristóteles, al formular su regla básica de justicia, destacó dos principios básicos y no solo uno: el primero, ampliamente desarrollado, es “tratar igual a los iguales”; pero el segundo, habitualmente olvidado por los críticos y aplicado de manera sumamente confusa es “tratar a los desiguales de modo desigual”. Llevado a terreno jurídico, Hart destaca que el principio sería “tratar casos iguales de igual manera”, con el corolario de “tratar casos disímiles de manera desigual”. Ello supone la coexistencia de dos mandatos de igualdad: aquel que exige que las personas que se encuentran en circunstancias similares sean tratadas de manera igual, y aquel que requiere que se trate de manera distinta a personas ubicadas en situaciones diferentes. Según el primer mandato, hombres y mujeres deben ser tratados como iguales, a menos que haya que diferenciarlos por causas legítimas. Es el segundo elemento el que permitiría abarcar una serie de situaciones no previstas en el contexto histórico en que se desarrolló la concepción formal de la igualdad, como es el fenómeno de la discriminación indirecta y las acciones afirmativas⁹⁰. Así, las respuestas a las críticas más comunes formuladas a la concepción formal de la igualdad resaltan que es tendencioso olvidar el segundo mandato de la igualdad aristotélica.

⁸⁸ Frías, L: “Simposio: Igualdad de Oportunidades”, en *Anuario de Derechos Humanos 2008*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2008), p. 73.

⁸⁹ Para una defensa de la igualdad formal y una respuesta a las críticas formuladas por la visión estructuralista, ver Strand, M: *The Formal Concept of Discrimination*, Tesis de Magíster de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lund (2006).

⁹⁰ *Idem*, pp. 60-66.

Asimismo, señalan los defensores que muchos de los críticos de esta concepción olvidan que el incumplimiento de uno u otro elemento de este principio de justicia estaría igualmente prohibido, por lo que las críticas a esta concepción no deberían apuntar a su fundamento filosófico o a una debilidad de la concepción misma de igualdad, sino más bien a que, en la práctica, no se ha cumplido el mandato de aplicar esta regla de justicia de manera consistente.

b) *Igualdad de Oportunidades*

Otra de las concepciones asociadas a la aproximación liberal tradicional de la igualdad es la identificada como igualdad de oportunidades. Esta noción fue postulada, originalmente, en relación a las reglas que rigen los juegos: hay igualdad de oportunidades entre jugadores que tienen iguales condiciones de partida (igual número de carta y fichas) o entre corredores que inician la carrera desde un mismo punto de partida⁹¹. Este razonamiento fue posteriormente trasladado a la regulación de las sociedades⁹². Se planteó que cada sociedad se configura como una competencia entre individuos orientada a la consecución de bienes escasos y que, partiendo desde los mismos puntos de partida, el triunfo de algunos de ellos podría considerarse justo.

Como resulta evidente, esta noción de igualdad se basa en la idea de una *competencia voluntaria* entre *individuos*, quienes, además, no tienen relaciones de subordinación entre sí. De este modo, esta noción de igualdad se desentiende del resultado de la competencia y procura, únicamente, garantizar igualdad en los puntos de partida.

La igualdad de oportunidades se ha convertido en un principio básico en la construcción de las sociedades contemporáneas, basadas en una noción individualista de la sociedad y, a menudo, en la legitimidad de la competencia, el mérito y los logros. Es el baremo que, generalmente, utilizan los jueces al interpretar la cláusula de igualdad garantizada constitucionalmente, o al analizar la legitimidad o ilegitimidad de las acciones afirmativas. Sin embargo es válido preguntar ¿existe una concepción unívoca de lo que se entiende por igualdad de oportunidades? Ciertamente no.

⁹¹ Barrère, *op. cit.*, en n. 67, p. 20.

⁹² Bobbio, *op. cit.*, en n. 2, pp.76-79.

El liberalismo clásico afirmaba, señala Bobbio, que la igualdad de oportunidades se podía materializar por medio de una asignación igual de los derechos fundamentales “a la vida, a la libertad y a la propiedad”. Así, sólo si se eliminaban los privilegios y se establecía una igualdad de derechos no habría obstáculos en el camino para que cada uno buscara la felicidad con “la habilidad que tiene para acceder a la posición adecuada a su máxima capacidad”⁹³. En esta concepción, la igualdad de oportunidades no difiere de lo planteado por la igualdad formal.

En base a esta idea de igualdad, es común asociar la igualdad de oportunidades con la igualdad de medios y oponerla a la igualdad de resultados. En ciertas ocasiones ambas convergerán, pero lo más común será que la igualdad de medios conduzca a fines desiguales y que la igualdad de fines demande medios desiguales⁹⁴. Para la igualdad de resultados, la distribución desigual de medios o instrumentos es una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad, especialmente cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas⁹⁵. Esta es la premisa de quienes oponen igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.

No obstante, existe una fuerte corriente crítica a esta oposición entre igualdad de oportunidades (como puntos de partida) e igualdad de resultados (como puntos de llegada). Señalan que si sólo una de estas concepciones es considerada legítima, como ocurrió en un caso relativo a la interpretación de una Directiva del sistema europeo (que utiliza derechamente la noción de igualdad de oportunidades en uno de sus artículos⁹⁶) debe existir claridad para distinguir uno y otro concepto, claridad que ciertamente, no existe. Señalan que todo depende de cómo se observe un caso. Por ejemplo, la admisión a ciertas esferas educacionales ¿es un punto de partida o un punto de llegada?. En el caso *Brown vs. Board of Education* la Corte Suprema Norteamericana estimó la admisión a las escuelas era un punto de partida, echando abajo el sistema de segregación racial, mientras que en *Regents of the University of California v. Bakke* la misma Corte estimó que era un punto de llegada, echando por tierra el sistema de acción afirmativa allí contemplado. Así, para estos críticos, la distinción entre uno y otro concepto se vuelve meramente retórica, superflua o al menos, ciertamente ambigua⁹⁷.

⁹³ Bobbio, *op. cit.*, en n. 1, p. 777.

⁹⁴ Rodríguez, *op. cit.*, en n. 74, p. 247.

⁹⁵ Rosenfeld, *op. cit.*, en n. 33, p. 135 y ss.

⁹⁶ Directiva de la Comunidad Europea 76/207/EEC, artículo 2 inciso 4.

⁹⁷ Strand, *op. cit.*, en n. 89, p. 63.

Otro ejemplo que refleja la relevancia de comprender realmente qué es la igualdad de oportunidades y su relación con la igualdad de resultados es el caso Kalanke, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁹⁸. En este caso, dicho Tribunal se pronunció acerca de la compatibilidad de una medida de acción afirmativa con la igualdad (aparentemente, de oportunidades). En Kalanke se impugnó la legitimidad de una medida de acción afirmativa que estipulaba que cuando existieran dos candidatos con igual calificación para un determinado empleo y las mujeres estuvieran subrepresentadas, debía darse prioridad a la candidata mujer. En la sentencia, el Abogado General Giuseppe Tesauo, en una famosa opinión individual, opuso las nociones de igualdad de oportunidades e igualdad de resultados, señalando que sólo la primera acepción era legítima como finalidad en el sistema europeo, lo cual estaba explícitamente estipulado en la normativa aplicable, la cual, de hecho, utiliza la noción de igualdad de oportunidades en su redacción⁹⁹. Para Tesauo, la igualdad de oportunidades debe ser concebida como “igualdad en los puntos de partida” y no “en los puntos de llegada”. Así, señaló, tratándose la medida en cuestión de una excepción al principio de igualdad de trato debe interpretarse restrictivamente. Es decir, la prohibición de discriminación únicamente permite excepciones fuertemente justificadas siempre que estas excepciones conduzcan a obtener “igualdad de oportunidades” pero nunca igualdad de resultados. De este modo, la preferencia automática de la legislación analizada, fue considerada discriminatoria por Tesauo por estar encaminada a la igualdad de resultados y no a la igualdad de oportunidades.

Como se puede observar, la igualdad de oportunidades ha sido utilizada tanto para justificar la acción afirmativa como para rechazarla¹⁰⁰. De hecho, para algunos puede significar “que las personas deberían tener formalmente las mismas posiciones de partida pero también puede significar que la gente debería tener equitativamente las mismas oportunidades en la práctica para lograr un objetivo”¹⁰¹. Para otros la igualdad de oportunidades significa que “las oportunidades de poder, derechos y adquisición deben ser iguales: el poder, los derechos y las adquisiciones en sí mismas no”¹⁰². Incluso hay quienes señalan que la idea de igualdad de oportunidades se encuentra “a mitad de camino entre la igualdad formal y la de resultados. Intenta generar condiciones sociales, jurídicas, políticas y económicas para

⁹⁸ *Kalanke, op. cit.*, en n. 59.

⁹⁹ Para un análisis detallado de este caso, ver Atienza, M: “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa* 19 (1996), pp. 111-122.

¹⁰⁰ Barrère Unzueta, *op. cit.*, en n. 67, p. 19.

¹⁰¹ Peters, A: *Women, Quotas and Constitutions. A comparative study of Affirmative Action for Women under American, German and International Law*, Kluwer Law International, Londres (1999), p. 245.

¹⁰² Rae: D.; Yates, D.; Hoschschild, J.; y Fessler, C. *Equilities*, Harvard University Press (1981), citado por Rodríguez, *op. cit.*, en n. 74, , p. 249.

aquellos/as que se encuentran en una situación de desventaja, de manera que gracias a dichas condiciones tengan las mismas oportunidades que los/as que no estén en esa situación”¹⁰³. Sin embargo, la igualdad de oportunidades no garantiza resultados.

Bobbio señala que luego de la aproximación del liberalismo clásico a la igualdad de oportunidades, parte de la propia corriente liberalista se dio cuenta de que la igualdad de derecho no era suficiente para hacer accesibles, a las personas que se encuentran en una posición social de desventaja, las oportunidades de que disponen “los individuos socialmente privilegiados”. Así, señala Bobbio “se necesitan distribuciones desiguales para llevar a los primeros a un nivel común de partida, o sea, se necesitan privilegios jurídicos y beneficios materiales para los no privilegiados”¹⁰⁴. Esta afirmación ha dividido a los liberales hasta el día de hoy. Algunos afirman que tal distribución desigual supone la legitimidad de las medidas de acción afirmativa, mientras otros sostienen que “un mal no se puede solucionar con otro mal” y que, por tanto, los esfuerzos deben concentrarse en una movilización de recursos y políticas públicas generales encaminadas a tal objetivo, pero jamás en una excepción flagrante al principio de no discriminación, como serían las medidas de acción afirmativa¹⁰⁵.

De acuerdo a Rawls¹⁰⁶, existirían dos principios de justicia aplicables a esta idea de igualdad. El primero señala que “cada persona tiene un derecho igual a la más extensa libertad compatible con una libertad similar de otros”, y el segundo, conocido como “principio de la diferencia” prescribe que “las desigualdades sociales y económicas deben ser arregladas de forma tal que ambas estén: a) para el mayor beneficio de los menos favorecidos y b) asociadas a oficios y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades”. Rawls afirma que la desigualdad de oportunidades sólo es aceptable si ésta aumenta “la oportunidad de aquellos con menores oportunidades”.

Para quienes han utilizado la igualdad de oportunidades como una concepción meramente formal de la igualdad que se desentiende de las circunstancias históricas o culturales que caracterizan a un determinado grupo, la respuesta común ante las acciones afirmativas es considerarlas ilegítimas, por

¹⁰³ Frías, *op. cit.*, en n. 88, p. 73.

¹⁰⁴ Bobbio, *op. cit.*, en n. 1, p. 777.

¹⁰⁵ Ellis, Evelyn, *EU Anti Discrimination Law*, Oxford EC Law Library, Oxford University Press, New York (2005), p. 309, citado por Strand, *op. cit.*, en n. 89, p. 64.

¹⁰⁶ Rawls, *op. cit.*, en n. 7, citado por Rodríguez, *op. cit.*, en n. 74, p. 263.

cuanto suponen otorgar “privilegios” en el punto de partida a algunas personas, distorsionando con ello la competencia igualitaria. Por ejemplo, en el marco de la obtención de un empleo, las personas tendrían derecho a concursar por el puesto de trabajo exclusivamente en razón de las características conducentes para el desempeño satisfactorio de ese empleo, por lo que consideraciones como la raza o el sexo no serían pertinentes en la forma en que las personas deben ser tratadas. Así, las medidas de acción afirmativa serían una excepción al principio de igualdad y, por lo tanto, deberían ser interpretadas restrictivamente¹⁰⁷. Esta fue, evidentemente, la idea formulada por el Tesouro en su opinión en el caso Kalanke.

Para otros defensores de la igualdad de oportunidades, esta requiere de correctivos dirigidos a individuos pertenecientes a determinados grupos discriminados, quienes requieren de una “ventaja” para que realmente se dé la igualdad en los puntos de partida¹⁰⁸. De lo contrario, algunos individuos tendrán siempre una posibilidad insignificante de éxito. En otras palabras, esta concepción de igualdad de oportunidades sugiere que “las posiciones provenientes del azar natural [...] o de la historia [...] no son justas y deben ser corregidas para que así cada uno sea tratado conforme a los actos de los que puede considerarse responsable”¹⁰⁹. Dworkin ejemplifica esta situación del siguiente modo: Un padre que tiene a un hijo enfermo y al otro sano. Los trata igual cuando distribuye la misma cantidad de recursos o de alimentos entre ellos. Los trata, en cambio, con “igual consideración” –que es de lo que se trata la igualdad de oportunidades- cuando da más al enfermo que al sano. Por lo tanto, si el principio de igualdad de oportunidades obliga a borrar las ventajas y desventajas innecesarias, entonces las medidas de acción afirmativa podrían aplicarse a todas las áreas de las políticas públicas.

Según esta concepción, una distinción de esta naturaleza, establecida en la ley, por ejemplo, sólo será legítima cuando sea “objetiva y razonable”, es decir, cuando supere el test de razonabilidad al que nos referiremos a continuación.

c) El test de razonabilidad en la concepción liberal tradicional.

¹⁰⁷ García Añón, *op. cit.*, en n. 43, p. 7.

¹⁰⁸ Bobbio, *op. cit.*, en n. 2, pp.76-79.

¹⁰⁹ Peña, C.: “Simposio: Igualdad de Oportunidades”, en *Anuario de Derechos Humanos 2008*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2008), p. 76.

Como ya ha sido comprobado, no existe una idea unívoca sobre cuál es el contenido del principio de igualdad en su concepción liberal tradicional. No obstante, a pesar de las divergencias, es posible encontrar puntos de encuentro entre las posiciones descritas anteriormente, siendo el más fuerte de ellos la convergencia en torno a la idoneidad de un *test* de razonabilidad para identificar cuándo nos encontramos frente a una diferencia arbitraria -y por lo tanto discriminatoria- y cuándo frente a una diferencia legítima. Este *test* exige que toda vez que nos encontremos frente a una distinción, ésta deba superar dos exigencias: que dicha distinción sea objetiva y, en segundo lugar, que sea razonable. A su vez, ello implica dos requisitos: que la distinción persiga una finalidad legítima y que la medida sea proporcional para la consecución de dicha finalidad.

La Corte Europea de Derechos Humanos elaboró este *test* en una famosa sentencia dictada en 1968¹¹⁰, la que ha sido citada por la Corte IDH en varias de sus sentencias y opiniones consultivas. En dicha ocasión, el Tribunal Europeo señaló:

“el principio de igualdad de trato se viola [o en las palabras del caso *Marekx* “una distinción es discriminatoria”] cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr”

En la concepción liberal tradicional de la igualdad, el principio de igualdad aspira, fundamentalmente, a que las personas sean tratadas de modo tal que únicamente su capacidad sea relevante para cumplir con el objeto perseguido por una legislación. Subyace, desde luego, una concepción meritocrática de la sociedad, en que los prejuicios racistas o sexistas –entre otros- no entren en consideración. Asimismo, supone una presunción de legitimidad cuando estemos frente a un trato formalmente igual y una presunción de ilegitimidad cuando el trato sea formalmente desigual. Esta presunción se hace operativa en la exigencia de justificar una *diferencia* de trato, haciendo necesaria la

¹¹⁰ Corte EDH, *op. cit.*, en n. 4.

aplicación del *test* de razonabilidad, exigencia que no se presenta respecto de casos de identidad de trato, los que traerían consigo la presunción de legitimidad. De este modo, el *test* de razonabilidad debe su nombre al hecho de que “funciona como una *evaluación* judicial de la justificación de un acto que presuntivamente vulnera el derecho a la igualdad”¹¹¹.

Según algunos autores, la aplicación de este *test* por parte de organismos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos refleja que la concepción liberal tradicional es la que, originalmente, dio forma a las cláusulas de igualdad contenidas en las convenciones internacionales y orientó a la jurisprudencia. Los derechos humanos estarían basados, fundamentalmente, en la individualidad. Surgieron para proteger a las personas de violaciones cometidas por los Estados y han enfatizado, a lo largo de todo su desarrollo, una perspectiva liberal que promueve fuertemente el carácter individual de los derechos fundamentales.¹¹² Estas convenciones impondrían la exigencia de ser indiferente a características distintas de la cualificación personal para efectos de la toma de decisiones. Así, por regla general, deben desestimarse aquellos procesos en que la toma de decisiones se base en algún motivo estimado indiciario de discriminación, como es el caso de la raza, el sexo, la religión u otros. Bajo esta perspectiva, la movilidad social debe realizarse conforme a las aptitudes y méritos personales y no por ostentar una condición de pertenencia a un grupo¹¹³. Así, como ya fue analizado, gracias a esta concepción se estimaron como discriminatorias realidades hoy consideradas aberrantes, como la segregación racial o la exclusión del voto en el caso de las mujeres.

Aclarados estos aspectos generales, los requisitos del mencionado *test*, es decir, para que nos encontremos frente a una distinción legítima serían: (a) tener una justificación objetiva y razonable, lo que a su vez implica perseguir una finalidad legítima; y (b) la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla¹¹⁴. Ahora bien, ¿qué significa que una distinción sea objetiva y razonable? ¿Cómo analizar la exigencia de proporcionalidad? Como ha señalado la doctrina, es difícil encontrar explicaciones claras sobre el

¹¹¹ Rodríguez, *op. cit.*, en n. 74.

¹¹² Ramírez, S.: “Igualdad como Emancipación: Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas”, en Anuario de Derechos Humanos 2007, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2007), p. 39.

¹¹³ Bossuyt, *op. cit.*, en n. 22, p.11.

¹¹⁴ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20, p. 9.

contenido específico de estos requisitos¹¹⁵. No obstante, hay cierto consenso sobre sus alcances básicos.

La exigencia de objetividad debe ser entendida, en primer lugar, como una garantía de exclusión de la subjetividad, es decir, “la distinción no debe obedecer a apreciaciones que están sujetas a interpretación”¹¹⁶. Un ejemplo es la mayoría de edad para efectos de obtener una licencia de conducir. Asimismo, la objetividad abarcaría la exigencia de que la distinción incluya a todas las personas que se encuentran dentro de las circunstancias que indica el motivo de distinción, es decir, dentro de la misma categoría. Siguiendo el ejemplo, que efectivamente todos los mayores de 18 años estén en condiciones de obtener la licencia de conducir cumpliendo con los requisitos exigidos por ley.

La razonabilidad, por su parte, ha dado origen a mayores cavilaciones. No obstante, podríamos concluir que una distinción es razonable cuando obedece a consideraciones de lógica y su propósito no es considerado ilícito. Esto, a su vez, no es estático, sino que debe observarse en referencia a valores sociales que, desde luego, cambian a lo largo del tiempo¹¹⁷.

La exigencia de razonabilidad está íntimamente relacionada con la necesidad de que exista una relación de proporcionalidad entre la medida de distinción y el propósito perseguido. Este juicio de proporcionalidad es la fase más compleja del *test*, ya que no siempre la jurisprudencia explicita cuáles son los objetivos que tienen que guardar relación de proporcionalidad entre sí y, en otras ocasiones, confunde proporcionalidad con eficacia. No obstante, este nivel del *test* ha de ser entendido en el sentido que la medida de distinción guarde una relación de funcionalidad o instrumentalidad con el fin perseguido, es decir, que la relación medio-fin sea coherente y conducente. Otra parte de la doctrina ha conceptualizado este nivel del *test* como la relación entre “el beneficio obtenido por las personas favorecidas por el acto y el perjuicio sufrido por quienes resultan desfavorecidos por la realización de ese acto”¹¹⁸.

¹¹⁵ Palacios, *op. cit.*, en n. 34, p. 35.

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ McKean, *op. cit.*, en n. 15, p. 4.

¹¹⁸ Rodríguez, C: “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de los Andes, Colombia (1998).

Asimismo, parte de la doctrina ha incorporado en este análisis una evaluación de la *necesidad* del medio escogido para lograr el fin propuesto, es decir, que sea “indispensable para alcanzar el objetivo o si, por el contrario, existen otros medios que impliquen un menor sacrificio”¹¹⁹. La incorporación de este cuarto elemento hace mucho más estricto el *test* que debe superar la distinción, identificándolo con los requisitos que se han elaborado en el derecho internacional de los derechos humanos para que una *restricción* de los derechos sea legítima. Así, se evidencia que la diferencia de trato es concebida básicamente como una restricción del principio de igualdad, lo que reafirma la tesis de que el *test* que se ha utilizado tradicionalmente en el ámbito del derecho internacional no obedece a una concepción neutral de la igualdad, sino que está vinculado a la concepción liberal tradicional de la misma.

De este modo, los distintos pasos que ofrece el *test* de razonabilidad para que el operador del derecho identifique si la distinción de trato analizada es o no discriminatoria se enmarcan dentro de una lógica de instrumentalidad de la distinción respecto de un determinado fin y, por otro lado, suponen que sólo las diferencias de trato han de ser sometidas *prima facie* a este análisis, cuestión que se vuelve difusa a la hora de analizar casos de discriminación indirecta. Este último punto, permite dilucidar algunas tensiones respecto de la idoneidad de este *test* respecto de situaciones donde el problema es una identidad de trato que provoca un impacto desproporcionado respecto de un determinado grupo y casos de acciones afirmativas. Este último punto será analizado en profundidad en el capítulo relativo a la concepción estructuralista de la igualdad.

d) Las categorías sospechosas para la concepción liberal tradicional y su relación con las acciones afirmativas.

Originalmente, la concepción liberal tradicional de la igualdad concebía toda forma de discriminación de la misma manera. No importaba si era en razón de estatura, edad, raza o sexo. Sin embargo, su actual desarrollo ha adoptado la acepción de “categoría sospechosa” con el objeto de exigir un estándar más alto para justificar una distinción que involucre determinadas categorías: sexo, raza y religión¹²⁰. Esta ha sido una de las orientaciones clave para dar contenido al concepto de razonabilidad,

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ Bayefsky, *op. cit.*, n. 20, p. 18-23.

ya que permite identificar ciertas categorías de distinción que difícilmente pueden superar la relación medio-fin exigida para estimar que una distinción no es discriminatoria.

La elaboración de las denominadas “categorías sospechosas” ha concitado un gran apoyo tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, ya que ha otorgado un marco conceptual sólido y de fácil comprensión a la hora de analizar una determinada distinción, permitiendo distinguir *ex ante* ciertas categorías cuyo uso habitualmente está relacionado a prejuicios sociales y culturales. De este modo, la raza habría emergido como categoría sospechosa para proteger a los afroamericanos y, de este modo, exigir una carga argumentativa mayor para efectos de justificar una distinción basada en ella, permitiendo, por ejemplo, la eliminación de la segregación racial. Asimismo, el sexo ha permitido una protección más alta frente a casos de discriminación intencionada hacia las mujeres e incluso, se ha abierto a incluir dentro de su ámbito de protección a la orientación sexual, permitiendo dar una protección más sólida a las personas con una orientación o identidad sexual o de género diversa a la tradicionalmente aceptada.

Esta elaboración doctrinaria y jurisprudencial tiene por objeto, como fue señalado, impedir que las decisiones se tomen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizadas de determinados grupos. De este modo, quien desee realizar una distinción utilizando alguna de estas categorías (por ejemplo, exigir edades distintas de jubilación para hombres y mujeres, o exigir ser católico para entrar a un trabajo) tendrá la carga de probar que esta distinción es objetiva y razonable y, adicionalmente, estará sujeto a un escrutinio más estricto, es decir, deberá proporcionar razones más poderosas para justificar la distinción. Esta ha sido la postura adoptada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹²¹ y por la jurisprudencia norteamericana.

El criterio del escrutinio estricto fue creado por la Corte Suprema Norteamericana a mediados del siglo XX, cuando con el caso *Brown v. Board of Education* se vio enfrentada por primera vez al sistema de segregación escolar y a las prohibiciones de mestizaje. La Corte distinguió desde ese momento tres *tests* para determinar si una determinada diferenciación es o no legítima: i) el *test* de mera razonabilidad (que sería la regla general); ii) el *test* intermedio y, finalmente, iii) el *test* de escrutinio estricto. En aquellos casos en que el criterio de diferenciación empleado por el legislador no

¹²¹ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas caso *Müller v. Namibia*, Comunicación Nº 919/2000, Dictamen de 26 de marzo de 2002, párr. 6.8.

ofreciera mayores dificultades (por ejemplo, establecer la *edad* como criterio para obtener una licencia de conducir) el juez utilizará el test de mera razonabilidad. Cuando el legislador empleara como criterio de diferenciación una categoría “sensible” aunque no necesariamente “sospechosa” (como por ejemplo, la condición de extranjero o la filiación), se debe emplear el test intermedio (*mid-level scrutiny test o intermediate test*) que obliga al Estado a demostrar la existencia de un objetivo importante (*important or substantial interest*) que justifique la diferencia de tratamiento y además, demostrar que la diferencia de trato está vinculada sustancialmente (*substantially related*) a la consecución de dicho objetivo. Finalmente, en aquellos casos en que el criterio empleado por el legislador para fundamentar la diferencia sea la raza o bien cuando se vea afectado un interés fundamental (por ejemplo, el derecho a voto) el legislador deberá probar la existencia de un interés extraordinario o apremiante (*compelling interest*) para legitimar la diferencia normativa y, además, deberá demostrar que la distinción introducida por la ley está estrechamente conectada (*narrowly tailored*) con la satisfacción del interés, de modo que no exista un medio menos lesivo para su consecución¹²². De este modo, en la práctica, muy pocas normas que son sometidas a este test logran ser declaradas constitucionales.

Lo que persiguió la Corte Suprema con la creación del *strict scrutiny test* fue discernir si la diferenciación establecida en la ley es legítima o si en realidad refleja prejuicios contra determinadas razas que pretenden reforzar su situación de marginación. Así, la Corte Suprema pretendió demostrar que rara vez una categoría como raza o sexo podría ser idónea como criterio de distinción para la consecución de ciertos fines. Se trata de criterios generalizadamente rechazados, que han concitado gran apoyo internacional y que han realzado la utilización del *test* liberal tradicional como un instrumento idóneo para contrarrestar prejuicios sociales.

Un ejemplo de la falta de idoneidad de estas categorías para la consecución de ciertos fines se ve graficado en el siguiente caso expuesto por el autor Roberto Saba: en la década de los ‘70 en Estados Unidos, con el fin de evitar prácticas discriminatorias en la conformación de las orquestas, las audiciones se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato de los miembros del jurado examinador. Incluso se ponían alfombras para que el sonido de los pasos no fuera indicativo del sexo de la persona sometida a prueba. De este modo, el sexo, la raza, la religión, la nacionalidad y otros factores, estaban completamente excluidas de la evaluación. La decisión de contratar estaría

¹²² Martín Vida, *op. cit.*, en n. 32, p. 155-157.

únicamente basada en la calidad del sonido emitido¹²³. Este es un ejemplo que refleja la concepción tradicional sobre la igualdad y el objetivo perseguido por la Corte Suprema con la elaboración de los distintos tests: la raza, el sexo o la religión, difícilmente pueden ser considerados criterios idóneos, instrumentales o adecuados para identificar la calidad del sonido emitido en esa selección.

No obstante, la propia construcción jurídica de las categorías sospechosas y la aplicación de *tests* diferenciados, ha producido consecuencias inesperadas en la esfera de la igualdad, particularmente en lo relativo a las medidas acción afirmativa. Como resulta obvio, estas medidas habitualmente utilizan “categorías sospechosas” como criterios de distinción, por lo que quedan sometidas al *test* de escrutinio estricto y, por tanto, a un umbral estrecho de legitimidad, según el cual sólo podrán considerarse válidas aquellas medidas que no otorguen una preferencia automática en razón de la pertenencia a un grupo. Es decir, aquellas acciones que antepongan ese tipo de criterios por sobre el mérito individual, podrán calificarse de discriminatorias. Para arribar a esta conclusión, quienes sostienen esta tesis postulan un examen de razonabilidad de las distinciones basado en la pertinencia del criterio de diferenciación respecto de la actividad o ámbito hacia la cual se dirige. Si no existe tal relación de funcionalidad del motivo distintivo, la diferencia de trato no podrá justificarse.

Esta argumentación es la que permite aseverar que acciones afirmativas como el sistema de cuotas o cupos, al racionar los bienes sociales y distribuirlos con prescindencia de los estándares relevantes para el desempeño personal en un área determinada, son inadmisibles. La utilización de criterios considerados prohibidos o “sospechosos” de discriminación, requieren ser sometidos a un escrutinio estricto de razonabilidad por parte del aplicador del derecho; el cual, por las consideraciones expuestas, no sobrepasarían.

ii) La concepción estructuralista

Si bien la expresión “igualdad estructural” ha sido acuñada por un sector específico de la doctrina jurídica¹²⁴, nos serviremos de ella para analizar conjuntamente diversas variantes de una aproximación crítica a la noción tradicional-liberal de igualdad analizada precedentemente. Mientras

¹²³ Saba, *op. cit.*, en n. 33, p. 133.

¹²⁴ Ver Owen Fiss: “Grupos y la Cláusula de la igual protección” en R. Gargarella (comp.), *Derecho y Grupos Desaventajados*, Editorial Gedisa (2003) y Saba, *op. cit.*, n. 33.

algunos autores abogan por una reformulación radical de este principio, otros reinterpretan el de igualdad de oportunidades¹²⁵ para subsanar las deficiencias de una lectura formal e individualista del derecho a la igualdad.

a) Una concepción de igualdad contraria a la subordinación

Los planteamientos que proponen una mirada estructural del mentado principio comparten, por una parte, la consideración de que el objetivo primordial de la garantía de igualdad ante la ley es evitar la consolidación o perpetuación de castas o sectores sojuzgados. Y, de otra, confluyen en el llamado a atender la realidad de subordinación y de relaciones de poder existentes entre diversos grupos, que condicionan, en la práctica, el grado de satisfacción de sus derechos. En definitiva, bajo este prisma, converge un análisis de carácter sociológico que, a partir de la observación de la realidad, considera la discriminación como un fenómeno de menoscabo de derechos de carácter sistemático o estructural que padecen quienes forman parte de ciertos colectivos.

Cuando hablamos de discriminación en términos estructurales, nos referimos a la situación que aqueja a determinados sectores de la población que, por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad. A esta afirmación subyace la constatación de que ciertos grupos han sido históricamente marginados del acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de los asuntos públicos, entre otros, y que esta escalada de exclusiones no obedece -al menos actualmente- a una marginación de origen normativo. El derecho fundamental a la igualdad se ha mantenido incólume en las Constituciones y los tratados internacionales, y nadie cuestiona su vigencia para las personas que integran esos sectores marginados. Pero la sistemática subordinación de estos últimos, ha devenido en un complejo tejido social de prácticas, prejuicios y estereotipos que inhibe la eficacia de la igualdad de oportunidades, entendida como forma de asegurar los mismos “puntos de partida”.

Frente a este fenómeno, la concepción tradicional de igualdad se revela insuficiente. Su cariz individual pone el acento principalmente en diferencias de trato personales que resultan perfectamente identificables, pasando por alto, en cambio, la incidencia -más difusa- del estatus del grupo al cual pertenece la víctima de discriminación. Esta omisión ha sido severamente cuestionada por parte de la

¹²⁵ Bobbio, *op. cit.*, en n. 2, p. 78 y 79.

doctrina, que la ha explicado como una derivación del “falso universalismo” sobre el cual se habría erigido el principio de igualdad que inspiró el Estado Liberal de Derecho¹²⁶. Fue entonces “una igualdad entre individuos, varones, blancos y propietarios” la que impregnó el derecho y las estructuras sociales, políticas y económicas, pasando éstas a reproducir las mismas formas de dominación de quienes eran considerados “iguales”. Consecuentemente, esta noción de igualdad no puede dar cuenta de la condición subordinada de unos grupos respecto de otros y de los efectos que ello acarrea para los integrantes de cada uno. La posición notablemente desaventajada de ciertos colectivos queda desdibujada tras lo que aparece como el perjuicio de víctimas individuales y aisladas de discriminación¹²⁷.

Una visión estructural del problema, en cambio, propone reconocer las consecuencias prácticas de ser mujer, indígena o afroamericano. Quienes integran estos grupos habitualmente están al margen de los más diversos ámbitos, de lo público y lo privado, y suelen resentir el impacto de normas o prácticas genéricas y neutrales, que perpetúan su marginación, manteniéndolos anclados en la misma posición¹²⁸. La ausencia de estas personas en la esfera social, política, económica y cultural del Estado no es casual ni voluntaria, pues responde a patrones y conductas que se han reproducido incansablemente a lo largo del tiempo, que se encuentran profundamente arraigadas tanto en el diseño como en el ideario social y que, normalmente, resultan inimputables a conductas concretas e individualizables. Así, por ejemplo, “el género puede ser tratado como una construcción social que, adosada sobre el sexo, permite erigir un conjunto de distinciones [...] en las que se oculta un discurso que define para las mujeres un papel *subordinado* en la vida social. El problema del género no podría, entonces, ser definido como uno de simple discriminación [...] sino como uno de *dominación* (es decir, como uno de reparto de poder)”¹²⁹.

¹²⁶ Barrère, M: “Igualdad y ‘discriminación positiva’: Un esbozo de análisis teórico-conceptual” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 9 (2003), p. 7

¹²⁷ Una crítica aguda en este sentido, puede verse en Christie, N: *Los Límites del Dolor*, Fondo de Cultura Económica (1988), p. 80, quien señala respecto de la igualdad de oportunidades que ésta “es un arreglo perfectamente apropiado para transformar las desigualdades estructurales en experiencias de fracaso y culpabilidad individuales”.

¹²⁸ Esto se vincula con la denominada “Discriminación Indirecta”, definida en el apartado sobre precisiones terminológicas.

¹²⁹ Peña, C: “Democracia y Minorías” en Squella y Sunkel (Co): *Democratizar la Democracia*, LOM Ediciones, Chile (2000) p. 146.

Según este enfoque de corte sociológico, los grupos sociales que deben llamar nuestra atención no son aquellos conformados por una agrupación aleatoria de individuos, ni tampoco las aglomeraciones producto de cualquier clasificación estatal. Los grupos cuya posición social requiere ser nivelada son, según Owen Fiss¹³⁰, aquellos que comparten los siguientes rasgos: Primero, constituyen una entidad en sí mismos, es decir, tienen una existencia distinta a la de sus miembros. Segundo, en ellos se produce una interdependencia entre la situación del grupo y la de quienes lo integran, de tal manera que “la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo están interrelacionados”. Tercero, su acceso al poder político y económico se encuentra severamente disminuido. Y finalmente, tales grupos han ostentado ese mismo estatus desde hace mucho tiempo. Tales características dejan entrever que los grupos sociales susceptibles de ser destinatarios de acciones afirmativas podrán variar según el tiempo y el espacio, por lo que habrá que identificarlos en cada contexto histórico.

Parte importante de la discriminación que sufren determinados individuos en circunstancias particulares, encuentra un origen más o menos mediato en la subordinación sistemática que sufre el grupo al cual pertenecen. No obstante, la visión tradicional del principio de no discriminación se detiene, exclusivamente, en el primer problema, en aquel que resulta explicable en términos individuales y por el cual se procura descartar la arbitrariedad o capricho de una distinción entre dos o más personas. De este modo, el segundo fenómeno (normalmente, fuente de la discriminación particularizada de uno o más individuos) que se presenta con caracteres de mayor complejidad¹³¹, resulta imperceptible para la concepción tradicional de igualdad. Su examen en términos de pura razonabilidad invisibiliza la injerencia de la condición o posición social desmedrada del grupo. El enfoque estructural de la igualdad propone, en cambio, sacar a la luz aquella dimensión (social o intergrupal) de la discriminación, para contrarrestar sus causas y efectos.

Sin embargo, estas aseveraciones no deben entenderse encaminadas a subvalorar la individualidad ni a reducir su relevancia o a considerarla únicamente en función de intereses generales o “superiores”. Lo que pretende una concepción estructural de la discriminación es introducir elementos de la realidad social que permitan contextualizar la aplicación del principio de igualdad. “Esta visión no individualista de la igualdad continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos

¹³⁰ *Ibid.*, p. 140 y 144.

¹³¹ Barrère, *op. cit.*, en n. 67, p. 10.

en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no”¹³².

En este sentido, no asistiríamos a la confrontación de dos principios antagónicos, puesto que la noción estructural aquí descrita vendría a complementar la prohibición de discriminación en su acepción clásica. Podríamos distinguir tres supuestos para observar cómo opera esta interpretación: 1) casos en que hay un tratamiento excluyente en perjuicio de un miembro de un grupo sojuzgado; 2) casos en que se trata de manera idéntica a personas pertenecientes a grupos que se encuentran marginados y a quienes no forman parte de ellos; 3) casos en que se da preferencia a personas que forman parte de un grupo sistemáticamente discriminado. Las respuestas que ofrece uno y otro principio frente a casos sencillos de trato meramente excluyente en perjuicio de un miembro de un grupo marginado (hipótesis 1), probablemente no presenten mayores divergencias. En cambio, la resolución de los casos siguientes (hipótesis 2 y 3), presumiblemente, no correrá la misma suerte. En efecto, la reformulación del principio de igualdad, en los términos aquí expuestos, permitiría una resolución más consistente de aquellos casos (de mayor dificultad) en que se encuentra comprometida una identidad de trato para personas en situaciones disímiles (hipótesis 2) o una preferencia respecto de personas que, en los hechos, forman parte de un sector sistemáticamente excluido (hipótesis 3). En tales casos, el principio liberal de no discriminación ha tenido dificultades para detectar estas modalidades “no tradicionales” de vulneración del derecho a la igualdad -caracterizadas por la aplicación uniforme de normas y prácticas “neutrales”- o bien, ha resultado refractario a la protección contra la discriminación mediante acciones concretas de intervención estatal.

En palabras de Fiss, tratándose de situaciones de “primer orden” como sería aquella en la que el Estado excluye a los afroamericanos de las instituciones públicas (hipótesis 1) “probablemente el resultado al que se llegue sea el mismo, cualquiera sea el principio al que se apele. De todos modos, aún aquí seguiría prefiriendo la opción a favor del principio de apoyo a los grupos desaventajados, en razón de su franqueza”¹³³. Pero en casos de discriminación de “segundo orden”, como sería el que se debe al efecto que produce en la población afrodescendiente la aplicación homogénea de ciertas pruebas de admisión a trabajos o escuelas (hipótesis 2), “puede defenderse el principio de apoyo a los grupos

¹³² Saba, *op. cit.*, en n. 33, p. 138.

¹³³ Fiss, *op. cit.*, en n. 124, p. 159.

desaventajados por razones que van más allá de su franqueza. Este principio nos permite ver mejor cuáles son las cuestiones en juego, y así nos ayuda a alcanzar también la mejor solución frente a las prácticas estatales que agravan la posición subordinada de los grupos especialmente desaventajados”¹³⁴. Finalmente, existen también situaciones de “tercer orden”, como por ejemplo, las medidas estatales destinadas a dar tratamiento preferencial a los afroamericanos (hipótesis 3). “En este caso, la cuestión reside más en la elección de principios que en la franqueza [...] el principio antidiscriminatorio, con su carácter individualista, su preocupación por los medios que se escogen y las simetrías que propone, tiende a sugerir la prohibición de medidas tales como el tratamiento preferencial; el principio de apoyo a grupos desaventajados, en cambio, tiende a considerar las medidas de ese tipo como permisibles”¹³⁵ e incluso exigibles.

Desde esta perspectiva, no resulta tolerable acogerse a la ignorancia o ceguera con que tradicionalmente se ha identificado la idea de igualdad. Sostener la indiferencia o irrelevancia de ser mujer, indígena o afrodescendiente no es signo de ecuanimidad, sino que, por el contrario, supone adscribir a la mantención del *status quo* de estas personas. Para asegurar a éstas su inclusión y el goce efectivo de sus derechos es preciso valerse de los mismos rasgos que identifican su pertenencia al grupo, para distinguir a su respecto y brindarles un trato que permita acortar la brecha que los separa del resto. Ese trato diferenciado se traduce, normalmente, en la implementación de medidas que suelen catalogarse de preferencias o ventajas, destinadas a compensar o equiparar su desigual condición. A esta idea responden las denominadas acciones afirmativas.

Desde un punto de vista estructural, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación proscriben la consolidación de castas o sectores marginados, por lo que las medidas que proporcionen un trato diferenciado o prerrogativas a favor de los miembros de un grupo desaventajado y que no les son concedidas a integrantes de otros grupos, se encuentran plenamente legitimadas¹³⁶. De lo contrario, la ausencia de tales medidas conduciría a la perpetuación de una dinámica de exclusión de ciertos colectivos, quienes continuarían como titulares de “derechos de papel”.

¹³⁴ *Ibidem*, p.160.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ Saba, *op. cit.*, en n. 33, p. 134.

No obstante, la admisibilidad de las acciones afirmativas también ha sido defendida a partir de una acepción sustantiva del principio de igualdad de oportunidades y del carácter material de la prohibición de discriminación. Para ello, algunos han desprendido de la igualdad de oportunidades no la exigencia de ostentar formalmente las mismas posiciones de partida sino, como fue explicado anteriormente, de que se tengan equitativamente las mismas oportunidades, en la práctica, para alcanzar un objetivo¹³⁷. Luego, aquellas medidas preferenciales consistirían en correcciones que el citado principio hace posible. Otros, por su parte, dotan de contenido material al principio tradicional (formal) de igualdad, acercándose a una visión estructuralista de la discriminación, para argumentar, sobre esa base, la necesidad de introducir tratos desiguales. Éstos habrán de tener por finalidad “elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real”¹³⁸. De este modo, la igualdad material “teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos”¹³⁹.

Pero más allá de las coincidencias que puede haber en torno a la necesidad de introducir acciones afirmativas y al aprecio de su eficacia para equiparar la posición de grupos sojuzgados, cabe advertir que el consenso parece volverse más difuso al momento de justificar coherentemente su legitimidad. No ha sido tarea sencilla explicar por qué las acciones afirmativas pueden emplear criterios de dudosa legitimidad para distinguir entre las personas, sin ser discriminatorias. A raíz de esta dificultad y de las encontradas opiniones al respecto, también existen disensos en cuanto a los costos que estamos dispuestos a tolerar en nombre de la realización de la igualdad, por medio de acciones afirmativas. En ambos sentidos, quienes abrazan derechamente una visión estructural, se sitúan, nuevamente, un paso adelante.

Si por ejemplo, en vista que las mujeres -de hecho- no acceden a la educación superior, se les otorga prioridad a su ingreso a través de la reserva de un cupo mínimo de 30% de las vacantes, habremos de asumir que, como consecuencia de ello, algunos hombres, -incluso mejor calificados que las mujeres admitidas- no podrán ingresar a la Universidad. Esto importa que estaremos utilizando el factor sexo para determinar que algunos estudiantes con excelencia académica no serán seleccionados.

¹³⁷ Bobbio, *op. cit.*, en n. 2, p. 79.

¹³⁸ Carmona, *op. cit.*, en n. 18, p. 1

¹³⁹ *Idem*

Amparar este tipo de consecuencias desde el punto de vista del derecho a la igualdad, resulta altamente problemático desde una perspectiva no estructural del problema.

b) El test de razonabilidad bajo un enfoque estructural

Gran parte del derecho internacional y constitucional, está actualmente conteste en la procedencia de un análisis de razonabilidad respecto de cualquier medida que, *prima facie*, podamos estimar discriminatoria. Tal revisión consiste en dilucidar si la distinción impugnada cuenta o no con una justificación objetiva y razonable¹⁴⁰. Como fue previamente analizado, el requerimiento de objetividad se ha entendido referido a la ausencia de elementos sujetos a valoraciones o inclinaciones personales, en tanto, el imperativo de razonabilidad se ha construido fundamentalmente en torno a la exigencia de proporcionalidad entre la medida de distinción y el fin al cual se destina. Esto supone, por una parte que la diferenciación en cuestión debe orientarse a la consecución de un fin legítimo con arreglo a las convenciones de derechos humanos y, de otra, que el medio empleado para ello debe ser necesario y conducente para alcanzarlo. Tales características importan que la medida que introduce la distinción debe ser idónea, la única alternativa posible y la menos lesiva para obtener el objetivo perseguido que, además, en caso de estar involucrada una categoría “sospechosa”, deberá ser particularmente apremiante.

Dicho esquema de análisis se corresponde con una concepción liberal tradicional de la igualdad. Según los baremos elaborados en su seno, debemos revisar si el medio de diferenciación guarda una relación de adecuación y funcionalidad con respecto al fin para el cual ha sido previsto. O, en otras palabras, corresponde determinar si la distinción en cuestión está fundada en un motivo “relevante” para el ámbito al cual se destina¹⁴¹. Así, en nuestro ejemplo, dado que el sexo de las personas no guarda ninguna relación con su desempeño profesional o con la formación que propicia la educación superior, la aplicación de la medida vulneraría el derecho a la igualdad de los hombres no admitidos e incluso, dirán algunos, atentaría contra la dignidad e igual consideración de las mujeres “beneficiadas”. Siendo lo importante la relación de instrumentalidad entre el criterio de clasificación y el fin perseguido por la regulación que lo introduce, no resultan tolerables las restricciones, exclusiones o privilegios fundados en un criterio como el de nuestro ejemplo. Esto es particularmente aplicable a la

¹⁴⁰ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20. Ver también Corte EDH, *op. cit.*, en n. 4.

¹⁴¹ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20, p. 31

hipótesis propuesta pues, como explicaremos a continuación, existen ciertas categorías que prácticamente nunca logran expresar una relación de razonabilidad con ningún ámbito de actividades.

Según una concepción de la igualdad orientada a la protección de colectivos subordinados, la lógica de la funcionalidad entre la medida diferenciadora y el objetivo de la norma no es en sí misma un equívoco, pero, como se anunció, sí es insuficiente para garantizar la igualdad. Su problema es que para conducir a una auténtica realización del derecho a la igualdad de todas las personas, requiere de ciertos presupuestos que, normalmente, escasean en nuestras sociedades. La aspiración de entregar todo a las capacidades individuales y a los frutos de una competencia, sólo tiene sentido en un contexto de igualdad de oportunidades (entendida como igualdad en los puntos de partida) y de ausencia de grupos sometidos sistemáticamente. Si tales condiciones no se verifican, el principio liberal de igualdad “llega tarde y puede ser un excelente instrumento [...] perpetuador y reforzador de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural”¹⁴².

En vista de ello, los adherentes a una noción sociológica de la igualdad nos sugieren evitar cualquier *test* o examen *in abstracto*. Ante una situación que se nos presenta *prima facie* discriminatoria, debemos observar quiénes se verían perjudicados por el trato diferenciado, pues cuando se encuentran involucradas personas pertenecientes a un grupo sistemáticamente postergado y la diferencia de trato profundiza o socava aún más su posición marginada, tendremos que abandonar el mero análisis de racionalidad medio-fin. Entonces cobrará mayor peso específico el imperativo moral y jurídico de terminar con su condición de subordinación. En tales circunstancias la realización de la igualdad nos propone abandonar la “ceguera” que ofrece el esquema liberal tradicional.

Es por esto que, en nuestro ejemplo, una perspectiva estructural de la discriminación admite sin problemas una consecuencia no exenta de polémica: el desplazamiento eventual del mérito personal. Así, sería legítima la aplicación de medidas afirmativas del tipo recién propuesto, es decir, para una concepción estructural, la admisión de mujeres de menor excelencia académica o “peor calificadas” que los hombres no aceptados, no sería una medida discriminatoria. Esta posición se enfrenta a lo sostenido por parte importante de la doctrina, quienes aun cuando convienen en la permisibilidad de las medidas

¹⁴² Saba, R: “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, R: *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Editorial Rústica, Argentina (2008), Tomo II.

de acción afirmativa, rechazan la operatividad de preferencias que sobrepongan el sexo o la raza a la idoneidad personal¹⁴³.

Los detractores de la postergación de las aptitudes individuales, en pos de la inclusión de los sistemáticamente excluidos, fundan su apreciación no sólo en el valor de la meritocracia y en la forma en que ella se conjuga con el principio de igualdad de oportunidades; sino que también apelan al examen de razonabilidad que exige la salvaguarda del derecho a la igualdad, desde una lectura tradicional de la misma.

Por su parte, una aproximación estructural al fenómeno de la discriminación estimará que si la medida de distinción o preferencia- como la enunciada en nuestro ejemplo- es la vía adecuada para obtener una auténtica igualdad de derechos de las personas que integran un grupo constantemente afecto a un contexto de exclusión, la medida no será discriminatoria, aún cuando importe hacer a un lado el mérito personal. Y ello, además, por una razón lógica: No es plausible pretender de las acciones afirmativas una relación de instrumentalidad entre el motivo en que se fundan y la actividad para la que se contemplan, dado que ellas responden, precisamente, a la constatación de que los miembros de ciertos grupos afrontan la imposibilidad de satisfacer los estándares generales de pertinencia o relevancia establecidos para un ámbito en particular. En otras palabras, es justamente *porque* las mujeres, los indígenas o los afrodescendientes no superan los exámenes de ingreso a la universidad o a los altos cargos profesionales, ni resultan electos en los procesos de votación popular ni acceden, en general, a posiciones de poder político o económico, que resulta necesario brindarles prerrogativas o preferencias que permita insertarlos en dichas esferas de la vida en comunidad.

c) El problema de las categorías sospechosas

Si bien en casos como el de nuestro ejemplo parecen existir argumentos atendibles para morigerar el reinado de la cualificación individual como parámetro de asignación o distribución, más ardua es la tarea de justificar que el mismo criterio cuyo uso es impresentable para excluir a las mujeres de la educación superior, resulte sin embargo admisible jurídicamente para concederles una preferencia o trato “privilegiado” para incorporarlas en dicha esfera. En efecto, una medida del tipo propuesto estaría asentada sobre una diferencia de tratamiento en base a una categoría “sospechosa” o “prohibida”

¹⁴³ Bossuyt, *op. cit.*, en n. 22, p. 24-32

según el derecho internacional de derechos humanos, fundada en rasgos normalmente adscritos, no susceptibles de satisfacer relación de razonabilidad alguna y que, por lo mismo, suele manifestar el capricho o los prejuicios de quien distingue.

Actualmente resulta prácticamente indiscutido que las diferencias de trato sustentadas en el sexo, la raza o la religión de las personas son jurídicamente improcedentes, en vista del indicio de arbitrariedad que entraña el uso de esos criterios y del extendido repudio internacional en torno a ello¹⁴⁴. Estas categorías han sido consagradas en casi la totalidad de las disposiciones que proscriben la discriminación, tanto a nivel nacional como internacional, y su “sospecha” de ilegitimidad se traduce en la exigencia de una carga argumentativa mayor para efectos de admitir una diferencia en el ejercicio de un derecho, el acceso a un servicio o en la concesión de un beneficio. El intérprete habrá de someter la medida a un escrutinio especialmente riguroso, que reducirá ostensiblemente sus posibilidades de sobrepasar el examen de razonabilidad que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia suele aplicar para determinar si la distinción constituye o no discriminación.

Queda en evidencia el riesgo cierto que la medida de nuestro ejemplo, sea desechada en función del rigor con que será evaluada, desde la versión tradicional de la prohibición de discriminación. Las probabilidades de que el operador del derecho estime suficientemente imperativos o apremiantes los argumentos que se ofrezcan para justificar la medida, si no son escasas, al menos sí son dudosas y así lo demuestran innumerables decisiones de tribunales nacionales e internacionales¹⁴⁵.

La conceptualización de las categorías sospechosas en los términos recién enunciados, responde al esquema de análisis liberal tradicional de la discriminación. Desde este prisma, se ha pretendido identificar *ex ante* un catálogo de motivos prohibidos de distinción entre las personas, por su dificultad casi insuperable de dar lugar a clasificaciones razonables de los individuos. Las categorías

¹⁴⁴ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20, pp. 18-19.

¹⁴⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, *Jennifer Gratz and Patrick Hamacher v. Lee Bollinger et al.*, sentencia del 23 de junio de 2003. En este caso dos postulantes blancos vieron impedido su ingreso a la Universidad de Michigan pese a haber obtenido mejores calificadores que sus competidores afroamericanos que sí ingresaron a la Universidad gracias a la existencia de un programa de acción afirmativa. Exigieron la declaración de inconstitucionalidad de estas políticas por violar el derecho a ser tratados igual ante la ley -entendiendo este derecho bajo un enfoque tradicional- y la Corte Suprema falló en su favor; ver también Corte Suprema Norteamericana, *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 299 (1995); asimismo, ver Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt-Bremen*, Caso 450/93 (1995).

sospechosas, así entendidas, no reconocen la existencia de ciertos grupos sociales merecedores de protección adicional, por su posición históricamente menoscabada. Aquellas sólo dan cuenta de que es igualmente irrazonable distinguir entre las personas porque son hombres o mujeres, blancos o afroamericanos y por ello se descarta, en principio, la legitimidad de cualquier diferenciación fundada en semejante condición. Si se persigue amparar a todas las personas en la misma medida – homogéneamente- del trato arbitrario, con total desconocimiento de la situación de hecho de uno o más grupos sociales, parece sensato concebir las categorías sospechosas con perfecta simetría. Éstas se extienden a todos los sexos, a todas las razas, a todas las nacionalidades y a todas las religiones.

Pero desde una igualdad dirigida al reconocimiento y protección de ciertos colectivos sistemáticamente marginados, no es plausible aceptar la aplicación simétrica de las categorías sospechosas, so pena de tolerar la perpetuación de castas subordinadas. Lo sospechoso de ilegitimidad no radicaría en la falta de funcionalidad adjudicada a una serie de categorías preconcebidas, sino que en el hecho de que por medio de su utilización se consolidará o agudizará la exclusión de ciertos grupos persistentemente sometidos a una relación de subordinación. Tras identificar un grupo social afecto a esta situación, habrá que examinar el impacto que producirá sobre él la aplicación del criterio de distinción en cuestión. Si contribuye a mantener o a socavar aún más el detrimento en el goce de los derechos de sus miembros, se activará el escrutinio estricto y la distinción sólo será jurídicamente permitida si ofrece un imperativo estatal urgente. La mayoría de las veces en que se dispare esta carga más onerosa de argumentación para el Estado, la diferenciación se considerará ilegítima y la sospecha se convertirá en certeza.

Las verdaderas categorías “sospechosas” o “prohibidas” no serían, como lo ha afirmado hasta ahora abundante jurisprudencia y doctrina, el sexo, la raza o la religión. Los auténticos motivos que deben soportar una revisión más severa son aquellos que se configuren como un factor de continua exclusión de un grupo sistemáticamente sojuzgado, vale decir, aquellos que sirven para perpetuar la situación de inferioridad de una parte de la sociedad. Esto ocurre, normalmente, cuando se es mujer, indígena o afroamericano¹⁴⁶. Lo anterior implica que, por ejemplo, el ser “hombre” o “mujer” será o no categoría sospechosa, según si generan el efecto recién descrito sobre las mujeres, dado que ellas hasta hoy, constituyen un grupo merecedor de protección, a diferencia de los hombres. De manera análoga operaría el análisis de una distinción

¹⁴⁶ Saba, *op. cit.*, en n. 142.

según si se es “blanco” o “afroamericano”. Si por ejemplo se utiliza el criterio ser “blanco” como requisito de admisión en los cargos públicos, estaremos ante una categoría sospechosa, pues con ello se continúa relegando a los afrodescendientes de la escena pública. Pero será igualmente sospechoso emplear la categoría ser “afroamericano” para acceder a los puestos de mano de obra barata, pues con ello se reafirma la subvaloración de estas personas y los prejuicios en su contra, aportando así a su permanencia en un estatus de marginación económica, social y política.

d) La justificación de las acciones afirmativas

La anterior innovación no tiene una connotación meramente retórica ni funcional a un reconocimiento de identidad colectiva, sino que reviste una relevante consecuencia de carácter práctico. El corolario de dicha reflexión es que las acciones afirmativas que supongan introducir la consideración del sexo o la raza para efectos de morigerar la situación subordinada de mujeres, indígenas o afroamericanos, no habrán de someterse a ese examen más gravoso. Sólo si la medida impactara perjudicialmente en ellos, excluyéndolos, menoscabando el goce de sus derechos o favoreciendo la continuidad de su posición socavada, el Estado tendría una carga de la prueba agravada a su respecto. De este modo, en el ejemplo que sugerimos, el criterio ser “mujer” no sólo no será una categoría sospechosa, y por tanto, soslayará el más estricto de los controles, sino que además se configuraría como una medida requerida para dismantelar la desigualdad estructural que aqueja a quienes ostentan esa condición¹⁴⁷.

Sin perjuicio de ello, una vertiente de esta concepción de corte sociológico de la igualdad, entre la que podemos mencionar los comentarios de Dworkin a las más recientes sentencias de la Corte Suprema Norteamericana, ha postulado otra vía de justificación de las acciones afirmativas. Esta alternativa no supone distanciarse de la racionalidad instrumental con que ha sido concebida la prohibición de discriminación y las categorías sospechosas. Por el contrario, según aquella sería posible conciliar esta perspectiva con una amplia justificación de las acciones afirmativas. Básicamente, esta alternativa consiste en sostener que las acciones afirmativas que se sirven de categorías como el sexo o la raza, estarían revestidas de legitimidad por cuanto ellas logran sobrepasar el *test* de escrutinio estricto al que son sometidas. Para ello se esgrime que el fin estatal apremiante que las justifica es el

¹⁴⁷ *Idem.*

desmantelamiento de un cuadro de discriminación sistemática y la consecución de una efectiva igualdad de derechos de todas las personas.

De lo anterior es posible colegir una adhesión a la exigencia de que el medio y el fin de la regulación distintiva guarden cierta relación de funcionalidad o “conexión suficiente”. Sin embargo, conforme esta variante de la igualdad estructural, este nexo entre uno y otro se nos devela con un contenido diverso a aquel con que lo ha dotado la mayor parte de la doctrina que adscribe a una lectura liberal tradicional de la igualdad. Cuando el derecho internacional nos convoca a verificar la proporcionalidad entre la norma o práctica que instaure una distinción y la finalidad de aquella, no estaría apuntando al estudio de los objetivos propios del área con la cual se vincula la medida en cuestión. Esto es, no nos correspondería atender a la índole de las actividades que se desarrollan en el marco de la universidad o de un cargo profesional, para luego confrontarlos con los criterios utilizados para la selección de postulantes. Los propósitos que deberíamos observar son aquellos a los que se encamina la regulación, es decir, la norma o práctica cuestionada. Si esta última distingue entre las personas para efectos de propender al término de su marginación y asegurarles una igualdad efectiva en el disfrute de sus derechos, será con respecto a esta finalidad que habremos de sopesar el medio empleado. De modo que, conforme este planteamiento, el objetivo estatal invocado sería lo suficientemente imperativo como para aminorar los riesgos de que los planes de acciones afirmativas se vengán abajo ante la rigurosidad del examen practicado por el operador del derecho.

Otra variante de este enfoque, ha puesto de relieve en que, normalmente, ha sido el tipo de labores que se desempeña en los ámbitos a los que se destinan las acciones afirmativas lo que ha determinado los fines de los mismos; de modo que, el mérito y las aptitudes se han convertido en los mayores referentes de pertinencia y en los propósitos de los más diversos campos sociales, casi por antonomasia. En vista de eso, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia (particularmente a nivel de derecho interno) ha abogado por un vuelco en la definición de los fines de la educación superior o del posicionamiento en ciertos cargos, invocando otros objetivos admisibles –distintos de la excelencia académica o el mérito– tales como la diversidad cultural, el pluralismo, la representatividad, entre otros¹⁴⁸ para justificar las acciones afirmativas basadas en “categorías sospechosas” (en su acepción tradicional), por medio de la superación del *test* de escrutinio estricto al que deben ser sometidas.

¹⁴⁸ Dworkin, *op. cit.*, en n. 6.

Ya sea aceptando la incertidumbre que supone el dejar entregada la implementación de acciones afirmativas a la eventual superación del gravoso examen del aplicador del derecho, o bien descartándola por vía de eximir a tales medidas del mentado control (por no estar en juego una categoría sospechosa) lo que se pretende con un principio de igualdad abocado al reconocimiento de grupo sociales merecedores de protección es asentar jurídicamente la aplicación de las acciones afirmativas. Dado que la concepción liberal tradicional de la prohibición de discriminación tiende a considerarlas jurídicamente inadmisibles, esta concepción de igualdad, en sus diversas variantes, aspira a consolidar la vigencia y efectividad de dichas medidas.

La implementación de acciones afirmativas, lejos de mermar la dignidad e igual consideración y respeto de quienes resultan “favorecidos” o de inscribirse en una comprensión paternalista del Estado, recompone la igualdad previa y persistentemente quebrantada. El Estado tiene el deber de garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el goce igualitario de los derechos humanos y ello importa poner en marcha planes y acciones concretas. La objeción de que por esta vía se subvaloran las propias aptitudes de quienes forman parte de un grupo desaventajado, tiene el problema de que “no comienza desde el principio. Asume el hecho del desfavorecimiento y mira sólo hacia adelante. La postura realmente igualitaria comienza desde antes [...]. La postura conservadora será una *falsa postura igualitaria*, que no cree que la discriminación se debe a injusticias sociales, sino a incapacidades personales”¹⁴⁹ [...]. En cambio, “Si dejando a un lado los prejuicios conservadores, se reconoce que la situación actual es resultado de desigualdades estructurales [...] no hay nada de arbitrario o injusto a su vez en corregirlas mejorando la situación de los más desfavorecidos”¹⁵⁰.

A este respecto, se ha sostenido que, si en la sociedad tienen lugar vínculos de subordinación entre distintos grupos de personas, se justifica brindar ciertas “preferencias” a quienes padecen los efectos de dicha relación. No obstante, algunos han advertido que normalmente estas medidas sólo se presentan como un otorgamiento de “ventajas” en razón de la pertenencia a un grupo y cuya aplicación supone sacrificar a otros. En estos casos, tanto el criterio en juego como la “ventaja” proporcionada resulta fácil de detectar y evaluar en términos individuales, develándonos con un sesgo de dudosa excepcionalidad. Sin embargo, aquello que bien podría apreciarse como la “ventaja *a priori*” de que

¹⁴⁹ Atria F: “Dworkin, la Libertad y la Igualdad: Algunas Consideraciones” en 38 *Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso* (1993), p. 453.

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 454.

goza quien es parte de un grupo dominante, sólo puede relatarse en términos estructurales¹⁵¹ y, por tanto, suele pasar desapercibida ante nuestros ojos. Tal vez incluso podría presentarse como una competencia entre grupos lo que hasta ahora se ha enseñado como una competencia entre individuos. El óbice frente a este innovador esquema es que carece de recepción en el modelo jurídico actual.

Para ilustrar el sentido de las ideas recién expuestas y orientar al lector en el curso de las siguientes líneas, resulta tan útil como atingente, recordar un antiguo ejemplo propuesto por un economista: “Imaginemos una carrera en la que a algunos corredores se les ha asignado una pesada carga porque pertenecen a un determinado grupo. A causa de esta desventaja el corredor medio con carga quedará rezagado del corredor medio sin carga, aunque algunos corredores con carga adelantarán a algunos corredores sin carga. Ahora supongamos que alguien agita una varita mágica y que las cargas desaparecen de las espaldas de todos los corredores. Si los dos grupos de los corredores son iguales en capacidad, la principal diferencia entre los grupos con carga y sin carga dejará de aumentar, pero aquellos que sufrían por la discriminación previa nunca se equiparán. Más aún, si se tratara de una carrera donde los padres que van primero pudieran pasar el relevo a sus hijos, no habría igualación de la carrera ni siquiera a través de generaciones. La carrera sólo podría volverse limpia si cada uno es obligado a parar y comenzar de nuevo en la misma línea de salida, y si todos los que no llevaban carga fueran obligados a cargar peso hasta que las diferencias en el promedio de ejecución de grupos desaparecieran o si quienes han sufrido desventajas en el pasado, recibieran privilegios especiales hasta que se equiparasen”¹⁵².

Posiblemente podrá advertirse ya que el presente trabajo se articula desde un enfoque bastante afín a una concepción estructural de la igualdad. Sin embargo, tal proximidad no nos compromete necesariamente con una reformulación terminológica del principio de igualdad y no discriminación, dadas las posibilidades que ofrece el diseño jurídico-institucional vigente, tanto a nivel nacional como internacional. En efecto, no exaltaremos un principio de “no sometimiento” por sobre el de no discriminación, ni nos ocuparemos de afianzar la igualdad “de estatus” en lugar de la igualdad de todas las personas. Tampoco descartaremos toda utilización de una concepción liberal tradicional de la prohibición de discriminación, aunque sí definiremos y acotaremos el alcance de su aplicabilidad.

¹⁵¹ Barrère, *op. cit.*, en n. 67, pp.20-21.

¹⁵² Thurow, L: “A theory of groups and economics redistribution” en *Philosophy and Public Affaire*, Vol 9, N° 1 (1979), p. 35; citado en Zúñiga, Aguilera y Vásquez: «Lejos del Poder. Hacia la implementación de una Ley de cuotas en Chile » en *Revista de Derecho*, Vol XX, N° 2 (2007).

Intentaremos construir la presente investigación sirviéndonos del marco teórico-conceptual ya desarrollado por gran parte de la doctrina y jurisprudencia tanto internacional como constitucional, pero dotándolo de un contenido empapado de la perspectiva estructuralista del derecho a la igualdad. Esto nos conducirá a aseverar que una correcta operatividad del sistema de protección de los derechos humanos impone legitimar las acciones afirmativas -aún en su manifestación más polémica- cuando de por medio se encuentre la perpetuación de la condición menoscabada de un segmento de la humanidad. Adheriremos a la existencia de ciertos grupos sociales en desiguales condiciones de poder, cuyo reconocimiento compromete la intervención estatal por vía de medidas de acción afirmativa. Pero por sobretodo, procuraremos dar a éstas una justificación coherente, conforme a una interpretación y aplicación consistente de las concepciones de igualdad precedentemente analizadas.

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.

En este acápite nos referiremos a la normativa regional que posibilita plantear la correlación entre el principio de igualdad y la adopción de medidas de acción afirmativa. Se analizará desde cada uno de esos textos autoritativos, la plausibilidad de admitir o eventualmente, requerir tales medidas. Posteriormente, en el siguiente apartado, examinaremos las distintas resoluciones, informes y jurisprudencia que procuran formular una determinada orientación práctica de dichas prescripciones, e intentaremos desprender algunos estándares comunes.

II.1. Análisis Normativo

i) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el principal tratado de derechos humanos del continente. Se adoptó en 1969 durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos realizada en Costa Rica y entró en vigencia casi 10 años después, en 1978, cuando se depositó la undécima ratificación. Esta Convención se estructura en una parte sustantiva y una orgánica. La primera fija un catálogo de derechos, normas relativas a las obligaciones de los Estados, la interpretación, restricciones permitidas, suspensión de derechos, cláusula sobre los Estados Federales y deberes de los titulares de derechos. La segunda parte establece los órganos encargados de la protección y promoción de los derechos y mecanismos de control¹⁵³.

Muchas de las disposiciones de la Convención Americana tienen una redacción casi idéntica al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que ha provocado que los órganos de supervisión regionales adopten, muchas veces, observaciones generales y dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para aclarar el sentido y alcance de alguna disposición regional. Esto ha ocurrido en relación a las disposiciones sobre igualdad contenidas en la Convención, aunque el artículo 26 del Pacto Internacional no sea idéntico a su equivalente de la Convención Americana.

¹⁵³ Medina y Nash, *op. cit.*, en n. 46, p. 17.

La parte sustantiva de la Convención contiene dos disposiciones expresamente referidas al principio de igualdad y numerosos artículos que hacen alguna referencia a la igualdad o no discriminación como parte de otra garantía.

Los artículos clave de la Convención son el 1.1. y el artículo 24.

Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos.*

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. *Igualdad ante la Ley.*

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

Siguiendo las categorías elaboradas por Bayefsky¹⁵⁴, si analizamos estas disposiciones desde un punto de vista estructural, concluiremos que el artículo 24 es una *cláusula autónoma* de igualdad mientras que el artículo 1.1 es una *cláusula subordinada*. En efecto, en el artículo 24, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y “no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo”. Esto significa que en cualquier esfera sujeta a la normativa y protección de las autoridades públicas, se deberá respetar la igualdad, aun cuando se trate de un derecho no contemplado en la Convención¹⁵⁵. Un caso en que se aplicó correctamente una cláusula autónoma de igualdad fue *Broeks v. Los Países Bajos* que, aunque se refería al artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, grafica perfectamente un correcto uso de esta cláusula. En dicho caso, el Comité constató una violación al artículo 26 porque a las mujeres se les negaban ciertos beneficios de

¹⁵⁴ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20, p. 3.

¹⁵⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *op. cit.*, en n. 14..

seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres, a pesar de que el Pacto no exige a ningún Estado promulgar legislación para ofrecer seguridad social¹⁵⁶.

Por su parte, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece una *cláusula subordinada* de igualdad, esto es, prohíbe la discriminación respecto de los derechos y libertades contemplados en otros artículos de la Convención. Dicho en otras palabras, cada uno de los derechos garantizados por la Convención debe ser leído como si contuviera una garantía de igualdad y prohibición de discriminación. Por ejemplo, el derecho a las garantías judiciales, particularmente a ser asistido gratuitamente por un traductor, debe ser garantizado sin discriminación. Esto supone hacer una lectura conjunta del artículo 1.1 con cada una de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, es posible analizar el artículo 1.1 según si es una cláusula *abierta* o *restringida*. Esta clasificación se refiere a los criterios de diferenciación contemplados en la disposición, es decir, si la enumeración es taxativa o, por el contrario, es meramente ejemplificadora y se abre a nuevos criterios que puedan surgir con el tiempo. Bajo esta clasificación, la disposición del artículo 1.1 se enmarca dentro de las cláusulas abiertas, ya que cierra su enunciación con la frase “cualquier otra condición social”, abriendo la puerta a la introducción de otras categorías prohibidas que podrían significar discriminación.

Analizadas las dos disposiciones centrales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativas al principio de igualdad, es preciso destacar que la igualdad se encuentra mencionada en otras disposiciones del tratado:

- El artículo 8, relativo a las garantías judiciales, establece en su inciso segundo que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, *en plena igualdad*, a las siguientes garantías mínimas”.

¹⁵⁶ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Caso Broeks v. Países Bajos*, Comunicación N° 172/1984. A42/40 (1987).

- El artículo 17, relativo a la protección de la familia, establece en su inciso segundo “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten el *principio de no discriminación* establecido en esta Convención” y luego agrega “Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la *igualdad de derechos* y la adecuada *equivalencia de responsabilidades* de los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo” y finalmente estipula que “La ley debe reconocer *iguales derechos* tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

- El artículo 22, relativo al derecho de circulación y residencia, señala “Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”, en una disposición que si bien no menciona la igualdad o la no discriminación, está obviamente orientada a impedir la discriminación en razón de nacionalidad.

- El artículo 23, relativo a los derechos políticos, establece el derecho “de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e *igual* y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”, agregando el derecho “de tener acceso, *en condiciones de igualdad*, a las funciones públicas de su país”.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Capítulo IV, sobre la Suspensión de Garantías, Interpretación y Aplicación, señala en su artículo 27:

- “En caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y *no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social*”.

Si bien esta disposición condiciona la legitimidad de la suspensión de garantías al respeto por el principio de no discriminación, adolece de dos errores: i) Restringe el número de

categorías de distinción prohibidas si éstas son comparadas con las señaladas en el artículo 1.1 y; ii) No contempla el derecho a la igualdad ante la ley como uno de los derechos que no autorizan suspensión contemplados en el artículo 27.2, hecho que no resulta explicable en tanto primero condiciona su legitimidad al respeto de la garantía, pero luego permite su suspensión.

Analizadas las principales disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativas al principio de igualdad y no discriminación, es preciso preguntarnos ¿Existe alguna referencia a las medidas de acción afirmativa en este tratado internacional? La respuesta es negativa. La Convención Americana al igual que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pero a diferencia de otros cuerpos normativos de naturaleza más específica, no contempla disposición alguna sobre “medidas especiales” (como son denominadas en otros tratados) ni sobre acciones afirmativas. Esto puede obedecer, fundamentalmente, al hecho que se trata de una convención general, que no regula temas específicos relativos a la discriminación.

No obstante, ello no significa que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no dé pie a la adopción de acciones afirmativas, sino por el contrario. El artículo 24 establece el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, prohibiendo así toda discriminación, cualquiera sea el motivo en que se funde. A su vez, el artículo 1.1 comprende la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella, sin discriminación. Ambas disposiciones sirven de respaldo normativo a la implementación de acciones afirmativas por parte de los Estados.

La efectiva salvaguarda del derecho a la igualdad requiere de la adopción de medidas que permitan la supresión de la discriminación que, en los hechos, merma los derechos de un sector de la población que es sistemáticamente discriminado o se encuentra en una posición de desigualdad estructural. Así, aun cuando ninguno de los preceptos citados haga expresa alusión a medidas de acción afirmativa, es plausible sostener que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación conjuntamente con la obligación de garantizar, posibilitan que en circunstancias como las descritas, tales medidas sean implementadas. Debemos recordar que las medidas de acción afirmativa, tal como se señaló anteriormente, son un tipo de medida positiva, una forma de concreción de la obligación de garantía. El nexo de aquellas con esta última permite concluir la legitimidad y permisibilidad de las acciones afirmativas en contextos de desigualdad sistemática o estructural.

**ii) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la
Violencia contra la Mujer. “Convención Belém do Pará”**

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en adelante, “Convención Belém do Pará”, fue adoptada el año 1994 por la Asamblea General de la OEA. Se trata de un tratado regional que regula, específicamente, las obligaciones del Estado para eliminar la violencia contra la mujer y los derechos de éstas últimas en caso de violencia, fenómeno particularmente preocupante en la región.

Desde luego, al igual como ocurre con la CEDAW, se trata de una convención que se elaboró tomando en consideración la situación de discriminación sistemática sufrida por las mujeres, por lo que subyace a todo el tratado el principio de igualdad y numerosas de sus disposiciones hacen referencia a la no discriminación. No obstante, a diferencia de la CEDAW, no hay una expresa referencia a las medidas de acción afirmativa. Recordemos que la CEDAW establece en su artículo 4:

Artículo 4: La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

A pesar de esta omisión de la Convención Belém do Pará, explicable por el énfasis otorgado a la violencia contra la mujer en lugar de al fenómeno de la discriminación en general, numerosas de sus disposiciones son susceptibles de ser interpretadas como mandatos de acción hacia los Estados para adoptar medidas positivas para eliminar la discriminación, lo que, desde luego, puede incluir la adopción de programas de acción afirmativa.

La Convención Belém do Pará tiene una estrecha relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tanto si se analizan los derechos consagrados en los tratados como si se observan las obligaciones impuestas al Estado. De hecho, es posible afirmar que la Convención Belém do Pará no es más que una especificación de derechos y obligaciones que ya estaban contenidos en la Convención Americana, pero que no eran interpretados de esta forma por la invisibilización que habitualmente afecta a los derechos de las mujeres en el derecho internacional. Esto hizo necesario crear una convención que explicitara que también las mujeres tienen derechos fundamentales y que los Estados tienen obligaciones especiales respecto de ellas.

El derecho de las mujeres a no ser objeto de violencia puede observarse tanto en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en todo el cuerpo jurídico de Belém do Pará. Se trata de un derecho de suma importancia para la igualdad, que impone al Estado, al igual que todo derecho humano, deberes de respeto y garantía. Así, el Estado, para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, debe cumplir con su obligación de respetar y garantizar no sólo la integridad física de las mujeres, sino cada uno de los derechos humanos de las mujeres. De allí que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, comprenda el derecho a no ser sometida a forma alguna de discriminación, cuestión que refleja la vinculación entre las garantías establecidas en la Convención Belém do Pará y los derechos reconocidos en la CADH¹⁵⁷.

De hecho, una de las novedades importantes de Belém do Pará, es su reconocimiento del derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, derecho que vincula directamente con el estar libre de toda discriminación. El artículo 6 señala:

Artículo 6: El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a *ser libre de toda forma de discriminación*; y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada *libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*.

¹⁵⁷ Sobre esta relación véase, CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos de la mujer en ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación* (2003), párr. 103 y 120.

De este modo, la Convención Belém do Pará reconoce la discriminación como una forma de violencia contra la mujer, es decir, una realidad que importa un detrimento de tal magnitud en la dignidad de la mujer que lo hace equivalente al padecimiento de la violencia. Por tanto, una forma de prevenir y poner fin a la violencia contra la mujer, es combatir las circunstancias que posibilitan su ejercicio, como es el caso de la discriminación¹⁵⁸. Adicionalmente, la discriminación, en tanto forma de violencia, merma las posibilidades de que las mujeres gocen y ejerzan plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales¹⁵⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado, respecto de este artículo que “El Estado tome medidas adicionales encaminadas a modificar los modelos de conducta social y cultural de hombres y mujeres”¹⁶⁰, agregando que “valora las iniciativas positivas del Estado [...] que tienden a eliminar los estereotipos acerca de los papeles sociales asociados al hombre y la mujer, y continuará observando con interés el desarrollo de políticas y programas que atiendan los desafíos que restan en cuanto al pleno acceso a la educación de las mujeres”¹⁶¹.

Si bien la CIDH no hace referencia expresa a planes o programas de acción afirmativa, resulta evidente que valora aquellas políticas dirigidas a combatir la discriminación, entre las cuales se encuentran, desde luego, las de acción afirmativa.

El artículo 7.e de la Convención profundiza en la necesidad de adoptar medidas concretas, señalando:

Artículo 7: Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra las

¹⁵⁸ *Ibid*, párr. 103 y 120.

¹⁵⁹ *Non-discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*, INTERIGHTS, editado por Kevin Kitching (2005) pág. 252.

¹⁶⁰ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (1997), OEA/ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1, p. 135.

¹⁶¹ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, pp. 324-325.

mujeres y conviene en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

Este artículo, al comprometer a los Estados a tomar todas las medidas apropiadas para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer, puede llevar a la necesidad de adoptar medidas de acción afirmativa dictadas con el fin de poner fin a la discriminación estructural que sufren las mujeres en la región.

Adicionalmente, el artículo 9 prescribe:

Artículo 9: Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras cosas, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación económica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

Esta obligación de “tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón de su raza, condición étnica, calidad de migrante, refugiada o desplazada, discapacitada, situación socioeconómica desaventajada” es un llamado explícito a que los Estados atiendan en forma urgente los patrones que tradicionalmente han sido terreno fértil para la exclusión o sometimiento de ciertos grupos.

De ahí que, si bien la convención no hace mención explícita de las acciones afirmativas, ellas podrían justificarse también en estas disposiciones.

La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), establecida en 1928, es un organismo especializado de la OEA cuyo propósito es generar políticas hemisféricas para la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género. Esta Comisión se ha referido a las medidas de acción afirmativa al analizar el tema de la participación política de la mujer y ha vinculado estas medidas a la Convención Belém do Pará.

Ha señalado:

“Las organizaciones de mujeres, especialmente de mujeres políticas en alianzas interpartidarias, exigen la implementación de mecanismos de afirmación positiva para contrarrestar los obstáculos formales o informales que dificultan su nominación en las listas electorales o en los cargos designados. Los avances en la participación y toma de decisiones de las mujeres en los distintos ámbitos como el político, económico y social, fueron en gran medida resultados de luchas y demandas específicas de aquellas, vinculadas a la adopción de medidas de acción positiva a través de sistemas electorales proporcionales y acciones afirmativas”

“Las Acciones afirmativas, pueden entenderse como aquellas medidas correctivas tendientes a aumentar la participación de las mujeres en la actividad electoral –es decir, para eliminar la discriminación existente, remediar la pasada y prevenir la futura– cuyo propósito es asegurar que tanto las mujeres como los hombres tengan igualdad de oportunidades para competir por cualquier puesto de toma de decisiones o de ejercicio del poder”

De este modo, la CIM hace un llamado expreso a adoptar medidas de acción afirmativa para fomentar la participación política de las mujeres, como una forma de concretar el mandato de igualdad contenido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Belém do Pará.

Asimismo, en su Plan Estratégico de Acción presentado en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, China, 1995), hace un balance de la participación de la mujer en las estructuras de poder y de toma de decisiones, señalando que:

“La CIM debe estimular activamente la creación de mecanismos que permitan a las mujeres desempeñar un papel más activo en el liderazgo de los partidos políticos y las organizaciones sociales, tales como [...] la reglamentación de leyes [...] a fin de lograr la participación igualitaria de mujeres y hombres en todos los niveles de la administración pública, fijando metas de participación o estableciendo otros mecanismos que los Estados miembros consideren pertinentes”.

Finalmente, la CIM ha publicado cuatro Informes sobre la Implementación del “Programa Interamericano sobre la Promoción de los Derechos Humanos de la Mujer y la Equidad e Igualdad de Género”. De ellos, solamente en uno ha hecho referencia explícita a las medidas de acción afirmativa, señalando como una de las acciones desarrolladas por organismos de la OEA la realización de un Seminario sobre los Desafíos de la Participación Política de las Mujeres, en el cuales enunció como objetivo evaluar las “lecciones aprendidas sobre la aplicación de acciones positivas hacia las mujeres en algunos países de América Latina”¹⁶². Estas lecciones son reflejadas por este órgano internacional a través de estadísticas, que reflejan la eficiencia de la adopción de programas de acción afirmativa.

Comparación de porcentajes de participación política de la mujer tras la incorporación de un Sistema de cuotas.				
País	Cámara	Pre-Cuota	Post-Cuota	% Cambio
Argentina	Alta	2.8 (1998)	33.3 (2001)	+ 30.5
Ecuador	Unicameral	3.7 (1996)	17.4 (1998)	+ 13.7
Argentina	Baja	5.9 (1991)	14.4 (1993)	+ 9.4
Perú	Unicameral	10.8 (1995)	20.0 (2000)	+ 9.2
Paraguay	Alta	11.1 (1993)	17.8 (1998)	+ 6.7
México	Baja	16.0 (2000)	22.6 (2003)	+ 6.6
Venezuela	Baja	5.9 (1993)	12.1 (1998)	+ 6.2
Bolivia	Baja	6.9 (1993)	11.5 (1997)	+ 4.6

¹⁶² OEA, Informes del Secretario General sobre la Implementación del “Programa Interamericano sobre la Promoción de los Derechos Humanos de la Mujer y la Equidad e Igualdad de Género” de conformidad con la Resolución AG/RES. 2023 (XXXIV-0/04) de 2 de abril de 2005, p. 16.

República Dominicana	Baja	11.7 (1994)	16.1 (1998)	+ 4.4
Costa Rica	Unicameral	15.8 (1994)	19.3 (1998)	+ 3.5
México	Alta	15.6 (2000)	17.2 (2006)	+ 1.6
Guyana	Unicameral	18.5 (1997)	20.0 (2001)	+ 1.5
Venezuela	Alta	8.0 (1993)	8.8 (1998)	+ 0.8
Panamá	Unicameral	9.7 (1994)	9.9 (1999)	+ 0.2
Bolivia	Alta	3.7 (1993)	3.7 (1997)	0
Paraguay	Baja	2.5 (1993)	2.5 (1998)	0
Brasil	Baja	6.6 (1994)	5.7 (1998)	- 0.9
Honduras	Unicameral	9.4 (1997)	5.5 (2001)	- 3.9

FUENTE: Inter-Parliamentary Union (IPU), various years. Acceso en: IADB/Inter-American Dialogue/League of Women Voters- Women in the Americas: Paths to Political Power. 2008.

En conclusión, si bien la Convención Belém do Pará no contiene referencia expresa a la adopción de medidas de acción afirmativa, sus numerosas cláusulas que regulan las obligaciones de los Estados para poner fin a la violencia y a la discriminación pueden ser interpretadas como mandatos de acción que exigen la adopción de medidas concretas para suprimir estereotipos, fomentar la participación y, desde luego eliminar la violencia. La Comisión Interamericana de Mujeres ha sido el órgano que más expresamente se ha referido a la necesidad de adoptar medidas eficientes en este sentido, elaborando recomendaciones que llaman directamente a la adopción de medidas temporales para fomentar la participación y, concretamente, medidas de acción afirmativa.

iii) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad

A pesar de que los tratados universales y regionales de protección de los derechos humanos, al consagrar la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley y la prohibición de discriminación, con carácter general para todas las personas, ampara a quienes tienen alguna discapacidad, se estimó

necesario crear una Convención Interamericana adicional para tutelar su efectiva igualdad de derechos. Asistimos nuevamente al esfuerzo por visibilizar a un sector postergado de la sociedad, cuyos derechos, en la práctica, no tienen la misma vigencia que para el resto.

El texto definitivo de este tratado fue aprobado en Ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999, durante el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, entró en vigor el 14 de septiembre de 2001 y hasta la fecha, sólo 3 países de la región no la han ratificado¹⁶³.

Entre los antecedentes que precedieron y allanaron el camino a la adopción de esta Convención, destacan las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1993); el Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas, de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio N° 159); la resolución sobre la situación de las personas con discapacidad en el continente americano (AG/RES. 1249 (XXIII-O/93); las resoluciones sobre la situación de los discapacitados en el continente americano (AG/RES. 1296 (XXIV-O/94) y (AG/RES. 1356 (XXV-O/95)); y el Compromiso de Panamá con las personas con discapacidad en el continente americano (AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)). Ésta última resolución fue la que finalmente encargó la creación de un Grupo de Trabajo para la elaboración de una Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Para ello tuvo en cuenta tanto la declaración emitida por los Estados en la Cumbre de las Américas, sobre lo inaceptable que resulta el que *“algunos sectores de nuestras poblaciones se encuentren marginados y no participen plenamente de los beneficios del desarrollo”*, así como la comunión de los mismos en torno al objetivo de *“mejorar la satisfacción de las necesidades de toda la población, especialmente de las mujeres y los grupos más vulnerables, incluidos las poblaciones indígenas, los discapacitados, los niños, los ancianos y las minorías”*¹⁶⁴. Asimismo, se tuvo en consideración que *“la discapacidad puede dar origen a situaciones de discriminación, por lo que resulta necesario propiciar el desarrollo de acciones y medidas que permitan mejorar sustancialmente la situación de las personas con discapacidad en el Hemisferio”*¹⁶⁵.

¹⁶³ Dominica, Haití y Jamaica.

¹⁶⁴ Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Miami en 1994.

¹⁶⁵ Compromiso de Panamá con las personas con discapacidad en el continente americano: AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)), Resolución aprobada en la sexta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 1996.

En este contexto, el tratado en referencia, compromete a los Estados en la eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad, en todas sus formas y manifestaciones. Tras definir “Discapacidad”, la Convención dispone que la discriminación en contra de las personas que la padecen significa “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁶⁶.

Esta conceptualización de discriminación, si bien reúne en gran medida los elementos contenidos tanto en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (CERD) como en la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), lo cierto es que, en un aspecto puntual se aparta del primero, para aproximarse más a este último tratado. Esta proximidad consiste en que la Convención Interamericana en comento, al igual que la CEDAW, no contempla entre las conductas constitutivas de discriminación “la preferencia”, de manera que sólo una “distinción”, “exclusión” o “restricción”, en perjuicio de las personas discapacitadas, es susceptible de originar, mantener o tolerar una discriminación en su contra.

La ausencia de la palabra “preferencia” no es contingente ni accidental. Tras ello se encuentra la preocupación de deslindar el fenómeno de la discriminación de aquellas medidas que, aunque suponen una prerrogativa o trato más favorable con motivo de la discapacidad, constituyen una vía necesaria para situar a la personas con discapacidad en un plano de mayor igualdad efectiva. Es decir, estimamos que se ha procurado despejar cualquier duda acerca de la legitimidad de tales “preferencias”, al prescindir del uso de este término para describir la discriminación.

Congruente con esa definición, el texto convencional avanza en el inciso siguiente a explicitar que “*no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que*

¹⁶⁶ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Art. 2.a.

la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”¹⁶⁷.

La disposición recién citada revela que, en tanto las medidas de acción afirmativa sean conducentes para resguardar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, evitando la perpetuación de un estatus desigual, y en cuanto hayan sido consentidas por sus destinatarios, su adopción habrá de considerarse legítima. Tales condiciones de validez se condicen plenamente con lo estipulado en la CEDAW y la CERD, respecto al carácter temporal que deben tener las medidas especiales y al requerimiento de que no devenguen en la consolidación de estatutos diferenciados para los grupos beneficiados¹⁶⁸. En vista que tales medidas están dispuestas y autorizadas en función de un objetivo de igualdad, su consecución determina el carácter provisional de las mismas. Además, se ha estimado que a pesar de su aspiración igualitaria, tales medidas no pueden ser impuestas sobre los miembros del grupo destinatario, quienes son libres de autorizar o no su aplicación¹⁶⁹. Cabe aclarar desde ya que la temporalidad es un rasgo propio de las medidas de acción afirmativa en particular, y no de la obligación genérica de garantizar los derechos, la cual, evidentemente es permanente y no provisional.

El Artículo II, por su parte, establece que los objetivos de la Convención son “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Prosigue el Artículo III comprometiéndolo a los Estados a “Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

a) *Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de*

¹⁶⁷ *Ibid*, Art. 2.b. (las cursivas son nuestras)

¹⁶⁸ CERD, *op. cit.*, en n. 13, Art. 1.4 y CEDAW, *op. cit.*, en n. 13, Art. 4.1. En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *op. cit.*, n. 14, párr. 10.

¹⁶⁹ Bayefsky, *op. cit.*, en n. 20. Ver también DAYS, Drew, “Acción Afirmativa” en GARGARELLA, Roberto, *Derecho y Grupos Desaventajados*, Editorial Gedisa (1999)

bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración”.

En consecuencia, se reafirma la obligación positiva que pesa sobre los Estados Parte de adoptar todas las medidas que sea necesarias, cualquiera sea su naturaleza, para erradicar la discriminación que aqueja a las personas discapacitadas y que los relega de las esferas políticas, económicas y culturales del país. El deber de revertir esta situación y asegurar su inclusión y el pleno ejercicio de sus derechos supone no sólo velar por las acciones u omisiones de las instituciones propiamente estatales, sino que además, importa cautelar la conducta de agentes privados que pueden incurrir en prácticas discriminatorias o propender a su mantención.

Adicionalmente, de los términos empleados por la misma Convención, es posible desprender el reconocimiento de que las personas con discapacidad han estado- y siguen estando- sumidas en una posición marginal o desaventajada que descansa en una serie de creencias y prácticas sociales que permean las instituciones y socavan tanto la valoración de la comunidad hacia ellos, como la de éstos de sí mismos. Por tanto, cualquier mecanismo de eliminación de la discriminación que aquellos padecen debe hacerse cargo de los factores que han incidido en la exclusión sistemática y continua de las personas con discapacidad. En este sentido, el Artículo III c. impone a los Estados la “La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a *eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales*, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.”.

Por otra parte, cabe hacer presente que para dar seguimiento a los compromisos adquiridos por la Convención y, conforme a lo dispuesto en el Art. VI de la misma, mediante la Resolución AG/RES. 2167 (XXXVI-O/06) del 6 de junio de 2006, se decretó la implementación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, encargado de controlar la aplicación de la Convención. A tal efecto se instauró un sistema de informes de Estados, sobre cuya base el Comité ha de emitir conclusiones, observaciones y recomendaciones. Ante este órgano los Estados deben rendir cuenta respecto de la puesta en marcha de las medidas requeridas por la Convención para garantizar el goce igualitario de los derechos de las personas con discapacidad.

Ese mismo día, además, con la resolución AG/DEC. 50 (XXXVI-O/06), se aprobó la “Declaración del decenio de las Américas: Por los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (2006-2016)” bajo el lema “Igualdad, Dignidad y Participación”. En ésta los Estados manifestaron, entre otras cosas, “su profunda preocupación por la persistencia de las condiciones de desventaja, inequidad y discriminación en la que se encuentra la mayoría de personas con discapacidad”, así como “la necesidad de adoptar medidas y estrategias hemisféricas y/o regionales urgentes, que promuevan el reconocimiento y el ejercicio de todos los derechos humanos, incluidos los civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales, así como las libertades fundamentales de las personas con discapacidad”. De igual modo, recalcaron que era preciso que “durante el Decenio señalado se emprendan programas, planes y acciones para alcanzar la inclusión y la participación plena en todos los aspectos de la sociedad de las personas con discapacidad; se ejecuten programas sociales, políticos, económicos, culturales y de desarrollo, destinados al logro de oportunidades en pie de igualdad con los demás”.

Conjuntamente con dicha Declaración, la resolución AG/RES. 2230 (XXXVI-O/06) encargó la elaboración de un Programa de Acción, que se aprobó finalmente el día 5 de junio de 2007, por la resolución AG/RES. 2339 (XXXVII-O/07). Dicho programa consignó como misión fundamental de los Estados “adoptar gradualmente y dentro de un tiempo razonable, las medidas administrativas, legislativas, judiciales, así como las políticas públicas necesarias, para la efectiva aplicación del Programa de Acción en el orden jurídico interno, a fin de colocar a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás”. Asimismo, trazó objetivos de inclusión, igualdad efectiva y participación de las personas con discapacidad en el campo de la salud, educación, participación política, empleo y actividades artísticas, deportivas y culturales. Pero tal vez, lo más destacable sea que, dentro de las acciones concretas que agendó para el decenio 2006-2016, contempló expresamente que en materia de empleo “Los apoyos físicos o personales que las personas con discapacidad requieran para desempeñar su trabajo *no se considerarán trato desigual sino medidas de acción positiva* necesarias para la igualdad de oportunidades”¹⁷⁰, agregando que los Estados se comprometen a “promover la aplicación de mecanismos tendientes a *incentivar la reserva de puestos de trabajo* para las personas con

¹⁷⁰ OEA, resolución AG/RES. 2339 (XXXVII-O/07), *Programa de Acción para el Decenio de las Américas: Por los derechos y dignidad de las personas con discapacidad (2006-2016)*, aprobada en sesión plenaria el 5 de junio de 2007, p.11, punto 4 letra a.

discapacidad”¹⁷¹, así como a fomentar “la contratación de personas con discapacidad en el sector privado, mediante *políticas de acción afirmativa*, incentivos fiscales, subsidios o financiamientos especiales, entre otras acciones similares, en igualdad de condiciones”¹⁷².

Durante la segunda reunión sostenida por el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, el 1 de agosto de 2008, éste exhortó a los Estados Parte de la Convención a “que den cumplimiento al Programa de Acción del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad” y a “revisar su normativa interna para adecuarla en consonancia con lo estipulado en la normativa internacional vigente”¹⁷³.

A la luz de los preceptos citados y en el marco de la situación de exclusión de las personas con discapacidad en nuestra región, emerge nítidamente del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, no sólo la compatibilidad de las acciones afirmativas con el derecho a la igualdad, sino también, la confirmación de que la ausencia de ellas puede redundar en el fracaso de una autentica igualdad de derechos entre quienes tienen algún tipo de discapacidad y quienes no. Más aún, la urgencia por elevar la posición desmedrada de los primeros ha abierto lugar para la explícita admisión de modalidades de acción afirmativa que operan con preferencias del tipo reservas de cupos en su favor, pese al manto de duda que algunos sectores han levantado en torno a ellas.

Por último, resulta pertinente tener en consideración que, en consonancia con la mentada Convención Interamericana, el sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas dio origen también a una Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ésta fue aprobada por resolución A/61/611 del 24 de enero de 2007 y en ella se efectúa una regulación del ejercicio de cada uno de los derechos fundamentales consagrados en la mayoría de los instrumentos internacionales, respecto de las personas con discapacidad, por lo que su alcance es de carácter más amplio y exhaustivo que el de su homólogo interamericano.

¹⁷¹ *Ibid*, p.12, punto 4, letra e. (las cursivas son nuestras)

¹⁷² *Ibid*, letra g (las cursivas son nuestras)

¹⁷³ OEA, Resolución CEDDIS/RES.1/08 de 1º de agosto de 2008, párr. 3 y 5.

Sin perjuicio de ello, en lo que respecta al derecho de igualdad, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad asume también un concepto de discriminación que abandona el uso de la palabra “preferencia”. Establece que “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”¹⁷⁴. Este último aspecto es particularmente interesante, ya que, conforme su texto, por “ajustes razonables” se entenderán “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁷⁵. Tales ajustes encierran la idea de que para garantizar realmente la igualdad de derechos de aquellas personas es preciso introducir cambios o diferencias en los usos y reglamentaciones ordinarias o generales, lo que guarda una estrecha conexión con la naturaleza de las acciones afirmativas. Parece plausible concebir esos “ajustes razonables” como otra de las posibles expresiones de las medidas positivas encaminadas a alcanzar una mayor igualdad, pero modelada en términos específicamente atingentes a las problemáticas propias de las personas con discapacidad.

Merece la pena apreciar que este tratado realiza, además, un acucioso desglose del contenido del principio de igualdad y no discriminación, al establecer que en virtud del reconocimiento de la igualdad de todas las personas ante la ley, éstas “tienen derecho a *igual protección legal* y a *beneficiarse de la ley en igual medida*, sin discriminación alguna”. Y por tanto, “los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y *garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación* por cualquier motivo”. Agrega entonces que “a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, *los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables* y que “*no se considerarán discriminatorias*, en virtud de la presente Convención, *las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o*

¹⁷⁴ Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Art. 2 (Definiciones)

¹⁷⁵ *Idem*

*lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad*¹⁷⁶. Como corolario de estas prescripciones y acorde su cobertura tanto del ámbito público, como del privado, la convención requiere que los Estados en materia de empleo promuevan “el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas”¹⁷⁷.

iv) El proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de discriminación e intolerancia:

A diferencia de lo que acontece con la normativa interamericana sobre igualdad de derechos de las personas con discapacidad, no existe hasta la fecha, un instrumento análogo abocado a la protección contra la discriminación racial, pese a la dramática realidad de nuestra región. Sin embargo, este sensible vacío está próximo a ser superado.

La primera alusión a un eventual proyecto de convención en el concierto de la Organización de Estados Americanos (OEA) tuvo lugar el día 5 de junio de 2000¹⁷⁸. En esta resolución se estimó que resultaba imperativo ampliar el marco jurídico internacional vigente y reforzar las legislaciones nacionales para combatir la discriminación racial. En vista de ello se encomendó al Consejo Permanente de la OEA que estudiara la necesidad de elaborar un proyecto de convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia. Cinco años después, se encargó al citado Consejo recibir los aportes de diversos organismos internacionales, de los Estados, representantes de diversos sectores y actores de la sociedad civil, para que un grupo de trabajo se aboque a la elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia¹⁷⁹.

En el intertanto, una resolución de junio de 2002¹⁸⁰, instó al Consejo Permanente a realizar un estudio sobre estrategias para promover, mediante iniciativas en las áreas de educación y administración de justicia, la tolerancia y la plena y efectiva igualdad de todas las personas, en el entendido de que

¹⁷⁶ *Ibid*, Art. 5. (las cursivas son nuestras)

¹⁷⁷ *Ibid*, Art. 27, letra h. (las curivas son nuestras)

¹⁷⁸ OEA, Resolución AG/RES. 1712 (XXX-O/00).

¹⁷⁹ OEA, Resolución AG/RES. 2126 (XXXV-O/05)

¹⁸⁰ OEA, Resolución AG/RES. 1905 (XXXII-O/02)

debían estimularse las acciones nacionales y la cooperación internacional. Asimismo, en el año 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó el informe que se le solicitara un año antes, referido a la adopción de políticas antidiscriminatorias positivas en los Estados miembro de la OEA. Con el fin de contribuir a la formulación de la convención en cuestión, la resolución que le encargó dicho estudio¹⁸¹ dictaminó que las medidas objeto de análisis debían ser concebidas en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, lo que nos anticipa algunos de los lineamientos que pretende seguir el sistema interamericano en esta materia.

En ese sentido, la Comisión Interamericana señaló que aún cuando la igualdad formal de derechos era un requisito imprescindible para superar la discriminación, no agotaba el contenido de esta garantía, pues no se traducían necesariamente en igualdad real. Mientras las constituciones y leyes de los países de la región garantizan la igualdad, las personas pertenecientes a grupos étnicos o raciales continúan padeciendo los efectos de la discriminación. Por ello, reconocer la existencia de racismo y confrontar su origen “es una batalla que debe ser librada por todos los medios idóneos y [...] en el sistema regional deben adoptarse medidas prácticas, eficaces e innovadoras para la protección de los derechos humanos de quienes sufren de cualquiera de las formas de discriminación”¹⁸². Los instrumentos regionales y universales requieren, según lo señala la Comisión, de la implementación de medidas afirmativas, cuando sea necesario, para conseguir una igualdad efectiva a través de la legislación y políticas internas. Tratándose de personas pertenecientes a determinados grupos tradicionalmente discriminados de *iure* y/o *de facto*, el mandato de goce igualitario de los derechos demanda hacer frente a esas situaciones con acciones concretas e intervenir así para rectificar la posición de desventaja en que aquellos están sumidos y cuyo padecimiento no tienen el deber jurídico de soportar. “Una de las formas concretas en que se puede cumplir con el deber de respetar y garantizar la igualdad es través de la adopción de medidas de acción afirmativa”¹⁸³.

La Comisión recordó además los compromisos asumidos por los Estados en el marco del Programa de Acción de la Tercera Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la

¹⁸¹ OEA, Resolución AG/RES.1930 (XXXIII-O/03).

¹⁸² Consejo Permanente de la OEA, Comisión de asuntos jurídicos y políticos, presentación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Resolución AG/RES.1930 (XXXIII-O/03), *Prevención del racismo y de toda forma de discriminación e intolerancia y consideración de la elaboración de un proyecto de convención interamericana* (2004), p.3.

¹⁸³ *Ibid*, p.4.

xenofobia y formas conexas de intolerancia¹⁸⁴, en orden a elaborar planes para promover la igualdad, la diversidad, la participación y la justicia social, tales como medidas antidiscriminatorias positivas.

Durante el período 2005-2006 el Grupo de Trabajo encargado del proyecto de convención celebró varias reuniones con el objeto de recibir las contribuciones y sugerencias de los Estados miembros de la OEA y de otros actores a nivel nacional e internacional¹⁸⁵. En una de esas sesiones, tanto los representantes de la sociedad civil, como los expertos independientes de Naciones Unidas, coincidieron en la necesidad de reconocer que las diferencias por la raza o la etnia, por más reprochables que nos parecieran, se verificaban en diversos ámbitos de nuestros países y sugirieron que una futura convención debía recoger ese antecedente e incorporar a las acciones afirmativas, como vías para corregir la discriminación. En esa ocasión, además, Ariel Dulitzky, en su calidad de especialista principal de la secretaría ejecutiva de la Comisión Interamericana, enfatizó que “se debe dejar claro que *las políticas afirmativas* no son manifestaciones de discriminación y que *son requeridas y obligatorias cuando hay manifestaciones estructurales* que con políticas generales no pueden ser superadas”¹⁸⁶.

En su presentación, el mentado jurista miembro de la Comisión Interamericana caracterizó las acciones afirmativas como políticas destinadas a ciertos grupos históricamente postergados y sumidos en una situación de desventaja, frente a la cual resulta insuficiente la mera existencia de una institucionalidad que salvaguarde la igualdad de oportunidades. Agregó que su inclusión en la futura convención debía a lo menos contemplar que “*las políticas de acción afirmativa y promoción de la igualdad no constituyen discriminación* [y que] en ciertos casos, tales políticas no solamente son permisibles, sino que su *adopción es requerida a fin de garantizar plenamente el principio de igualdad*”¹⁸⁷.

El texto del anteproyecto de convención, presentado al Consejo Permanente de la OEA el 18 de abril de 2006, deja entrever que los aportes precedentemente expuestos, fueron finalmente valorados

¹⁸⁴ *Tercera Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia*, Durban, 30 de agosto al 07 de septiembre (2001)

¹⁸⁵ OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-16/05, 5 diciembre de 2005, *Informe de la Relatora de la sesión especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia*.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.10.

¹⁸⁷ Dulitzky, A: *Algunas reflexiones sobre una futura Convención Interamericana contra la Discriminación Racial y toda forma de discriminación*, (Washington, DC, 2005), sección 1.b.

y acogidos en la propuesta normativa. En su preámbulo consigna, entre otras cosas, que su formulación se realiza sobre la base del convencimiento “de que los principios de la igualdad y de la no discriminación entre los seres humanos son conceptos democráticos dinámicos que propician el *fomento de la igualdad jurídica efectiva y presuponen el deber del Estado de adoptar medidas especiales* en favor de los derechos de los individuos o grupos discriminados, en cualquier esfera de actividad, sea privada o pública, *a fin de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades y combatir la discriminación en todas sus manifestaciones individuales, estructurales e institucionales*”.

El artículo 1 N° 2.a del mismo, tras referirse al término “racismo”, define discriminación como “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, color, etnia, sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiencia, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social que tiene por objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en un mismo plano (en igualdad de condiciones) de derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural o en cualquier otro ámbito de la vida pública y privada”. Esta conceptualización, a diferencia de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, sí comprende la expresión “preferencia” para describir una práctica o norma discriminatoria. Conforme lo dispuso la Asamblea General de la OEA, el referente a seguir en esta materia debía ser la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (CERD), cuya definición de discriminación se sirve, precisamente, de la palabra “preferencia”, lo que explica la opción terminológica del Grupo de Trabajo. No obstante, el anteproyecto en comento introduce también una innovación sin precedentes, consistente en la incorporación de nuevos motivos de discriminación y en la especificación de una serie de ámbitos de lo público y lo privado en los que impacta la discriminación.

No obstante lo anterior, el inciso siguiente preceptúa que “*no constituyen discriminación las medidas o políticas de diferenciación o preferencia que adopte el Estado parte con el único objetivo de promover la integración social y el adecuado progreso y desarrollo de personas y grupos que requieran la necesaria protección para garantizarles, en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio*

de los derechos humanos y libertades fundamentales, siempre que tales medidas o políticas no den lugar al mantenimiento de derechos separados para grupos diferentes y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos”. Se descarta entonces que las preferencias o tratos “ventajosos” conferidos para situar a las personas y grupos en una posición de efectiva igualdad, puedan ser catalogadas de discriminatorias. Pero conjuntamente con ello, se condiciona la legitimidad de esas medidas a la verificación de que éstas no devengan en la consolidación de estatutos disímiles ni se extiendan más allá de lo que tardan en obtener el fin de equiparación perseguido. En estos aspectos se sigue de cerca tanto las convenciones internacionales sobre discriminación, como la ya estudiada convención interamericana referida a la igualdad de los discapacitados.

Pero sin duda, es el tenor de la segunda parte de la disposición en comento, el que refuerza el papel que juegan las acciones afirmativas en esta materia, al investirlas de una fuerza vinculante incuestionable. El artículo 1 N° 2.b concluye “*en circunstancias específicas, tales medidas o políticas, no son sólo admisibles, sino indispensables y obligatorias para garantizar el derecho a la igualdad ante la ley y la protección contra la discriminación*”¹⁸⁸. De ser esto aprobado y consagrado en la convención definitiva, estaríamos ante el primero de los instrumentos internacionales en imponer irrestrictamente a los Estados que lo ratifiquen, la obligación de adoptar dichas medidas, ante determinadas circunstancias. Por cierto, en ese escenario pasará a ser una cuestión de radical importancia la definición de aquellas circunstancias que conminan a la instauración de acciones afirmativas.

El N° 3 del artículo 1 dilucida, además, las nociones de discriminación directa e indirecta, de las cuales parece ser esta última la que tiende a adquirir mayor protagonismo en las modernas formas de discriminación que aquejan a los grupos sistemáticamente discriminados en nuestras sociedades. Por lo mismo, resulta sensato destacar que el anteproyecto en referencia no caracteriza la discriminación indirecta en base a la difundida idea de “impacto desproporcionado”¹⁸⁹ sino que la concibe como un

¹⁸⁸ Consejo Permanente de la OEA, Comisión de asuntos jurídicos y políticos, *Anteproyecto de Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia* (2006), artículo 2.b. (las cursivas son nuestras)

¹⁸⁹ Ver Corte EDH, *D. H and others v. Czech Republic*, sentencia de 7 de febrero de 2006, Opinión Disidente del Juez Cabral Barreto: “En la actualidad, en algunas ‘escuelas especializadas’ los romaníes conforman entre el 80% y 90% del número total de alumnos. En mi opinión, esto da cuenta de un conocimiento expreso de parte del Estado de las prácticas discriminatorias denunciadas por los peticionarios” (Traducción libre); ver también Comité CERD, Recomendación General N° 14, *La Definición de Discriminación*, 1993, párr. 2; ver asimismo, ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio*

fenómeno susceptible de presentarse “toda vez que, en cualquier esfera de la vida pública o privada, *un factor aparentemente neutro*, como una disposición, criterio o práctica, *no puede ser fácilmente satisfecho o cumplido* por personas que pertenecen a un grupo específico definido en base a elementos como [...]”. De esta manera, se utiliza un criterio con una connotación más bien acotada a la plausibilidad de que quienes forman parte de un grupo identificado en torno a algunos de los motivos de discriminación establecidos en el artículo, puedan sobrepasar los parámetros, exámenes o estándares homogéneamente exigidos para variadas áreas de la esfera pública y privada, y que suelen poner en entredicho el disfrute de sus derechos fundamentales.

Por su parte, el artículo 1 N° 4 constituye también otro connotado aporte para el sistema interamericano, por cuanto consagra un concepto de “medidas especiales de protección” para la eliminación de la discriminación. De acuerdo lo dispone el anteproyecto, aquellas corresponden a “*toda medida o política especial de acción afirmativa tomada por el Estado o por particulares en favor de los derechos de individuos o grupos discriminados*, en cualquier esfera de la actividad humana, sea privada o pública, *con el fin de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades y combatir la discriminación en todas sus manifestaciones individuales, estructurales e institucionales*. Tales medidas o políticas especiales de acción afirmativa no serán consideradas discriminatorias ni incompatibles con el objeto o intención de esta Convención”¹⁹⁰. Pese al entusiasmo originario que nos pudiera inspirar la disposición en comento, debemos advertir que, en principio, el texto citado no define realmente en qué consisten tales medidas especiales. En efecto, esta propuesta adolece de tautología, pues conceptualiza “medidas especiales de protección” como “toda medida o política especial de acción afirmativa”, lo que nos sitúa, prácticamente, en la primera página del presente trabajo. El meollo del asunto radica en determinar cómo operan estas medidas o qué tipo de tratamiento subyace a éstas y que nos permite singularizarlas respecto de otras regulaciones que se inscriben también bajo la obligación de adoptar medidas positivas para garantizar el goce de un derecho.

Sin perjuicio de lo señalado, otros elementos de su formulación nos parecen valiosos. En primer lugar, la expresa constancia de que las acciones afirmativas pueden provenir y situarse tanto desde la esfera pública como privada, con lo cual se afianza la transversalidad de su implementación.

Fundamental de la No Discriminación en el marco de la Globalización, p. 7; Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Hugh Jordan v. United Kingdom*, Número 24746/94, 4 de mayo de 2001, párr. 154.

¹⁹⁰ Anteproyecto, *op. cit.*, en n. 188, artículo 4.

En segundo lugar, la definición considera como destinatarios a grupos o colectividades- en tanto sector discriminado en razón de unos rasgos comunes- y no sólo a los individuos que pueden o no integrar uno de esos grupos. Por último, y en estrecha relación con lo anterior, el concepto sugerido merece ser apreciado por su expreso reconocimiento de la dimensión estructural de la discriminación, como fenómeno a cuya erradicación deben propender las acciones afirmativas.

En el Capítulo III dedicado a los derechos protegidos, el artículo 4 especifica a modo ejemplar algunos de los derechos cuyo goce y ejercicio deben ser igualmente garantizados a todas las personas, sin discriminación y entre los cuales figura “vii) el derecho a la discriminación positiva”. Así, tras reconocer que “todos los seres humanos tienen derecho al tratamiento igualitario ante la ley y a la protección contra la discriminación”, que la discriminación a combatir no es sólo *de iure*, sino también *de facto* y que para ello deben emplearse medidas especiales o afirmativas, aquel derecho aparece como una especificación o intento de evidenciar lo que, en determinadas circunstancias, supone el derecho de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley. Sin embargo, es a todas luces lamentable la correlación de palabras elegidas por los redactores del anteproyecto. Como analizamos en el primer capítulo de este trabajo, el emplear dicha expresión para aludir al acto de instaurar medidas especiales o acciones afirmativas, importa no sólo incurrir en un contrasentido, sino además, amparar un uso tendencioso del lenguaje conducente a la deslegitimación de aquellas.

Como consecuencia necesaria de lo anterior, el Capítulo referido a los deberes de los Estados establece, en su artículo 6 que “los Estados partes condenan todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación (directa e indirecta) e intolerancia y *se obligan a adoptar*, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, *por todos los medios apropiados y sin demora, políticas destinadas a prevenir, sancionar y erradicar tales prácticas y se comprometen a:*

iii) formular y aplicar una política nacional que apunte a la protección especial y a la promoción de la igualdad de oportunidades y de tratamiento a la víctimas de discriminación, en todas las actividades de la vida social, incluido, entre otros, el acceso al trabajo, el empleo, la educación, la salud, la justicia, la cultura, el deporte y la recreación;

iv) *adoptar medidas o políticas públicas de acción afirmativa concebidas con miras a combatir todas las formas de discriminación, y a corregir los efectos presentes de la discriminación practicada en el pasado, teniendo por objetivo la concreción del ideal de la efectiva igualdad de acceso*

a bienes fundamentales o actividades de la vida social tales como, entre otros, la educación, el empleo, la salud, la justicia, la cultura, el deporte y la recreación;

v) estimular la adopción, en el ámbito privado, de las medidas o políticas mencionadas en los literales “iii” e “iv”;

vi) interrumpir la adopción de las medidas o políticas públicas mencionadas en el literal “iv”, una vez logrados los objetivos que persiguen;”¹⁹¹.

Tal como lo demuestra el conjunto de disposiciones aquí reproducidas, el anteproyecto de la Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia pretende hacer de la futura convención el tratado internacional con mayor énfasis y desarrollo en acciones afirmativas. El alcance de sus disposiciones marcaría un hito en esta materia y constituiría una respuesta certera a la pregunta acerca del carácter vinculante de estas medidas -al menos- en el concierto del sistema interamericano, desde el cual, indefectiblemente, se irradiarían importantes consecuencias jurídicas para los restantes sistemas de protección de los derechos humanos.

Finalmente, para cerrar esta primera parte referida al marco normativo en que se inscribe la problemática que nos convoca, conviene hacer mención de la existencia de un Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo artículo VI reconoce el derecho a medidas para asegurar la igualdad de derechos, bajo el epígrafe de “garantías especiales contra la discriminación”. Sin embargo, hemos optado por no adentrarnos en su estudio, dada su naturaleza de *soft law* que, por ahora, ha sido dejada fuera de los márgenes estrictamente prescriptivos que sirven de referencia a nuestro análisis.

¹⁹¹ *Ibid*, Capítulo V, Artículo 6.

II. 2. Análisis Jurisprudencial

i) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Antes de introducirnos en la revisión de las opiniones consultivas y casos más relevantes para nuestro propósito, resulta prioritario realizar una prevención preliminar, cual es, la inexistencia de jurisprudencia sobre acciones afirmativas. La Corte Interamericana aún no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la justificación, alcance o eventual fuerza vinculante de tales medidas, lo que sin duda contrasta con la preocupante realidad de nuestra región.

Ciertamente, no deja de ser llamativo que el hemisferio con uno de los índices más altos de inequidad en materia de inclusión social, política y económica, no haya exhortado al más importante órgano de protección de los derechos humanos a nivel regional, a deliberar sobre los mecanismos jurídicamente procedentes para revertir las discriminaciones sistemáticas que asolan a nuestros países. Es difícil pensar que, hasta la fecha, no se hayan presentado denuncias vinculadas con el incumplimiento o falta de implementación de acciones afirmativas, considerando, además, que varios Estados han reglamentado la aplicación de tales medidas. No obstante, por el momento, hemos de abandonar cualquier intento de indagación o especulación acerca de las causas o móviles que explican este silencio de la corte interamericana¹⁹², para limitarnos al único ejercicio que nos resulta posible. Examinaremos aquellas sentencias y opiniones consultivas que, con motivo de otras aristas del derecho a la igualdad, abordan este último y ofrecen algunas luces sobre su alcance. Parte del razonamiento de la corte en torno a la violación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH nos proporcionarán un marco de análisis y referencia para desarrollar el tema en estudio.

a) Opiniones Consultivas

1. Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984)

¹⁹² Para una explicación de la ausencia de ciertas temáticas en los fallos de la Corte Interamericana, ver Palacios, P: “The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas Journal of Women and the Law*, Edición Primavera 2008.

Una de las primeras opiniones consultivas solicitadas a la Corte posibilitó que ésta se abocara al análisis del derecho a la igualdad. En 1984 respondió a la consulta de Costa Rica acerca de la compatibilidad de una reforma a sus disposiciones constitucionales sobre naturalización¹⁹³. El proyecto sometido a su consulta introducía, básicamente, tres cambios de criterio en esta materia. Por una parte, disponía que una mujer extranjera podía adquirir la nacionalidad costarricense al casarse con un nacional, pero a costa de perder la propia. De otro lado, modificaba el tiempo de residencia necesario para la naturalización de centroamericanos, españoles e iberoamericanos (haciendo una distinción entre estos según si lo eran por naturalización o por nacimiento) y finalmente, imponía a los aspirantes a naturalización sobrepasar una evaluación relativa al conocimiento de la historia, idioma y valores nacionales de Costa Rica. Entre los preceptos con los que la Corte examinó la mencionada propuesta, se encontraba el artículo 24 de la CADH.

Para arribar a la resolución de las preguntas formuladas, la Corte resaltó que no toda diferencia de trato equivalía a discriminación, ni era ofensiva de la dignidad humana. Citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, aclaró que una distinción constitutiva de discriminación no es sino, aquella que carece de justificación objetiva y razonable. Pero la Corte, además, avanzó un poco más y se adelantó a sostener que *“existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”*¹⁹⁴. En consecuencia, si una distinción tiene su origen en supuestos de hecho disímiles y existe una razonable relación de proporcionalidad entre aquella y el fin que persigue, estaremos ante una diferencia de trato justificada. Estos parámetros son los que la corte utiliza para revisar la propuesta de reforma constitucional de Costa Rica.

En atención a la revisión del fin de la norma, del carácter objetivo de la distinción y de la relación de proporcionalidad entre ella y el objetivo perseguido, estimó que el conjunto de exigencias relativas al tiempo de residencia y al dominio de idioma e historia de la nación costarricense, no vulneraban el derecho a la igualdad. Sin embargo, tal aseveración estuvo lejos de ser categórica¹⁹⁵ y, de hecho, no estuvo exenta de reparos. Aun cuando la Corte consideró que los criterios de distinción

¹⁹³ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 4.

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 15 (las cursivas son nuestras)

¹⁹⁵ La Corte emplea la expresión “no puede concluirse que el proyecto contenga una orientación inequívocamente discriminatoria”, *Ibid*, párr. 61 (las cursivas son nuestras)

utilizados podían servir para resguardar una cercanía suficiente de los aspirantes a la naturalización con los intereses y valores de la comunidad costarricense y, que en esta materia el Estado poseía un amplio margen de apreciación, señaló que “ menos evidente es la procedencia de la distinción [...] entre los centroamericanos, iberoamericanos y españoles según lo sean por nacimiento o naturalización [pues] la diferenciación propuesta parece basarse en el lugar de nacimiento y no en la cultura del aspirante a obtener nacionalidad¹⁹⁶”. Por su parte, en lo concerniente a la exigencia de una evaluación de idioma y conocimiento advirtió que “en la práctica [...] tales procedimientos pueden llegar a ser vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios, y a constituir instrumentos de políticas discriminatorias que, aunque no se desprenden directamente de la ley, podrían producirse como consecuencia de su aplicación”¹⁹⁷.

Sin embargo, tratándose de la pérdida de nacionalidad de una extranjera que se casa con un costarricense, la corte adoptó una postura mucho más indubitada. Para ello, identificó que la consecuencia consistente en la privación de la propia nacionalidad no operaba respecto de un extranjero, por lo que la medida en cuestión claramente diferenciaba entre hombres y mujeres. Dicha disparidad, según la Corte, descansaría en una serie de ideas tradicionales acerca de sus roles y capacidades, que informan la institución de la potestad marital y paterna. Tras aplicar el razonamiento precedentemente expuesto, la Corte concluye al respecto que “no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges [...] para la obtención de la nacionalidad costarricense”¹⁹⁸. Con esto la corte estableció que una diferencia de trato hacia las mujeres como la descrita, respondía a estereotipos cuya raigambre se encuentra en la desigualdad conyugal propia de tiempos pasados, y que por tanto, su recepción normativa contribuiría a perpetuar la discriminación contra uno de los sectores más sistemática y prolongadamente excluido: las mujeres.

Cabe hacer presente que la resolución de la Corte dio lugar a una opinión disidente y un voto razonado. La primera, formulada por el juez Buergethal, se fundó en la convicción que la distinción entre los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que ostentaban esas nacionalidades por nacimiento y aquellos que las habían adquirido por naturalización, constituía una discriminación en perjuicio de estos últimos. Para arribar a tal conclusión, el juez se sirve del mismo *test* aplicado por la Corte, pero, a diferencia de ella, concluye que la distinción en cuestión no era razonable ni

¹⁹⁶ *Idem*

¹⁹⁷ *Ibid*, párr. 63.

¹⁹⁸ *Ibid*, párr. 67.

proporcionada bajo los fines estatales perseguidos. Arguye, por una parte, que el objetivo no es asegurar una mejor familiarización con la cultura costarricense, ya que a esa finalidad legítima se encaminaba la siguiente disposición del proyecto. Y por otra, señala que la medida conlleva la imposición de un gravamen innecesario a los centroamericanos, españoles e iberoamericanos naturalizados, consistente en la exigencia de un período de residencia mucho más prolongado, resaltando así las consecuencias prácticas de esa diferencia de trato. El juez Piza por su parte, calificó de discriminatoria la exigencia de saber leer y escribir el idioma, así como el tener que someterse a un examen sobre la historia del país y sus valores. Al respecto, señaló que “aunque tal discriminación no resulte del texto mismo de la norma propuesta [lo es] porque su sentido finalista conduce, y *su aplicación previsible y normal conduciría, prácticamente, a exclusiones y distinciones arbitrarias entre seres y grupos humanos determinados*”. Asimismo, consideró que el examen propuesto era desproporcionado, ya que su aplicación sólo acarrea la masiva marginación de ciertos sectores, en pos de la exclusiva nacionalización de selectos grupos. Para graficar dichos efectos discriminatorios, el juez Piza indicó que “el recuerdo de *prácticas semejantes para el otorgamiento del voto en los Estados Unidos* (conocer la constitución), que *permitieron por años la exclusión de los negros del sur* [...] que finalmente la corte suprema de justicia de ese país declaró inconstitucionales, por discriminatorias, me releva de mayor comentario”¹⁹⁹.

Tanto estas opiniones individuales como la resolución en general, subrayan la necesidad de tener en cuenta la particular realidad que viven ciertos grupos de personas, puesto que en su virtud una práctica o norma de general aplicación y revestida de aparente neutralidad, puede suscitar sobre ellos un impacto agravado²⁰⁰, erosionando el goce de sus derechos. La Corte da cuenta de su interés en evitar que los mismos sectores que ya se han caracterizado por su posición marginada o socavada, continúen inmersos en esa dinámica, como es el caso de las mujeres y ciertos grupos desaventajados de migrantes.

2. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (1990)

Entre las inquietudes que la Corte resolvió en esta opinión consultiva, se encontraba la pregunta acerca de si la exigencia de agotar previamente los recursos internos para efectos de acudir al

¹⁹⁹ *Ibid*, voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante, párr. 26. Por otra parte, este voto merece ser destacado porque en él, además, se delimita, por primera vez la relación y ámbitos de aplicación de los artículos 1,1 y 24 de la CADH y se le asigna un significado específico a los elementos que- a juicio del juez -definen una situación discriminatoria, a saber, la razonabilidad, la proporcionalidad y la adecuación. En este sentido, ver párr. 13-16.

²⁰⁰ *Ibid*, párr. 16.

sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debía aplicarse o no al caso de un indigente²⁰¹. Este último, por sus precarias circunstancias económicas no estaba en posición de hacer uso de los recursos legales existentes en su país. Para abordar esta problemática, la Corte acudió a la interpretación conjunta de las cláusulas de igualdad contenida en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana.

Al respecto, resulta pertinente destacar que la Corte revisó el respeto y garantía del derecho de igualdad a la luz de las reales condiciones del destinatario de protección. Para analizar la necesidad de aplicar el precepto de la Convención que requiere del agotamiento de los recursos internos, la Corte tuvo especialmente en cuenta el hecho de que ciertas personas se encuentran, de *facto*, en una situación de notable desventaja socio-económica que impedía aplicarles la norma de la misma manera que al resto. Es decir, no resultaría jurídicamente aceptable tratar a un indigente *como si* no lo fuera, pues si por causa de la escasez de recursos económicos, éste no puede acceder a la protección legal de su país, resultará discriminado “por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”.

En razón de ello, la Corte constató que una lectura formal del derecho a ser asistido por un defensor en los procesos penales, consagrado en el artículo 8 de la CADH, conduciría a una garantía no igualitaria del derecho, puesto que, como la Convención “no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, *un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente*”²⁰². Con base en un principio de igualdad cuya operatividad debe contextualizarse en realidades disímiles, la Corte concluyó que “si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, *queda relevado de agotar los recursos internos. Este es el sentido que tiene el artículo 46.2, leído a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 24 y 8*”²⁰³.

3. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (1999)

²⁰¹ Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos*. Opinión Consultiva OC- 11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

²⁰² *Ibid*, párr. 25

²⁰³ *Ibid*, párr. 31.

Posteriormente, la Corte volvería a constatar que, en ocasiones, se verifican ciertas condiciones de desigualdad real y particularidades de ciertos grupos, que deben ser sopesados si se pretende dar cumplimiento a la obligación de garantizar igualmente los derechos de la CADH. Así lo manifestó en su Opinión Consultiva 16/99, al señalar- a propósito del derecho a la asistencia consular de extranjeros acusados de la comisión de un delito -que “*la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación [...] difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia [...] en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas*”²⁰⁴.

Esta opinión de la Corte emergió con motivo de la consulta que le formulara México, respecto de las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte y, en particular, en cuanto a la vigencia y exigibilidad del derecho a asistencia consular de un extranjero acusado de cometer un delito castigado con dicha penalidad. Tal inquietud se fundaba en el hecho que Estados Unidos hasta ese momento, había sentenciado a muerte a varios nacionales mexicanos, sin haberles comunicado previamente que podían requerir asistencia a las autoridades consulares mexicanas. Ante esto, la corte analizó la relación entre la información sobre asistencia consular, las garantías del debido proceso y el principio de igualdad.

Al respecto, señaló que para garantizar un auténtico acceso a la justicia y un debido proceso a todas las personas, era preciso, previamente, atender a la realidad de quien ha sido inculcado. En este caso, dada la vulnerable y desaventajada posición de los extranjeros que veían su libertad o incluso su vida, pendiendo de un proceso penal, era indudable que la información sobre asistencia consular devenía en un medio indispensable para que aquellos pudieran ejercer derechos tan fundamentales como el de su defensa. En este sentido, la Corte recuerda el carácter evolutivo de los derechos humanos y enfatiza en que si bien, la información de asistencia consular no aparece estrictamente reconocida como parte integrante de las garantías judiciales mínimas que consagran los instrumentos internacionales, ella debe considerarse como tal, en la medida que, frente a determinadas circunstancias,

²⁰⁴ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 9, párr. 119 (las cursivas son nuestras). La Corte hizo referencia explícita a esta cita en el caso Corte IDH, Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 202.

constituye un requisito *sine qua non* para garantizar el goce de derechos humanos ampliamente consagrados y cuyo ejercicio debe asegurarse a todas las personas, sin discriminación.

De este modo, la Corte entiende que si un Estado hace caso omiso de las condiciones de hecho en que se encuentran algunos sectores para hacer valer sus derechos, y no dispone las medidas necesarias para contrarrestar los obstáculos que aquellos enfrentan, contraviene su obligación de garantizar el goce de los derechos a todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación. En definitiva, en esta opinión consultiva la Corte alerta de la presencia de discriminación, no ya por la existencia de una distinción injustificada- como era el caso de la opinión consultiva 4/84- sino por la ausencia de un trato diferenciado para personas que integran un grupo cuya posición en la sociedad es particularmente disímil a la del resto de la población. Al no proporcionarse a los extranjeros la información de asistencia consular- cuya operatividad respecto de los nacionales es nula- se contraviene el principio de igualdad en relación al derecho a un debido proceso y a un juicio justo.

La aproximación de la Corte en esta decisión claramente es de corte sociológico, esto es, aborda la problemática planteada contextualizando el significado de la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos, a las condiciones fácticas de vida de un determinado segmento de la población. Así lo confirman, por lo demás, los votos concurrentes de los jueces Cançado Trindade y García Ramírez. En efecto, el primero de ellos sostuvo que “la acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino *proteger a los ostensiblemente más débiles y vulnerables*. Tal acción de protección asume importancia creciente en un *mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones de jure, notadamente vis-à-vis los migrantes)* [...] *Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar*”²⁰⁵. Continúa afirmando que “*la relación entre el derecho a la información*

²⁰⁵ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 9, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 23 (las cursivas son nuestras). En la misma línea, y como referencia preliminar, el juez Trindade formuló un llamado del siguiente tenor: “no podemos estar indiferentes al aporte de otras áreas del conocimiento humano, y tampoco al tiempo existencial; *las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos*. Los esfuerzos desplegados en este examen parecen recomendar, ante este dato fundamental y condicionador de la existencia humana, *una postura enteramente distinta de la indiferencia y autosuficiencia*, si no arrogancia, del positivismo jurídico”, párr. 5 (las cursivas son nuestras).

sobre la asistencia consular y los derechos humanos se impone por aplicación del principio de la no-discriminación, de gran potencial (no suficientemente desarrollado hasta la fecha) y de importancia capital en la protección de los derechos humanos, extensiva a este aspecto de las relaciones consulares. Tal derecho, situado en la confluencia entre dichas relaciones y los derechos humanos, contribuye a extender el manto protector del Derecho a aquellos que se encuentran en situación de desventaja - los extranjeros detenidos - y que, por eso, más necesitan de dicha protección, sobretudo en los medios sociales constantemente amenazados o atemorizados por la violencia policial”²⁰⁶.

En la misma línea, el juez García Ramírez, señala que los extranjeros sometidos a proceso penal “deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. *No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio*”²⁰⁷.

4. Condición Jurídica y Derechos Humanos de los niños (2002)

Con posterioridad, en el marco de una consulta sobre la vigencia de las garantías contempladas en los artículos 8 y 25 respecto de los niños y niñas, y la compatibilidad de ciertas medidas especiales de protección adoptadas generalmente por los Estados, con las normas de la CADH, la Corte rescató las expresiones vertidas en la comentada OC-4/84 relativas a la existencia de distinciones que configuran un instrumento para proteger a quienes deben ser particularmente amparados, acorde la situación de desvalimiento en que se encuentran. Consecuentemente, al analizar el principio de igualdad en relación a las medidas de protección requeridas por la particular situación de los niños, la Corte estimó que las diferencias de trato entre menores y mayores de edad, son funcionales al objetivo de permitir el cabal ejercicio de los derechos del niño en condiciones de igualdad y que por lo tanto, no entrañan

²⁰⁶ *Ibid*, párr. 28, voto juez Cançado Trindade.

²⁰⁷ *Ibid*, voto concurrente del juez García Ramírez, p. 2. (las cursivas son nuestras).

discriminación²⁰⁸. En este sentido, sostuvo que si bien los niños tienen los mismos derechos de que es titular toda persona, tienen también una suerte de “derechos especiales”, establecidos en consonancia con la situación de mayor vulnerabilidad en que se encuentran.

Según la Corte, “la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia [y que] es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”²⁰⁹. Sin embargo, es preciso aclarar que las medidas especiales a las que se refiere la Corte, no son exclusivamente aquellas concebidas para la específica consecución de mayor igualdad, sino que se trata de todas aquellas medidas destinadas a satisfacer las demandas propias de la condición de menor, en los más diversos ámbitos de su vida y con miras a asegurar el efectivo goce de todos sus derechos. Es decir, tales medidas configuran una concreción de la obligación del Estado de garantizar, en la práctica, los derechos y libertades de toda persona, desplegando todos los medios- legislativos o de cualquier otra índole -que sean necesarios para ello. Con todo, la Corte fue enfática al asentar que las medidas especiales de protección que exigía la vigencia de los derechos de los menores, deben implementarse sin discriminación alguna entre los niños y niñas, dado que todos ellos eran destinatarios de las salvaguardas normativas del Estado.

Asimismo, a propósito de la participación de niños en procesos judiciales y administrativos, la Corte rescató el razonamiento empleado en la opinión consultiva 16/99 en cuanto a la importancia de observar las disímiles circunstancias en que se encuentran ciertos grupos y así disponer las consecuencias jurídicas diferenciadas que permitan nivelar sus posiciones. Al respecto, afirmó que las condiciones en que un menor afronta un proceso, son muy distintas a las de otros sujetos de derecho y que el desconocimiento u omisión de esa realidad, comportaría la falta de adopción de medidas de resguardo y el consecuente perjuicio de los menores. “Por lo tanto, *es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación*, entre quienes participan en un procedimiento”²¹⁰. La Corte reitera en esta opinión su preocupación por las inequidades que pueden generarse por la negativa de introducir diferencias, cuando los hechos nos indican que esa es la única vía por la cual un determinado grupo- en posición desmejorada –puede dar eficacia a sus

²⁰⁸ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos de los niños*. Opinión Consultiva OC- 17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 55.

²⁰⁹ *Ibid*, párr. 60-61.

²¹⁰ *Ibid*, párr.96.

derechos. De igual modo, el juez García Ramírez vuelve a reforzar este argumento al señalar que “la idea misma de “especialidad” constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe --una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho-- y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad”²¹¹.

5. Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados (2003)

En el año 2003 por fin la Corte se refirió *in extenso* al principio de igualdad y la prohibición de discriminación, aunque acotando su revisión, fundamentalmente, a la situación de los trabajadores migrantes. Nuevamente México solicitó a la Corte pronunciarse acerca de una problemática jurídica de enorme trascendencia práctica para las circunstancias fácticas que estaba viviendo un grupo concreto de personas. Su consulta se orientó, básicamente, a determinar la compatibilidad de la privación del goce de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, con la obligación de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección efectiva e igualitaria de la ley. De igual modo, invitó a la Corte a referirse sobre el condicionamiento de algunos mandatos del derecho internacional a la realización de ciertos objetivos de política interna del Estado.

Luego de insistir en que una diferencia de trato objetiva y razonable no constituía discriminación, en que son los elementos de proporcionalidad, adecuación y fin legítimo los que nos permiten evaluar si una norma o práctica es o no discriminatoria y tras reconocer que el principio de igualdad ha sido instituido en una norma imperativa de *jus cogens* con efecto *erga omnes*, la Corte pasó a examinar las condiciones de vida que caracterizaban la posición relativa de los migrantes en las naciones contemporáneas. Estimó que este grupo de personas se encontraba sumido en una situación de vulnerabilidad y debilidad bajo el diseño de relaciones de poder que se entrelazan y superponen al interior de la sociedad. Tal condición, en opinión de la Corte, “tiene una *dimensión ideológica* y se presenta en un *contexto histórico* que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales)”²¹², las que además, son retroalimentadas por la incidencia constante de añejos e injustos prejuicios contra esas personas. La Corte reconoció que esta compleja forma de desigualdad redundaba tanto en la falta de acceso a bienes, servicios y recursos públicos, como en la privación o detrimento de

²¹¹ *Ibid*, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 27 (las cursivas son nuestras).

²¹² Corte IDH, *op. cit.*, en n. 15, párr. 112.

derechos fundamentales. Ante ello, admitió no sólo la pertinencia y validez de ciertas distinciones encaminadas a brindar la debida protección a quienes la requieren, sino además afirmó que “*los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades*”²¹³.

De acuerdo a los antecedentes esgrimidos por la Corte, los migrantes se enfrentan al desarraigo de sus países de origen, al desconocimiento del idioma y la cultura del país receptor, suelen tener serias dificultades de adaptación e inserción y quedan normalmente relegados a las posiciones más marginales del país. Ese escenario hace de los migrantes un grupo susceptible de abusos en los más diversos ámbitos que, ciertamente, se ven agravados en el caso de quienes permanecen indocumentados. De cara a esta constatación, la Corte ratifica que los migrantes indocumentados se encuentran en una posición de particular vulnerabilidad, con respecto a los trabajadores nacionales, aun cuando jurídicamente les correspondan los mismos derechos laborales. Para que estos últimos sean observados en la práctica, los Estados tienen el deber de disponer a su alcance todos los medios necesarios. De modo que, aun cuando un Estado puede establecer políticas migratorias más o menos estrictas, así como reglamentar aspectos relativos a la contratación de migrantes o a su desempeño en determinados sectores productivos, no le es lícito negarles las garantías laborales y demás derechos fundamentales, cuando en los hechos ellos efectivamente desarrollan un trabajo bajo la jurisdicción del Estado receptor²¹⁴. La falta administrativa de los indocumentados no es excusa para discriminarlos en el reconocimiento y goce de sus derechos.

No obstante, no deja de ser curioso que la Corte, tras desarrollar toda una argumentación orientada a identificar las medidas correctivas de la discriminación estructural a que están afectos los migrantes, haya considerado que el establecimiento de mecanismos regulatorios no discriminatorios en la esfera del empleo se traducía, finalmente, en que éstos debían atender “*únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas*”²¹⁵. La valoración de estos últimos elementos, entendidos como parámetros para contrarrestar la discriminación contra los migrantes, parece estar más bien en disonancia con la lectura del principio de igualdad que hasta entonces había defendido férreamente.

²¹³ *Ibid*, párr. 104.

²¹⁴ Ver *mutatis mutandi*, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, caso Broeks v. Países Bajos, Comunicación 172/84, párr. 10.6.

²¹⁵ *Ibid*, párr. 169.

Una vez más, los votos concurrentes de los jueces Cançado Trindade y García Ramírez merecen ser destacados. El primero de ellos pone de relieve la marginación de sectores cada vez más extendidos de la población y entiende que la discriminación se manifiesta como una compleja interrelación de varios de factores. En su opinión, el que los tratados internacionales contengan un abanico de motivos ilegítimos, refleja su pretensión de “*eliminar toda una estructura social discriminatoria*, teniendo en cuenta algunos de sus componentes”²¹⁶. Por su parte, el juez García Ramírez sostiene que en casos como el de los migrantes, el contenido de la igualdad ante la ley rebasa de una mera declaración igualitaria, precisamente porque ellos “constituyen un sector sumamente vulnerable, que efectivamente *ha sufrido las consecuencias de esa vulnerabilidad* en la aplicación de leyes, la adopción y ejecución de políticas y *la proliferación de prácticas discriminatorias y abusivas* en sus relaciones laborales [...] *Esa vulnerabilidad tiene naturaleza estructural*. [una] *vertiente cultural, de carácter endógeno*”²¹⁷.

Luego de ese reconocimiento, el paso lógico siguiente debiese ser definir o precisar cuáles son los mecanismos idóneos y legítimos para hacer frente a un cuadro de discriminación de semejante naturaleza.

b) Casos Contenciosos

1. Caso de la Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala (2004)

La primera vez que la corte hizo alusión a la prohibición de discriminación y al principio de igualdad, con motivo de un caso contencioso, fue en el caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala²¹⁸, cuyo conocimiento se generó a raíz de la matanza de gran parte de la población indígena maya habitante de la aldea Plan de Sánchez. El 18 de julio de 1982 funcionarios militares del Estado asesinaron brutalmente a la mayoría de su población, quemaron sus cuerpos y los enterraron en fosas. Las mujeres y niñas, previamente, fueron separadas y violadas. Quienes lograron sobrevivir debieron desplazarse a otros asentamientos y enfrentar precarias condiciones materiales, emocionales y

²¹⁶ *Ibid*, voto concurrente del Juez Antonio Cancado Trindade, párr. 62.

²¹⁷ *Ibid*, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 9.

²¹⁸ Corte IDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

espirituales. El Estado, por su parte, no efectuó una adecuada investigación, hubo serias obstrucciones a la justicia, no se juzgó y sancionó a los responsables ni se reparó a las víctimas. Los representantes y la Comisión denunciaron que con anterioridad a la masacre, la comunidad era continuamente amenazada y hostigada por los militares y que sus denuncias al respecto jamás fueron consideradas por las instituciones pertinentes. Agregaron que la actuación del Estado se enmarcó en una política genocida, destinada a exterminar al pueblo indígena maya. Invocaron la violación de varias disposiciones convencionales y entre ellas, el artículo 24 de la CADH, lo que fue acogido por la Corte²¹⁹. Sin embargo, en vista del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por Guatemala, la Corte no desarrolló las consideraciones que la llevaron a coincidir con la Comisión Interamericana en una vulneración del derecho a la igualdad.

Sin perjuicio de ello, la Corte sí realizó algunos alcances sobre este aspecto en su resolución sobre reparaciones. Sostuvo que la falta de investigación, así como las irregularidades del procedimiento penal revelaban la falta de voluntad del Ministerio Público y los tribunales de justicia de sancionar a los responsables de la masacre. Asimismo, la Corte aseveró que “tampoco han sido investigados los actos de violencia y represión a los que fueron sometidas las víctimas sobrevivientes de la masacre, quienes *siguen siendo objeto de prácticas discriminatorias para acceder a la justicia*”²²⁰. Destacó, además, que la violencia sexual padecida por las mujeres obedeció a una práctica estatal dirigida a “*destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual*”²²¹. Finalmente, y en consonancia con tales apreciaciones, la Corte estableció- a propósito de los parámetros seguidos para determinar la compensación por el daño inmaterial causado- que “se debe considerar que *la discriminación a la que han sido sometidas las víctimas ha afectado sus posibilidades de acceder a la justicia, lo que ha generado en ellas sentimientos de exclusión y desvalorización*”²²²

2. Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam (2005)

La siguiente ocasión en que la Corte aludió a la prohibición de discriminación, aunque muy someramente, fue en el caso Comunidad Moiwana v. Surinam, referido a la masacre perpetrada por agentes del Estado en 1986 en contra de los clanes N’djuka asentados en la aldea de Moiwana. Como

²¹⁹ *Ibid*, párr. 47

²²⁰ *Ibid*, párr. 49.18. (las cursivas son nuestras)

²²¹ *Ibid*, párr. 49.19. (las cursivas son nuestras).

²²² *Ibid*, párr. 87 letra f. (las cursivas son nuestras)

consecuencia del ataque, 39 de sus miembros fueron asesinados, en tanto los sobrevivientes fueron desplazados internamente o hacia Guyana Francesa y la propiedad de la comunidad fue completamente destruida. El Estado no investigó seriamente los hechos, se verificaron vías de obstrucción a la justicia y a la época de conocimiento del caso por la Corte, nadie había sido juzgado ni sancionado por los crímenes en contra de la comunidad.

En el entendido que una investigación seria y diligente de la masacre, constituía una forma de garantizar el derecho a la integridad personal de los miembros sobrevivientes, la Corte señaló que los innumerables obstáculos opuestos a la consecución de justicia por parte de las víctimas, la falta de investigación y reparación, así como la impunidad persistente “ha creado en los miembros de la comunidad *la convicción de que el Estado los discrimina activamente*”²²³. Más aún, en vista de la ausencia de recursos efectivos y la denegación de justicia en perjuicio de las víctimas, la Corte resaltó la “indignación y vergüenza [padecida por las víctimas] de haber sido *abandonados* por el sistema de justicia penal de Suriname”. No obstante, y pese a dichas referencias y a las propias declaraciones de las víctimas en este sentido²²⁴, la Corte no ahondó en una posible violación al derecho a la igualdad consagrado en la Convención Americana.

3. Caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay (2005)

Un poco más cerca de la revisión de las cláusulas de igualdad estuvo la Corte en el caso Yakye Axa v. Paraguay. Éste versó sobre una reivindicación de tierras ancestrales que requiriera la comunidad Yakye Axa al Estado de Paraguay, que se mantenía sin resolución y en tramitación desde 1993 hasta la presentación del caso ante la Corte. A raíz de ello, los miembros de la comunidad vieron amenazada su supervivencia y continuidad.

Frente a esto la Corte- a modo de “consideración previa” -advirtió que “*de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos)* de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los

²²³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 94.

²²⁴ *Idem*. La propia Corte resalta que ‘Por ejemplo, Antonia Difienjo señaló que “en comparación con otros en el país, [...] nosotros no tenemos los mismos derechos en Suriname”. Stanley Rensch expresó que existe “un apoyo insuficiente a la idea [...] de que los Maroons se merezcan el mismo tipo de protección legal en el país”.

derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, *hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la corte [...] para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana*²²⁵. Tal vez la escueta reflexión de la Corte guardó alguna relación con el hecho que la Comisión Interamericana no esgrimió la violación del artículo 24 de la CADH ni de la obligación de no discriminar del artículo 1.1, pero lo cierto es que la Corte tampoco se valió del principio *jura novit curia* para conocer de dicha posible infracción. De este modo, pasó desapercibida la conexión entre la violación de los artículos 8, 21 y 25 y la discriminación estructural de los pueblos indígenas.

4. Caso YATAMA v. Nicaragua (2005)

Sólo al conocer del caso Yatama v. Nicaragua, la Corte realmente se abocó al análisis del principio de igualdad. Por primera vez declaró la violación del artículo 24 de la CADH y lo hizo con motivo de una restricción ilegítima de los derechos políticos de comunidades indígenas en Nicaragua. Los representantes de la organización indígena YATAMA, agrupados como colectivo de suscripción popular, fueron excluidos de las elecciones municipales como consecuencia de la entrada en vigencia de una ley que, para efectos de optar al sufragio de los electores, imponía por una parte, constituirse como partido político, y de otra, inscribir candidatos al menos en el 80% de los municipios y respecto del 80% del total de las candidaturas. Aun cuando YATAMA cumplió con la exigencia de convertirse en partido político, no pudo satisfacer la inscripción de candidatos en al menos el 80% de los municipios, por lo que finalmente quedaron al margen del proceso electoral que se llevó a cabo en noviembre del año 2000.

La Corte, tras recordar que el principio de no discriminación es una norma imperativa de *jus cogens*, afirmó que la obligación de los Estados en esta esfera comprende “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*

²²⁵ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 61, párr. 51.

*reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas*²²⁶. En el ámbito del ejercicio de los derechos políticos, la efectiva e igualitaria garantía de su ejercicio a todas las personas supone algo más que la consagración de normas que lo aseguren formalmente. La Corte, siguiendo de cerca sus opiniones consultivas 16/99 y 17/03, señaló que el Estado debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar- en los hechos –la participación y representación política de todos los sectores, “*considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos grupos sociales*”²²⁷.

La salvaguardia del goce igualitario de los derechos políticos, en el presente caso, suponía asumir que los afectados eran personas pertenecientes a comunidades indígenas que se identifican y distinguen del resto de la población, *inter alia*, por su lengua, costumbres y formas de organización, así como por el hecho que “enfrentan serias dificultades que los mantienen en una *situación de vulnerabilidad y marginalidad*”²²⁸. De esta manera, la Corte manifiesta la importancia de observar el principio de igualdad, brindando un trato acorde a las posiciones desiguales o peculiares características de determinados grupos, que no pueden ser soslayadas. El Estado de Nicaragua discriminó a los miembros de comunidades indígenas en relación a su derecho a ser electo para un cargo público, a raíz de la imposición de formas ajenas de organización, como es el caso de los partidos políticos, así como también por la exigencia de presentar candidatos en el 80% de los municipios. Según la Corte, si bien es admisible la regulación del ejercicio de este derecho, no resulta proporcional el requerir indistintamente la constitución de partidos políticos cuando ello, previsiblemente, se traducirá en un serio obstáculo a la participación y representación de quienes, por sus usos y costumbres, desconocen esa modalidad de asociación. Del mismo modo, tampoco resulta razonable pretender que la comunidad indígena representada por YATAMA podría posicionarse o concitar apoyo en casi todos los municipios. En consecuencia, el Estado debió poner a disposición de las comunidades indígenas mecanismos alternativos o facilidades para resguardar el derecho de sus miembros a elegir y ser elegido para incidir en la dirección de los asuntos públicos del país²²⁹, con miras a evitar las consiguientes consecuencias perjudiciales para el reconocimiento y ejercicio de otros derechos fundamentales.

²²⁶ Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185 (las cursivas son nuestras)

²²⁷ *Ibid*, párr. 201.

²²⁸ *Ibid*, párr. 202.

²²⁹ *Ibid*, párr. 207 y 215-218.

A la luz de tales consideraciones, la Corte sostuvo que el Estado falló en la ponderación de la desigual condición en que se hallaban los integrantes de las comunidades indígenas de la costa atlántica, pues no adoptó las medidas necesarias para garantizarles sus derechos políticos en la misma medida que al resto de la población. El resultado de la uniforme aplicación de la nueva ley electoral y de la omisión de medidas diferenciadas fue que el 80% de sus miembros se abstuvieron de votar y sus intereses quedaron ausentes de la escena política. En opinión de la Corte, aquellos fueron víctimas de discriminación de *jure* y de *facto*²³⁰, por lo que declaró violado el artículo 23 (derechos políticos) conjuntamente con el artículo 24 (igualdad ante la ley). Esto último, por cierto, no deja de ser llamativo, ya que existiendo también en la Convención Americana una cláusula de igualdad subordinada (artículo 1.1) debió ser la vulneración de ésta la que se conjugara con la del artículo 23.

5. Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana (2005).

Poco tiempo después, la Corte volvería a declarar la vulneración del derecho a la igualdad, esta vez, por parte de República Dominicana²³¹. El caso tuvo como víctimas a dos niñas de origen haitiano a las cuales se les negó sus actas de nacimiento, con motivo de la aplicación de requisitos diferentes a los contemplados para menores de 13 años nacidos en el territorio del Estado, aun cuando ambas se encontraban bajo el supuesto de hecho de la normativa aplicable. En efecto, al momento de requerirse la respectiva inscripción, una de ellas tenía sólo 10 meses de vida, en tanto la otra había cumplido 12 años. La Corte estimó que este trato diferencial brindado a las niñas no obedecía a ninguna justificación objetiva o razonable, puesto que ellas cumplían con todas las condiciones para obtener la nacionalidad dominicana, conforme a la Constitución del Estado y los tratados internacionales sobre la materia²³². La Corte, además, constató que existía una dispersión y falta de uniformidad en cuanto a los documentos exigidos para obtener la nacionalidad, lo que favorecía el ejercicio arbitrario de la discreción por parte de los funcionarios públicos a quienes se solicitaba la inscripción. De hecho, hizo mención a los informes de Naciones Unidas que explicaban la denegación de nacionalidad a los haitianos nacidos en territorio dominicano como una práctica generalizada, vinculada a la profunda discriminación de que eran víctimas. La imposibilidad de obtener la nacionalidad del lugar de nacimiento acarreó para ambas niñas su condición de apátridas, lo que les significó la privación del

²³⁰ *Ibid*, párr. 224-225.

²³¹ Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

²³² *Ibid*, párr. 165-166.

reconocimiento y goce de sus derechos fundamentales y la consiguiente agudización de su situación de vulnerabilidad.

La Corte precisó que la facultad estatal de restringir la concesión de su nacionalidad tiene como límite el principio de no discriminación y de protección efectiva e igualitaria de la ley, cuyo contenido procedió a explicar. Señaló que el mentado principio se traduce, por una parte, en que el Estado está impedido de introducir regulaciones derechamente discriminatorias, así como también aquellas que, sin serlo, tengan el mismo efecto respecto de determinados grupos de la población. De otra parte, agregó que en virtud de dicho principio el Estado también se encuentra conminado a combatir toda forma o manifestación de discriminación, como asimismo “*debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas*”²³³. Este tribunal, además, reiteró sus dichos vertidos en la OC- 17/03 en cuanto recordó que los Estados se hallaban obligados a respetar y garantizar la igualdad ante la ley de las personas sujetas a su jurisdicción, con total prescindencia de su estatus migratorio.

La Corte calificó de arbitraria la distinción practicada entre las víctimas y el resto de los menores de 13 años nacidos en el territorio de República Dominicana, pero no consideró que eso agotara la violación del derecho a la igualdad. En efecto, dicho análisis lo insertó en el cuadro de discriminación sistemática que padecen las personas de origen haitiano en dicho país y que los margina tanto del reconocimiento de sus derechos más elementales como de los beneficios o recursos estatales. En palabras de la Corte “*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*”²³⁴, a lo que debemos adicionar su condición de niñas (menores de edad y mujeres).

En vista de que la Corte contextualizó este caso de subinclusión arbitraria en la realidad desaventajada del grupo al que pertenecían las víctimas, transitó desde la prohibición de diferencias arbitrarias hacia la dimensión positiva de la obligación de garantizar el derecho de igualdad ante la ley. Así, sostuvo que “*República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Dilcia Yean y Violeta Bosico, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana,*

²³³ *Ibid*, párr. 141 (las cursivas son nuestras)

²³⁴ *Ibid*, párr. 168.

*puvieran 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*²³⁵. Con base en los argumentos expuestos, la Corte declaró la violación de los artículos 20 y 24, en relación al 19 y 1.1 de la CADH y una vez más quedó inutilizada la conjunción de la cláusula subordinada de igualdad y el derecho sustantivo convencional en juego (en este caso, el de nacionalidad).

6. Caso López Álvarez v. Honduras (2006).

En el año 2006 la Corte determinó la responsabilidad internacional de Honduras con motivo de la trasgresión, entre otros, del derecho a la igualdad ante la ley en perjuicio de una persona perteneciente a una comunidad indígena²³⁶. Alfredo López Álvarez, miembro de una comunidad Garífuna hondureña (afroamericanos mestizados con indígenas), fue acusado de posesión y tráfico de estupefacientes, por lo que fue privado de libertad. Durante su reclusión, las autoridades penitenciarias le prohibieron usar su lengua materna garífuna tanto a él como al resto de la población indígena recluida, impidiéndoles comunicarse en ese idioma entre ellos y con las personas que los visitaban.

En este caso la Corte constató que la restricción a la libertad de pensamiento y expresión se había producido respecto de un grupo determinado de personas y no sobre la totalidad de la población penitenciaria. Verificó que la afectación de este derecho no obedecía a alguna de las limitaciones legítimas con arreglo a la convención y que el Estado tampoco ofreció una justificación apropiada del trato diverso otorgado a los miembros de la comunidad Garífuna. En este sentido, acorde con los elementos de análisis del *test* sobre discriminación, la Corte concluyó que el Estado no había aducido razones de seguridad u otras necesidades admisibles que permitieran calificar de razonable la prohibición impuesta.

La Corte insistió en el alcance del principio de no discriminación y de protección efectiva e igualitaria de la ley, previamente desarrollado en el caso *Yean y Bosico v. República Dominicana* y retomó sus palabras del caso *Yakye Axa v. Paraguay* al resaltar que “*los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en*

²³⁵ *Ibid*, párr. 171.

²³⁶ Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos”²³⁷. La Corte estimó que la lengua era un factor trascendental para la pervivencia de una comunidad indígena, pues constituye el medio de expresión y transmisión de su cosmovisión. Bajo ese entendido “la prohibición adquiere [...] una especial gravedad, ya que *el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna*. De ese modo [se] *afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad*”²³⁸.

La Corte nuevamente destacó aspectos que sitúan la vulneración del principio de igualdad y no discriminación más allá de la esfera individual y que ponen de relieve la pertenencia a un determinado colectivo caracterizado no sólo por sus costumbres, sino también por los escollos que afrontan en diversos planos. De allí que la Corte concluyera que la restricción al derecho de expresarse en su lengua materna “fue discriminatoria en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, *como miembro de la comunidad garífuna*”²³⁹ y que constituyó una infracción al artículo 13 en conjunto con el artículo 24 y de la obligación de respetar y garantizar los derechos del artículo 1.1. Con ello, se vuelve a abandonar aquella antigua distinción entre la aplicación del artículo 1.1 y 24 de la CADH que la Corte formulara en su opinión consultiva 4/84²⁴⁰.

7. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay (2006)

Posteriormente, en otro caso contra Paraguay la Corte volvió a referirse al derecho de igualdad y la prohibición de discriminación, repitiendo el razonamiento expuesto en *Yakye Axa*. Vale decir, sólo se aproximó al artículo 24 en tanto “consideración previa”. En el caso *Sawhoyamaya v. Paraguay* una comunidad indígena reivindicaba sus tierras ancestrales inscritas bajo dominio privado desde hacía mucho tiempo. Su pretensión de recuperar su hábitat, así como sus actividades tradicionales y formas de vida asociadas a la tenencia de sus tierras, pendía sin resolución desde 1991. Al momento de presentarse la denuncia, la comunidad de *Sawhoyamaya* permanecía sumida en una situación de extrema precariedad. Vivían a una orilla de una carretera nacional en condiciones de suma pobreza, con falta de agua potable y alimentos, sin acceso a salud ni al reconocimiento de la personalidad jurídica de

²³⁷ *Ibid*, párr. 171. Afirmación extraída del caso *Yakye Axa v. Paraguay*, párr. 51 (las cursivas son nuestras).

²³⁸ *Ibid*, párr. 169.

²³⁹ *Ibid*, párr. 172.

²⁴⁰ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 4, párr. 53-54.

sus miembros, pues enfrentaban serios obstáculos para el registro de su nacimiento, defunción o cambios de su estado civil. Gran parte de la población moría producto de la escasez de víveres, la insalubridad, la falta de atención médica y de medicamentos. El terreno en que estaban ubicados los principales asentamientos de esta comunidad no era apto para el cultivo ni para sus actividades tradicionales de subsistencia, por lo que debían emplearse como asalariados y asumir condiciones de vida ajenas a las de su cultura.

Ante esto, la Corte advirtió- a modo de consideración preliminar- que “*debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena*, la Corte considera oportuno recordar, como lo ha hecho en otras ocasiones, que de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, *los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción*”²⁴¹. A continuación, agregó que los Estados al interpretar y aplicar su normativa deben tener en cuenta las particularidades que distinguen a los miembros de estas comunidades del resto de la población, lo cual también correspondía efectuar a la propia Corte respecto de las disposiciones convencionales y que en efecto, procedería a llevar a cabo dicho proceso en este caso. Sin embargo, la Corte finalmente sólo se limitó a declarar la violación de los artículos 8 y 25, 21, 4 y 3 en relación a la obligación de respeto y garantía del artículo 1.1.

Aun cuando la Corte sostuvo que en el presente caso el Estado había fallado en su deber de adoptar las medidas positivas imprescindibles para asegurar que las personas pertenecientes a esta comunidad indígena pudieran disfrutar de sus derechos (del mismo modo que las demás personas sujetas a su jurisdicción) no consideró que pudiera estar implicada la garantía de la igualdad. Esto es particularmente interesante si observamos que respecto de la salvaguarda del derecho a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica de estas personas, la Corte construyó una argumentación muy afín a la idea de quebrantamiento del principio de igualdad.

Por una parte, afirmó que “la vida de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya se caracteriza por el desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición [...] así como *la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales* [...]. Se da cuenta de esta situación precaria de la Comunidad y de la muerte de varios niños [pero] *el Estado*

²⁴¹ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 61, párr. 59.

*no adoptó ninguna medida concreta para prevenir la vulneración al derecho a la vida de las presuntas víctimas*²⁴². En este sentido, la Corte incluso destacó que el tratamiento y las medidas particulares que el Estado debía implementar respecto del derecho a la vida de los integrantes de la comunidad, no eran de igual índole a las que normalmente está llamado a adoptar en este ámbito respecto de la mayoría de los habitantes de Paraguay. En efecto, *“las medidas a las que el Estado se comprometió frente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa diferían por su carácter de urgencia de aquellas que el Estado debía adoptar para garantizar los derechos de la población y las comunidades indígenas en general. Aceptar lo contrario sería incompatible con el objeto y propósito de la Convención Americana, la cual requiere que sus provisiones sean interpretadas y aplicadas de tal forma que los derechos en ella contemplados sean práctica y efectivamente protegidos*²⁴³.

De otro lado, en lo concerniente a la violación del derecho a la personalidad jurídica, la Corte resaltó que los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa nacían y morían sin que ello fuera jurídicamente reconocido por el Estado, en vista de los óbices económicos, geográficos y sociales que les impedían acceder al registro de sus nacimientos, defunciones y demás certificados de identidad. Este vacío jurídico agravaba la extrema situación de vulnerabilidad en que se encontraba la comunidad, al despojarlos de la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones. Por ello, la Corte enfatizó que *“es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley*²⁴⁴. No obstante, como ya lo anticipamos, las apreciaciones recién descritas no condujeron a la Corte a declarar la violación del derecho a la igualdad y no discriminación en perjuicio de los miembros de la comunidad indígena Sawhoyamaxa, por lo que tales consideraciones finalmente quedaron difuminadas tras la vulneración de otros derechos convencionales. Si bien la Corte siempre que declara la violación de algún derecho, declara a la vez una violación del artículo 1.1 de la Convención Americana -pues este contiene las obligaciones genéricas de respetar y garantizar cada uno de los derechos consagrados en este instrumento internacional- consideramos que al no explicitar que también está declarando una violación de este artículo en tanto

²⁴² *Ibid*, párr. 168-169.

²⁴³ *Ibid*, párr. 173 (las cursivas son nuestras)

²⁴⁴ *Ibid*, párr. 189 (las cursivas son nuestras)

cláusula subordinada de no discriminación, la vulneración del derecho a la igualdad se difumina, especialmente si esta no tiene un correlato coherente a nivel de medidas de reparación.

8. Caso Ximenes Lopes v. Brasil (2006)

De igual modo resulta pertinente hacer mención de la resolución de la Corte en el caso Ximenes Lopes v. Brasil, aun cuando tampoco aquí encontró una violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Sin embargo, en este caso se aducen también ciertas observaciones preliminares relevantes para nuestro propósito. El sr. Damião Ximenes Lopes padecía de una discapacidad mental, producto de alteraciones orgánicas cerebrales. A la época de los hechos que motivaron la denuncia, vivía con su madre. Cuando éste tenía alrededor de 30 años de edad y ante una aparente crisis nerviosa, su madre lo internó en una casa de reposo. Tres días después de su ingreso, el Sr. Ximenes Lopez falleció. Se estableció que su deceso se produjo en condiciones violentas y que fue sometido a tratos crueles y maltrato por parte del personal de la institución que debía brindarle cuidado y asistencia médica. Seis años después de su muerte las investigaciones y el proceso penal incoado aún no arrojaban resultados satisfactorios.

En el caso en comento, la Corte sólo se refirió a la igualdad ante la ley, la prohibición de la discriminación y la protección contra ésta al abordar- previo al análisis de fondo -“la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren de discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad”. Bajo este epígrafe la Corte hizo presente que existen determinados factores que hacen de ciertos grupos de personas sectores más desaventajados y vulnerables, que muchas veces esos elementos se encuentran entrelazados y agravan aún más la vulnerabilidad del grupo y la vigencia efectiva de sus derechos. Frente a ello el Estado no podría permanecer impávido, pues sobre él pesa el compromiso de adoptar los mecanismos necesarios para revertir ese tipo de situaciones. La Corte identificó la discapacidad como uno de los fenómenos que solían relegar a quienes la padecían a una posición desmedrada que se vinculaba directamente con su marginación social y económica. *“Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro [...]Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las 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*²⁴⁵

Pero la Corte avanzó un poco más y precisó que el análisis acerca de la violación del derecho a la integridad y a la vida del Sr. Ximenes Lopes lo haría a la luz de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y de los Principios de Naciones Unidas sobre Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, la Corte no llegó a afirmar la vulneración del artículo 1.1 en lo relativo a su cláusula subordinada de no discriminación, ni del artículo 24, motivando la crítica del juez Cançado Trindade en los siguientes términos: “*Las personas portadoras de deficiencias (más de 600 millones de personas, o sea, aproximadamente el 10% de la población mundial) integran estos segmentos más vulnerables de la población, y con relación a ellas el principio básico de la igualdad y la no discriminación asume trascendental importancia. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Personas Portadoras de Deficiencias de 1999 otorga especial relevancia a este principio [...] Sin embargo, en la presente Sentencia, la Corte se refiere a él de un modo, en mi opinión, sólo oblicuo e insatisfactorio, cuando, en su propia jurisprudencia, hay elementos preciosos que podrían haber fortalecido su fundamentación*”²⁴⁶. Por su parte, el juez García Ramírez, siguiendo la línea argumentativa de fallos anteriores, emite un voto razonado en el que resalta el rol de una suerte de “derechos especiales” frente a los meramente “generales”. Aquellos, a diferencia de estos últimos, se corresponden con la existencia de determinados colectivos que requieren de una protección diferenciada en vista de su posición desmejorada. “*Los factores de (ventaja o) desventaja son muy numerosos. Algunos provienen de condiciones propias del sujeto -la salud, la edad o el sexo, entre ellas-; otras, de circunstancias sociales- la condición de indígena, extranjero, detenido, por ejemplo. Es obligación del Estado [...] salir al paso de estas desigualdades, segar la fuente de las discriminaciones y acompañar con eficacia [...] el accidentado curso de la existencia, procurando prevenir, moderar y remediar sus contingencias*”²⁴⁷.

9. Caso del penal Miguel Castro Castro v. Perú (2006)

²⁴⁵ Corte IDH, Caso *Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104-105.

²⁴⁶ *Ibid*, voto separado del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 43.

²⁴⁷ *Ibid*, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 5.

El caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú²⁴⁸ constituye la primera sentencia en que la Corte se atribuye competencia para conocer de la Convención Belém do Pará y declarar la violación de sus disposiciones. Con esto no sólo se da un salto cualitativo en materia de protección de los derechos humanos a nivel regional, sino que se realza la dimensión de género de las violaciones a los derechos humanos y, en este caso en particular, se pone de manifiesto las particularidades de los atentados y vejaciones padecidas por las internas del penal. En 1992, bajo el gobierno de Alberto Fujimori, el Estado peruano organizó y llevó a cabo un plan supuestamente destinado a trasladar a las internas del pabellón 1A del centro de reclusión de máxima seguridad Miguel Castro Castro hacia la cárcel de Chorrillos. Sin embargo, el denominado “Operativo Mudanza 1” estaba realmente encaminado a terminar con la vida de las 135 mujeres reclusas en el pabellón 1A y de los 400 hombres mantenidos en el pabellón 4B del mismo penal, en vista que en ambos sectores se encontraban las personas acusadas o sentenciadas por terrorismo y traición a la patria, presuntos miembros del Sendero Luminoso.

El operativo se extendió desde el 6 al 9 de mayo y durante él las fuerzas armadas, policiales y agentes estatales derribaron parte de la pared externa del pabellón 1A utilizando explosivos. Desde los techos abrieron brocados y dispararon hacia el interior, para posteriormente atacar también a los hombres del pabellón 4B. Desde el inicio de la operación las fuerzas de seguridad del Estado utilizaron armas de guerra, ametralladoras, explosivos, bombas lacrimógenas, vomitivas y paralizantes. Las balas y granadas utilizadas se fragmentaban al impactar contra las paredes, hiriendo a muchos internos e internas con esquirlas. Incluso emplearon cohetes disparados desde helicópteros, fuego de mortero y granadas. Producto de ello, fallecieron 41 personas reclusas y más de 190 resultaron heridas. Se constató que durante los 4 días en que se extendió el operativo las víctimas del ataque sufrieron tortura, tratos crueles y degradantes. En particular las mujeres fueron sometidas a violencia sexual y tres de ellas que se encontraban embarazadas sufrieron tortura y no recibieron asistencia médica. La Corte advirtió la forma diferenciada de los sufrimientos y agresiones infligidos a las mujeres del penal y la particular connotación de ciertos castigos propinados por los agentes estatales a las internas, vinculados con su estado de gravidez, con su condición de madres, así como con otras características asociadas al género²⁴⁹. Así, la Corte señaló que para analizar los hechos y sus consecuencias “*tomará en cuenta que*

²⁴⁸ Corte IDH, *Caso del penal Miguel Castro Castro v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

²⁴⁹ *Ibid*, párr. 330 a 332.

*las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. [...] Durante los conflictos armados internos las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, [que se utilizan] contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres [...] además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección*²⁵⁰.

En vista de lo anterior, la Corte explicita que “aplicará el artículo 5 de la Convención Americana y fijará sus alcances, *tomando en consideración como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [...] y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [...] ya que estos instrumentos complementan el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres*²⁵¹. Al desarrollar el derecho a la integridad personal de las mujeres privadas de libertad, la Corte- citando al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y al Comité CEDAW -afirmó que al Estado le está vedado discriminarlas y que deben ser protegidas de toda forma de violencia (especialmente de la de carácter sexual, o de aquella dirigida a ellas por ser mujeres o que les afecta desproporcionadamente) y recordó que la violencia contra las mujeres constituye una forma o manifestación de la discriminación en su contra²⁵².

Sin embargo, para la calificación jurídica de estos sucesos, la Corte no se refirió al artículo 6 de la Convención Belem do Pará (que precisamente reconoce ese nexo entre violencia y discriminación contra la mujer) ni tampoco desarrolló un posible compromiso del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación consagrada en la Convención Americana. Su examen sobre las vejaciones sufridas por las mujeres, culminó declarando la violación del artículo 5.1 y 5.2 en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar y garantizar) y en conexión con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Asimismo, en cuanto a la falta de

²⁵⁰ *Ibid*, párr. 223-224 (las cursivas son nuestras).

²⁵¹ *Ibid*, párr. 276 (las cursivas son nuestras).

²⁵² *Ibid*, párr. 303.

investigación y sanción por estos hechos, consideró que se habían vulnerado los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en conexión con el artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará).

La aplicabilidad de esta última y su vínculo con relevantes argumentos de derecho sustantivo, fue uno de los ejes del voto razonado del Juez García Ramírez, quien tras resaltar la necesidad de asegurar los derechos y libertades de las mujeres, por vía del acceso a la justicia internacional, introduce una interesante distinción. Explica que entre tales libertades y derechos, se encuentran aquellos cuya protección y alcance se realiza de manera análoga a la salvaguardia de los derechos y libertades de los hombres. Pero agrega, que existen otros que “se relacionan en forma directa y exclusiva -o casi exclusiva- con la condición de mujeres que tienen sus titulares” y que es en este último sector, donde “*se impone la adopción de medidas especiales*” que reconozcan las especificidades de las mujeres y de la posición social en que se encuentran respecto del ejercicio de sus derechos. En palabras del juez García Ramírez, tales medidas especiales serán aquellas que “*restablezcan, introduzcan o favorezcan la igualdad entre varones y mujeres en ámbitos en los que éstas se han encontrado en situación desfavorable* frente a aquéllos por consideraciones culturales, económicas, políticas, religiosas, etcétera”²⁵³. Luego, recuerda que la Corte ya ha establecido que el principio de igualdad no sufre lesión alguna cuando se introducen diferencias de trato a personas sumidas en una situación postergada, con el objeto de colocarlas en posición de ejercer realmente sus derechos. Finalmente, el juez García Ramírez aboga por la exigibilidad de las medidas especiales (en los términos por él definidos) así como por la aceptación y pervivencia de este tipo de medidas. Al respecto afirmó que “*la desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación. El principio de juridicidad [...] no sólo no excluye, sino reclama, la admisión -más todavía: la exigencia- de una especificidad que alimente ese trato igualitario y evite el naufragio al que frecuentemente se halla expuesto*”²⁵⁴.

10. Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam (2007)

²⁵³ *Ibid*, voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 10.

²⁵⁴ *Ibid*, párr. 11.

Tiempo después la Corte conocería de un nuevo caso contra Surinam, de características muy similares al de la comunidad Moiwana, que la llevaría a referirse nuevamente a la procedencia de “medidas especiales”. En el caso del Pueblo Saramaka v. Surinam²⁵⁵ una comunidad tribal reclamó el reconocimiento de la tenencia de sus tierras ancestrales, conforme a sus usos y costumbres, lo que suponía una posesión comunal de la tierra y la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que aquella ofrecía. Sin embargo, el Estado se negaba a posibilitarles esa forma de ejercicio del derecho de propiedad y sólo les otorgaba un privilegio para el uso y goce de su territorio (prerrogativa que, como advirtió la Corte, podía perfectamente ser revocada u opacada por derechos de terceros). Por lo demás, sólo los miembros de la comunidad- individualmente considerados -podían requerir permiso estatal de uso de la tierra, ya que la comunidad tribal, en tanto entidad colectiva, no contaba con personalidad jurídica. Para abordar esta problemática, la Corte comenzó por reconocer que esta comunidad poseía rasgos distintivos frente al resto de la sociedad, tanto en lo cultural, como en lo económico. Señaló que en el contexto de esa diferente forma de desarrollar su existencia, correspondía preguntarse si debía el Estado adoptar ciertas medidas especiales para garantizarles el ejercicio pleno de sus derechos. La Corte, aduciendo su jurisprudencia en el caso Moiwana, respondió afirmativamente. Sostuvo que “*con base en el artículo 1.1 de la Convención [...] se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal [...] que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo*”²⁵⁶. En seguida, la Corte concretizó este mandato en el ámbito del ejercicio del derecho de propiedad y en los términos particulares en que este pueblo concebía su relación con la tierra. De modo que, la “protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, *le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente*”²⁵⁷.

Pero la Corte, además, complementó dicha afirmación con una aclaración de suma relevancia para el ejercicio del derecho de propiedad del pueblo Saramaka, a saber, que la implementación de normativa que les reconociera una manera particular o diferenciada de ejercer este derecho no contravenía el principio de igualdad, sino que constituía una forma de posibilitarles un auténtico goce

²⁵⁵ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 62.

²⁵⁶ *Ibid*, párr. 85-86 (las cursivas son nuestras)

²⁵⁷ *Ibid*, párr. 91 (las cursivas son nuestras)

de la propiedad sobre sus tierras, conforme su cultura. Por tanto, “*es improcedente el argumento del Estado en cuanto a que es discriminatorio aprobar una ley que reconozca las formas comunales de posesión de la tierra*. Es un principio establecido en el derecho internacional que *el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación* [...] En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que *es necesario la adopción de medidas especiales* a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres”²⁵⁸. Del mismo modo, la Corte desarrolló las consecuencias de la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad y afirmó que el Estado había comprometido su responsabilidad al negársela, situando a sus miembros en una situación de vulnerabilidad. Agregó que dicho reconocimiento era una de las medidas especiales a que el Estado se encontraba obligado y que al no hacerlo impedía al pueblo Saramaka el disfrute de la propiedad sobre sus tierras, así como los privaba también de protección judicial efectiva. No obstante, esto fue articulado por la Corte sólo a propósito del artículo 3 de la Convención Americana, sin acudir a ninguna de las disposiciones que consagran el derecho de igualdad, repitiendo así su razonamiento en el caso *Moiwana*²⁵⁹. Pero la inmutabilidad de su propio precedente no la inhibió a la hora de explicitar que “el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica [...] *con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley*”²⁶⁰.

11. Caso Apitz, Barbera y otros v. Venezuela (2008).

Finalmente, este año la Corte se pronunció sobre la posible violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación a propósito de la destitución de tres jueces venezolanos²⁶¹. Los exmagistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera fueron destituidos de sus cargos el 30 de octubre de 2003, por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable, al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. No

²⁵⁸ *Ibid*, párr. 103 (las cursivas son nuestras).

²⁵⁹ *Ibid*, párr.172 a 175.

²⁶⁰ *Ibid*, párr. 174 (las cursivas son nuestras)

²⁶¹ Corte IDH, caso *Apitz, Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

obstante, las otras dos magistradas del tribunal, Marrero y Morales, no corrieron la misma suerte, puesto que el órgano disciplinario resolvió no destituir las en vista que ambas cumplían con los requisitos para su jubilación. Así, pese a que los cinco jueces habían concurrido unánimemente al fallo que motivó el procedimiento disciplinario, sólo tres de ellos fueron sancionados. Posteriormente las magistradas no destituidas fueron, además, designadas para desempeñarse en el Tribunal Superior de Justicia. Por su parte, los jueces destituidos quedaron inhabilitados para volver a ocupar cargo judicial alguno.

Afortunadamente la Corte decidió conocer de una eventual vulneración al derecho de igualdad y no discriminación invocada por los representantes de las víctimas, pese a que la Comisión Interamericana había desestimado dicho argumento y declinado su alegación ante el tribunal internacional. La Corte expuso su razonamiento bajo la consideración de tres posibles ámbitos de discriminación: en la aplicación de la sanción de destitución, en el acceso a cargos públicos y en la aplicación de la ley procesal (tiempo de tramitación de recursos de nulidad interpuestos).

Respecto al primer punto, el Estado pretendió demostrar la legitimidad de la aplicación diferenciada de la sanción disciplinaria, afirmando que los tres jueces destituidos se encontraban en una posición disímil a la de las juezas no sancionadas, puesto que los primeros no cumplían con los requisitos de jubilación como sí lo hacían las magistradas Marrero y Morales. La Corte, si bien admitió que era factible sostener tal apreciación desde ese punto de vista, precisó que lo relevante a efectos del juicio de igualdad era determinar si el encontrarse en situación de jubilar constituía o no una justificación objetiva y razonable para que dos de los jueces fueran eximidos de la máxima sanción disciplinaria, a la luz de los fines de la normativa que la disponía, a saber, salvaguardar la idoneidad de los jueces. En efecto, correspondía tener a la vista que los cinco magistrados incurrieron en el mismo supuesto de hecho previsto por la norma disciplinaria, de lo que se debía seguir una misma consecuencia. Ante esta interrogante la Corte estimó que *“la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución”*. Luego corroboró que *“los cinco jueces tenían un grado idéntico de responsabilidad disciplinaria, y el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtu[aba] en sentido alguno dicha constatación”*²⁶². Para valorar el carácter ajeno o extraño de la condición de jubilación respecto del juicio disciplinario, la Corte destacó que no era necesario reemplazar la destitución por la concesión del

²⁶² *Ibid*, párr. 197 (las cursivas son nuestras)

mentado derecho social y que, de hecho, en otro caso se habían aplicado ambos supuestos conjuntamente, de modo que un juez destituido por una sanción disciplinaria podía perfectamente jubilarse al mismo tiempo²⁶³. En consecuencia, “*los cinco magistrados debían considerarse como idénticamente situados frente al proceso disciplinario*”²⁶⁴.

Paradójicamente, la conclusión a que la Corte arribó tras toda esta argumentación fue que “*el Tribunal no tiene competencia para decidir si procedía la mencionada sanción y a quiénes tendría que aplicarse. [...] La Corte no tiene facultad para decidir que las magistradas Marrero y Morales debieron haber sido sancionadas tal y como lo fueron las víctimas. Así, no es posible afirmar que el derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas. En conclusión, en este caso no procede decretar una violación al derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención*”.

De este modo, la Corte da a entender que, por una parte, carecería de competencia para declarar una vulneración al artículo 24 en el presente caso, so pena de sustituir las atribuciones de los tribunales venezolanos. Por otra, que no le competiría determinar que las magistradas Marrero y Morales debieron ser sancionadas, resolviendo con ello el fondo del juicio disciplinario que originó la controversia. Y finalmente añadió que, de todas formas, no habría una infracción del artículo 24, toda vez que esta garantía no protegería el único derecho que según las víctimas estaría en juego: exigir una sanción idéntica a la propia. Para esta última consideración, cabe destacar que la Corte se apoyó en la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso *Brinkhof v. Países Bajos*, en el cual aquel constató que no era razonable distinguir entre unos objetores de conciencia y otros, para efectos de eximir sólo a algunos del servicio militar. Pero que ello no obstaba a que en el caso sub iudice el Comité estimara que el peticionario no había demostrado que el servicio sustitutivo de los Países Bajos era realmente incompatible con sus creencias pacifistas ni que la exención concedida a los Testigos de Jehová vulnerara sus derechos.

Esta determinación de la Corte significó que desechara los otros dos aspectos sobre los que se alegó una trasgresión de la prohibición de discriminación, esto es, en materia de acceso a las funciones públicas (artículo 23.1) y en cuanto a la diferente duración de la tramitación de los recursos de nulidad

²⁶³ *Ibid*, párr. 198.

²⁶⁴ *Ibid*, párr. 200 (las cursivas son nuestras)

interpuestos. Una vez que la Corte validó la diferencia de trato entre los magistrados Apitz, Rocha y Ruggeri y las juezas Marrero y Morales, empleó precisamente la consecuencia jurídica de esa distinción para justificar la diferencia en materia de acceso a cargos públicos y de tramitación de recursos de nulidad. Así, la Corte estimó, primero, que la destitución era una causal objetiva y razonable para prohibir el reingreso a las funciones públicas, mientras que la jubilación no era impedimento para ello, por lo que la inhabilidad de los jueces destituidos no era discriminatoria. En el segundo ámbito cuestionado, la Corte consideró que la tramitación del recurso de nulidad interpuesto por la magistrada Morales ponderó elementos disímiles a los del recurso incoado por los jueces Rocha y Apitz, pues el de aquella contempló la alegación de su jubilación, así como el proceso de revocación de su destitución y, en consecuencia, la diversa naturaleza de este procedimiento justificaba la mayor demora en la tramitación del recurso iniciado por los magistrados Rocha y Apitz.

Sin perjuicio de ello, a propósito de esta última reclamación, cabe valorar la delimitación efectuada por la Corte sobre los ámbitos de aplicación de los artículos 1.1 y 24. En este caso rectificó su anterior jurisprudencia que pareció difuminar la diferencia entre ambas disposiciones, para retomar las precisiones que formulara en 1984 y consignar que “la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”²⁶⁵.

La decisión de la Corte en el caso Apitz, Barbera y otros v. Venezuela deja instalada la duda de si realmente la Corte estaba impedida de pronunciarse sobre la resolución de un tribunal nacional, incluso en el evento que ella entrañara una violación a la Convención Americana. Como asimismo, si efectivamente estaba llamada a afirmar la extensión de la sanción disciplinaria a las juezas Marrero y Morales o si simplemente se le solicitaba declarar que la distinción practicada no era legítima. Parece sensato también preguntarse si realmente era plausible sostener que no se lesionó derecho alguno a las víctimas o que el trato “privilegiado” otorgado a las juezas en nada les perjudicaba. Finalmente, el fallo nos invita a cuestionarnos acerca de las particularidades que se suscitaron en este caso, o bien, en la lectura que de él hizo la Corte, para que ésta se alejara tanto de las anteriores resoluciones que adoptó cada vez que examinó una eventual infracción del principio de no discriminación.

²⁶⁵ *Ibid*, párr. 209.

ii) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a diferencia de la Corte IDH, se ha referido en numerosas ocasiones a las medidas de acción afirmativa y su relación con el principio de igualdad. Casi la totalidad de sus declaraciones se han efectuado por medio de Informes (anuales, por países y especiales), los que se confeccionan para examinar la situación general de derechos humanos en un territorio o un fenómeno específico que requiera de un análisis transversal a los países de la región. De este modo, no se ha desarrollado un cuerpo de jurisprudencia de casos o peticiones individuales en torno al tema.

Si bien la falta de pronunciamiento de la Comisión en casos individuales de acción afirmativa podría intentar explicarse por el hecho que el principal instrumento de la Comisión sean los mencionados Informes de carácter general, ésta no se debe a una ausencia de peticiones individuales. Por el contrario, a pesar de la existencia de peticiones individuales que han buscado impugnar o bien exigir la adopción de medidas de acción afirmativa, la Comisión no se ha pronunciado al respecto, se ha detenido en la fase de admisibilidad por un período poco razonable de tiempo y jamás ha presentado un caso de esta naturaleza ante la Corte²⁶⁶. Frente a esta realidad, el análisis que se presenta a continuación se aboca fundamentalmente al estudio de Informes y al examen de los dos únicos casos individuales de acción afirmativa que, a la fecha, ha conocido el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

a) Informes.

A continuación se presenta un análisis de los Informes Especiales, Anuales y por Países en que la CIDH ha abordado el tema de las acciones afirmativas. A diferencia del análisis de casos de la Corte IDH, no se abordarán en este apartado todas las referencias al derecho a la igualdad, sino exclusivamente aquellos documentos que se refieran a las medidas de acción afirmativa. Por razones metodológicas, los informes serán examinados en orden cronológico, lo que permitirá observar la evolución experimentada por éste órgano en su tratamiento del tema.

²⁶⁶ Para un análisis de las posibles razones que subyacen a la falta de pronunciamiento de la Corte IDH en casos de mujeres, lo que podría extrapolarse al caso de las acciones afirmativas, ver Palacios, *op. cit.*, en n. 192.

Asimismo, los informes anuales serán incorporados en la medida que su análisis sea necesario para comprender el desarrollo experimentado por la Comisión al abordar esta temática en sus informes especiales.

1. Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas²⁶⁷.

En su Informe sobre la Condición de las Mujeres en las Américas, la Comisión Interamericana, a través de la Relatoría de Derechos de la Mujer²⁶⁸, expresa en forma sistemática su preocupación por la situación de desprotección de un grupo discriminado en forma transversal en la región: las mujeres.

Desde ese punto de partida, la CIDH se pregunta por la compatibilidad de las leyes y prácticas de los Estados miembros relacionadas con los derechos de la mujer, con las obligaciones consignadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se detiene en la regulación de cada uno de los países de la región en torno a la protección general de los derechos de la mujer; los derechos civiles y políticos (con especial énfasis en la capacidad, los derechos políticos, el derecho a la vida, a la integridad personal y a la salud y el principio de igualdad y no discriminación); y el derecho a la educación.

Evidentemente, a través de este Informe se expone el tema de la discriminación de las mujeres como grupo y cómo esta realidad afecta el pleno goce de todos sus derechos humanos. No se trata de un análisis comparativo de cariz individual, sino que parte de la base de reconocer a las mujeres como un colectivo que enfrenta, persistentemente, una posición desaventajada en la sociedad. Este es un primer paso en la aproximación de la Comisión: el reconocimiento de que la discriminación tiene un carácter que va más allá del análisis tradicional de comparación entre individuos, sino que debe ser observado como un fenómeno que afecta a las personas debido a su pertenencia a un determinado grupo.

²⁶⁷ CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, (1998)

²⁶⁸ Esta Relatoría fue creada por la OEA en 1994.

La Comisión manifiesta su inquietud en torno a la posición que ostentan las mujeres en la región a causa de la persistencia de la discriminación *de facto*. Si bien pone de relieve la importancia de reformar leyes que tienen fines o efectos discriminatorios, señala que no es suficiente asegurar la igualdad formal, puesto que los Estados deben cerciorarse de que ésta sea llevada a la práctica. De este modo, resulta evidente que la Comisión distingue, al menos, dos acepciones de igualdad: igualdad formal e igualdad *de facto*. Es a partir de esta última distinción que llama a los Estados a “encarar las consecuencias de esa discriminación; y elaborar iniciativas adicionales para facilitar el logro de esos objetivos en el marco del sistema regional”²⁶⁹.

Adicionalmente, este órgano enfatiza la relevancia de garantizar la participación de la mujer en el debate público y el fortalecimiento de la democracia representativa. Para asegurar este reconocimiento, insta a los países a que “continúen y amplíen las medidas para promover la participación de mujeres en los niveles de decisión en el ámbito público, incluidas las *medidas positivas*. Asimismo, que aseguren que las mujeres tengan una representación apropiada en todos los niveles de gobierno” (el destacado es nuestro).

Como es de colegir, el paso siguiente fue pregonar la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa con el principio de igualdad, cuestión que abordaría con mayor acuciosidad el siguiente año, en un informe especialmente dedicado al tema.

2. Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativas concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación²⁷⁰.

La CIDH, en el marco de su Informe Anual 1999, realizó un estudio especial, por encargo de la Comisión Interamericana de Mujeres, sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa en el ámbito de la participación política de la mujer (incluyendo el sistema de cuotas) con el principio de no discriminación. Este ha sido, a la fecha, el trabajo más frontalmente ligado al estudio de las medidas de acción afirmativa y se enmarca en la

²⁶⁹ *Ibid*, Introducción y Cap.V, sección c.

²⁷⁰ CIDH, *Informe Anual 1999*, Capítulo VI. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, (2000)

preocupación a nivel regional por la exigua participación de las mujeres en la política y asuntos públicos en general.

Previo a este Informe, la Comisión se había referido a la acción afirmativa en 1993 y 1997, y en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, también de 1997. En su Informe Anual de 1993, la Comisión instó al Estado de Chile a “introducir programas de acción afirmativa que beneficien a los menos privilegiados”²⁷¹; mientras que en 1997 valoró la incorporación, por parte de muchos Estados, de “mecanismos legales de acción afirmativa en la participación política”²⁷². En su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil²⁷³ la Comisión se refirió a este tema en su Capítulo XIII, sobre Los Derechos de la Mujer Brasileña y IX, sobre la Discriminación Racial. En el primero aplaudió la incorporación de sistemas de cuotas para aumentar la representación política de la mujer, a la vez que recomendó que “el Estado continúe y amplíe las medidas para promover la participación de mujeres en puestos de decisión a todo nivel en la esfera pública o privada, y en particular asegure que las mujeres estén equilibradamente ocupando posiciones a todo nivel del gobierno y los servicios civiles”; en el segundo, recomendó “las acciones estatales destinadas a promover afirmativamente las oportunidades de la población negra”.

Así, salvo las referencias citadas, la introducción de un capítulo especialmente dedicado a analizar las medidas de acción afirmativa, fue un salto cualitativo en el sistema interamericano, que debe ser analizado minuciosamente en el marco de la presente investigación.

En primer lugar, cabe destacar la forma en que este organismo se enfrentó al tema. La Comisión planteó este capítulo en términos de si las acciones afirmativas resultan o no compatibles con la garantía de igualdad y no discriminación. Este punto de partida supone preconcebir a estas medidas como una excepción a la igualdad, cuya legitimidad está en cuestión y, por tanto, debe ser comprobada o descartada. Tal aproximación al tema es explicable en el marco del derecho de los derechos humanos, donde las diversas modalidades de acción afirmativa han sido objeto de incesantes ataques tanto a nivel universal como regional.

²⁷¹ CIDH, *Informe Anual 1993*, Capítulo V. OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev, (1994)

²⁷² CIDH, *Informe Anual 1997*, Capítulo VI. OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 (1998)

²⁷³ CIDH, *Informe Sobre los Derechos Humanos en Brasil*, 1997, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, (1997)

En segundo lugar, es preciso destacar que nuevamente la Comisión reconoce a las mujeres como un grupo que históricamente ha estado sometido a discriminación, explicando, de este modo, su falta de participación en la vida pública. Así, la Comisión procede a realizar su primer análisis sobre acciones afirmativa frente a una hipótesis de discriminación estructural, en que destaca las diferencias de propender hacia una igualdad meramente formal versus una auténtica preocupación por una igualdad *de facto*, la que caracteriza en ocasiones como “igualdad de hecho” y otras veces como “igualdad sustantiva de oportunidades”. Desde luego, el uso de esta nomenclatura para referirse a la igualdad no es casual y da cuenta de las diversas concepciones de igualdad que están en juego al hablar de medidas de acción afirmativa.

La Comisión analiza el derecho a la igualdad en el ámbito de la participación política, señalando que la no discriminación en esta sede es un pilar del sistema democrático, por lo que la adopción de medidas de acción afirmativa “puede ser una necesidad”. La Comisión proclama entonces la compatibilidad de los planes de acción de afirmativa para propender a una representación más igualitaria de la mujer, aplicando para ello, el *test de razonabilidad*. Sostiene que si la diferencia de trato que subyace a la medida puede sobreponerse a cada uno de los estadios de análisis del *test*, la conclusión será su compatibilidad con la CADH y el principio de igualdad. Así, habrá que observar, en primer lugar, si hay una diferencia de trato; luego, se analizará si el objetivo de la medida es legítimo (la diversidad en la representación política o la igualdad de acceso a la vida pública son señalados como posibles objetivos); posteriormente, se analizará la relación de proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin perseguido; y, por último, su carácter de medida menos lesiva.

Según la Comisión Interamericana, tratándose de una distinción basada en criterios como la raza o el sexo, el escrutinio deberá ser, necesariamente, más riguroso. Para justificar esta posición cita a la Corte y Comisión Europeas, pero resta importancia a la rigurosidad de este *test*, recordando el carácter imperativo de la finalidad perseguida por la medida en cuestión.

En este informe destaca también el reconocimiento del papel prioritario que están llamados a desempeñar los órganos del ordenamiento interno, especialmente el legislativo y ejecutivo, cuya misión en este ámbito debe desarrollarse de cara a la realidad, cultura e historia

del país en cuestión. La medida de acción afirmativa específica que se adopte por un Estado estará indisolublemente ligada a las características propias del contexto nacional, debiendo además resguardarse la temporalidad o provisionalidad de su vigencia.

La Comisión concluye alentando a los Estados a mantener y ampliar este tipo de medidas, afirmando que “la consecución de una participación libre y plena de la mujer en todas las esferas de la vida pública es una obligación que bien podría exigir la adopción de medidas especiales de acción afirmativa concebidas para hacer realidad la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”²⁷⁴.

3. La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas²⁷⁵

El informe de la Comisión sobre la Situación de los Derechos Indígenas en las Américas, surgido de la Relatoría especial sobre el tema, emerge de la preocupación por el severo desequilibrio que enfrentan las comunidades indígenas al interior de los territorios de los respectivos Estados de la región y de la necesidad de promover una mejor defensa y promoción de sus derechos humanos. Así, realiza en primer lugar un resumen del marco jurídico e institucional que ofrece el sistema interamericano, luego profundiza en cada uno de los documentos preparatorios del proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y, finalmente, analiza la doctrina y jurisprudencia del sistema relativa a este tema. Como se puede apreciar de su estructura, se trata de una recopilación de instrumentos, informes y documentos en materia de derechos de los pueblos indígenas, por lo que no agrega novedades relevantes en materia de acciones afirmativa. No obstante lo anterior, cabe destacar algunos aspectos de este Informe.

En su Presentación, es interesante recalcar que la Comisión señala en forma explícita que una aproximación a los derechos de los pueblos indígenas “por la vía de los conceptos ‘minorías’ o de la ‘prohibición de discriminación’ [...] constituye un enfoque incompleto,

²⁷⁴ CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, (1999), Cap. VI, sección IV.

²⁷⁵ CIDH, *La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62 (2000)

reduccionista y por tanto inadecuado”, ya que desconoce las características propias de estos pueblos y la dinámica de interconexión entre derechos individuales y colectivos. Asimismo, destaca la posición de permanente exclusión que ha sufrido este amplio sector de la población latinoamericana. De este modo, la Comisión explicita su preocupación por este colectivo en tanto tal, identificando ciertas cualidades específicas que es necesario reconocer para realizar una asertiva protección y promoción de los derechos de este grupo.

Además, la Comisión publica en este informe su primer borrador de consulta para una Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dicho borrador y sus sucesivas versiones, incluye una referencia a las “garantías especiales contra la discriminación”, reconociendo que “los pueblos indígenas requieren garantías especiales para que puedan gozar en plenitud de los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente”. Agrega, en su artículo XIX, que las poblaciones indígenas tienen derecho al pleno goce de los derechos y garantías reconocidos por la legislación laboral internacional y nacional, y a “medidas especiales cuando las circunstancias así lo demanden, para corregir, reparar y prevenir la discriminación de que han sido objeto históricamente”.

A través de las mentadas disposiciones, este proyecto se hace cargo del hecho que los indígenas constituyen un grupo sistemáticamente discriminado en la región y que, por tanto, para garantizar el efectivo goce de sus derechos humanos, se requieren esfuerzos adicionales dirigidos específicamente a ellos. Estos son mencionados como “garantías especiales” y “medidas especiales”, y se señala que su finalidad sería corregir, reparar y prevenir la discriminación, es decir, todos los elementos propios de la obligación de garantía que se deriva del derecho internacional de los derechos humanos.

Además de estas referencias a los indígenas como grupo, a su situación de desventaja en el contexto latinoamericano, y a la necesidad de llevar a cabo acciones específicas para remediar esta situación, el Informe en cuestión no se hace cargo de otras materias relevantes para nuestro análisis.

4. Informes sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala²⁷⁶.

Si bien la Comisión se ha referido a la adopción de medidas de acción afirmativa en sus Informes sobre varios países de la región, han sido sus informes sobre los derechos de la mujer en Guatemala los que han desarrollado más profundamente el tema, especialmente después de publicado el informe analizado precedentemente que se abocó a las medidas de acción afirmativa.

En su Informe de 2001, la Comisión se refiere al tema en su Capítulo X “Derechos de los Pueblos Indígenas” y en el capítulo XIII, dedicado a los “Derechos de la Mujer”.

En su apartado sobre los Pueblos Indígenas, la Comisión es enfática en su diagnóstico: los indígenas en Guatemala son víctimas de una situación de discriminación sistemática, favorecida por la filosofía, doctrina y prácticas del Estado, por la distribución del gasto público y la emisión de leyes que continúan siendo favorables a un reducido grupo social de procedencia económica y étnica. De este modo, señala la Comisión, “continúa la discriminación y el racismo en toda su magnitud e intensidad como política de Estado”. Ante esto, el organismo internacional sugiere una serie de medidas, entre ellas la adopción de medidas de acción afirmativa en lo educativo, legislativo y de todo tipo, “a fin de reducir la discriminación, particularmente por diferencias étnicas, lograr la igualdad de oportunidades; reducir los estereotipos y desconfianzas; y reestablecer el derecho a la dignidad sin discriminaciones para todos los y las miembros de la ciudadanía guatemalteca”.

Luego, en su apartado sobre los derechos de la mujer, se refiere de manera extensa a la representación de éstas en la ley y en los órganos del Estado encargados de la toma de decisiones. Guatemala se encontraba el año 2000 *ad portas* de la aprobación de una reforma a la ley electoral que dispondría una exigencia de un mínimo de 44% de candidatos hombres o mujeres en las elecciones generales. Con motivo de este proyecto de ley, la Comisión destacó que la adopción de esas medidas positivas en otros países había “incrementado

²⁷⁶ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, año 2001, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev. (2001), capítulo X; y “Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. , capítulo V “Situación de la Mujer”.

significativamente el porcentaje de mujeres elegidas para cargos más altos”, agregando que si bien la Comisión no ha estudiado dichas propuestas en particular y “no ha asumido ninguna posición con respecto a las mismas” considera que para garantizar la participación de la mujer se podría llegar a “*exigir* la adopción de medidas especiales de acción afirmativa” (el destacado es nuestro).

La Comisión, en el contexto de su informe sobre Guatemala, efectúa un análisis cauteloso sobre el sistema de cuotas. Si bien valora iniciativas de esta naturaleza, se aleja de un posible pronunciamiento sobre la legitimidad de todas sus posibles modalidades, pero luego culmina afirmando que podría llegarse a *exigir* la adopción de medidas de esta naturaleza. La Comisión, en este Informe, parece renovar su compromiso con la adopción de medidas de acción afirmativa, pero no se compromete con un apoyo irrestricto a la versión más polémica de estas últimas: el sistema de cuotas. Esto se ve confirmado por su posterior valoración de la legislación guatemalteca en materia de empleo, que introduce una amplia gama de medidas de acción afirmativa.

Respecto de las concepciones de igualdad subyacentes a este Informe, la Comisión destaca en reiteradas ocasiones la necesidad de revisar la legislación guatemalteca para garantizar la “igualdad de oportunidades”, señalando posteriormente que es imprescindible promover políticas para asegurar la “igualdad real y efectiva” entre hombres y mujeres. Asimismo, insta al Estado a revisar su legislación para reformar las disposiciones discriminatorias y garantizar de este modo la “igualdad ante la ley”. Finalmente, señala que si bien la “igualdad formal” no garantiza la eliminación de la discriminación en la realidad, su reconocimiento es vital para impulsar transformaciones en la vida social. Como es posible observar, en esta ocasión la CIDH no explicita un compromiso con una u otra concepción de la igualdad, sino por el contrario, utiliza diversos términos sin dotarlos de un contenido ideológico determinado y procurando darles una valoración positiva dependiendo del contexto en que se utilicen.

En su Informe del 2003, denominado “Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala”, la Comisión dedica el Capítulo V a “La situación de la Mujer”. A lo largo de este apartado, la Comisión da cuenta de una serie de situaciones tanto *de jure* como

de facto que suponen discriminar directamente a la mujer en diversas esferas. De allí que en sus recomendaciones se concentre en indicar reformas legislativas para eliminar casos de discriminación e inste a la incorporación de la perspectiva de género en las más diversas esferas. No obstante, también da seguimiento a sus observaciones del año 2001. En efecto, en su apartado sobre la Representación y Participación de la Mujer en la Determinación de la Política del Estado, la Comisión lamenta que el Congreso no haya adoptado medidas tendientes a superar la enorme subrepresentación electoral de las mujeres, recomendando posteriormente fortalecer la participación y representación de las mujeres en cargo electivos y otros espacios de toma de decisiones.

5. Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser objeto de violencia y discriminación²⁷⁷

Uno de los Informes más desgarradores en términos del análisis de la situación de violencia sufrida por las mujeres en la región, es el de la Situación de los Derechos de la Mujeres en Ciudad Juárez, el cual, además, realiza un certero análisis sobre la inseparable relación entre la violencia y la discriminación.

Es este último aspecto el de mayor relevancia para nuestra investigación: la aproximación de la Comisión al tema de la discriminación. La Comisión, una vez más, reconoce a las mujeres como un grupo “subordinado”, sometido a históricas desventajas, por lo que obviamente efectúa su análisis en términos de grupo, no en términos individuales. Luego, reafirma que la igualdad y no discriminación son pilares de todo sistema democrático, destacando que si bien el reconocimiento formal de la igualdad de género es vital y que la violencia contra la mujer constituye una violación de derechos humanos, el desafío pendiente es “hacer efectivas en la práctica esas garantías para establecer un puente que cierre la brecha existente entre lo que la ley dice y la experiencia vivida por las mujeres en Ciudad Juárez”. Es decir, la Comisión enfatiza una vez más la importancia de garantizar tanto la igualdad formal como la igualdad *de facto*.

²⁷⁷ CIDH, *op. cit.*, en n. 157.

En cuanto a referencias específicas a la necesidad de adoptar medidas de acción afirmativa, la Comisión, en su apartado dedicado a las recomendaciones, se refiere a “medidas especiales” pero no en el sentido en que estas son utilizadas generalmente en el derecho internacional, cuestión que fue criticada en el primer capítulo de la presente investigación, ni tampoco como es entendida la acepción “acciones afirmativas” en este trabajo, sino para referirse a medidas dirigidas específicamente a las mujeres para proteger su integridad física y psicológica. En ese sentido, la Comisión parece estar señalando que las medidas adoptadas para proteger la integridad física y psicológica de las mujeres serían medidas “especiales”, lo que en nuestra opinión es un error, ya que toda medida para dar efectividad a estos derechos serían medidas positivas propias de la obligación de garantizar que cada Estado tiene respecto de los derechos humanos. Así, pareciera que para la Comisión estas medidas serían “especiales” por su necesidad imperiosa y por el grupo al que están dirigidas (lo que fue criticado precedentemente), pero no por tratarse de medidas de carácter temporal encaminadas a la consecución de la igualdad de este grupo, es decir, no se refiere a las acciones afirmativas como han sido entendidas por esta investigación.

6. Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia²⁷⁸

El año 2006, la Comisión Interamericana, por medio de la Relatora sobre los Derechos de las Mujeres, elaboró un informe especial sobre el grave impacto que el conflicto armado colombiano tiene en las mujeres. El Informe reveló que “las circunstancias que históricamente han expuesto a las mujeres a ser discriminadas, a ser sujetas a estereotipos sociales y a recibir un trato inferior, así como las consecuencias civiles, políticas, económicas y sociales de esta situación de desventaja, han sido explotadas y manipuladas por los actores del conflicto armado”.

De este modo, la Comisión reconoce cómo una situación *per se* dañina para la población en general, como es el conflicto armado, afecta especialmente a un grupo de la sociedad: las mujeres. Pero la Comisión no se detiene allí, sino que visibiliza la situación particularmente

²⁷⁸ CIDH, *Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. , Doc. 67, (2006)

crítica de las mujeres indígenas y afrocolombianas, que son víctimas de múltiples formas de discriminación por causa de su raza, etnia y el hecho de ser mujeres.

Frente a este diagnóstico, la Comisión recomienda al Estado una serie de medidas, enfatizando aquellas destinadas a “erradicar patrones socioculturales discriminatorios en razón de sexo, raza, etnia y clase social” y “tomar en cuenta estas diferencias en el desarrollo de políticas públicas [...]”. Es destacable en este análisis que la Comisión emplaza al Estado a erradicar patrones de discriminación y a la vez lo llame a tomar en cuenta justamente esas diferencias (la raza, el sexo, la etnia) para tomar medidas adecuadas. Esta es la lógica que subyace a la adopción de medidas de acción afirmativa.

La Comisión, al analizar las dinámicas del conflicto armado que afectan particularmente a las mujeres en Colombia, señala que la ratificación por parte del Estado de instrumentos vinculantes como la CEDAW y Belém do Pará, “*obliga* a los Estados parte y a sus agentes, a tomar medidas afirmativas para eliminar patrones socioculturales y estereotipos que promueven la discriminación contra las mujeres” (el destacado es nuestro). Así, la CIDH se refiere por primera vez al carácter obligatorio de adoptar medidas afirmativas, cuestión que no había sido abordada antes por éste organismo y que es altamente discutida a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Luego de dicha afirmación, la Comisión destaca la ejecución de los planes de acciones afirmativas llevados a cabo por la Consejería Presidencial de Colombia. No obstante, critica algunos de estos programas por estar dirigidos a los afrodescendientes como un grupo homogéneo “sin considerar las necesidades específicas que pueden tener las mujeres afrocolombianas por razón de su sexo”.

Finalmente, en su apartado de conclusiones y recomendaciones, la Comisión recomienda implementar medidas para erradicar patrones socioculturales discriminatorios; tomar en cuenta estas diferencias y condiciones en el desarrollo de políticas públicas; diseñar e implementar una política con acciones positivas para reconocer y hacer efectivos los derechos de las mujeres; entre otras medidas dirigidas específicamente a garantizar el goce de los derechos humanos de este grupo de la población.

7. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia²⁷⁹

En este Informe, la CIDH analiza una vez más el principio de igualdad respecto de la situación de las mujeres en la sociedad boliviana.

En primer lugar, destaca que aún hay leyes que suponen una discriminación *de jure* para las mujeres y que dichas leyes constituyen una flagrante contravención a la normativa internacional. Luego agrega que si bien la igualdad formal es relevante para alcanzar un cambio social, ésta no garantiza la eliminación de la discriminación en la realidad, por lo que se requieren esfuerzos adicionales.

Destaca en este Informe la valoración de la Comisión a la Ley de Cuotas del 30% en el Régimen Electoral boliviano y una regulación equivalente aplicable al régimen interno de los partidos políticos. Realza estas leyes como un avance importante para la consecución de una verdadera igualdad entre hombres y mujeres y manifiesta su preocupación por el incumplimiento de los porcentajes establecidos legalmente como cuotas obligatorias a ser copadas por mujeres.

Si bien la valoración del sistema de cuotas por parte de la Comisión parece ser un avance importante, en realidad es el informe sobre el Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia el que representa el documento más significativo en materia de análisis de igualdad y de acciones afirmativas dentro del sistema interamericano.

8. Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas²⁸⁰.

Es posible afirmar que, hasta el año 2007, los Informes de la Comisión -fueran estos Especiales, por Países o Anuales- se mantuvieron más o menos coherentes en su aproximación a las medidas de acción afirmativa. La Comisión identificaba situaciones de discriminación con

²⁷⁹ CIDH *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 34, (2007)

²⁸⁰ CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, (2007)

un fuerte énfasis en grupos sistemáticamente excluidos (mujeres, indígenas y afrodescendientes); recomendaba la adopción de medidas de acción afirmativa en general, sin comprometerse con su obligatoriedad salvo algunas excepciones exiguamente justificadas; y hacía coexistir variadas concepciones de igualdad, sin adoptar una u otra en forma explícita ni referirse en extenso a cada una de ellas. No obstante, con su Informe Especial sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres víctimas de Violencia en las Américas, la Comisión da un giro relevante y adopta una posición ciertamente más arriesgada en la materia.

En primer lugar, al igual que en Informes anteriores, la Comisión reconoce que ciertos grupos como las mujeres, los pueblos indígenas y los afrodescendientes enfrentan una situación particularmente crítica a la hora de acceder a los sistemas de justicia. Sin embargo, a diferencia de otros documentos, esta vez la CIDH identifica esta situación como un problema “estructural”, cuyas causas son históricas, pero que persiste debido a patrones y comportamientos discriminatorios que afectan a las mujeres en particular. Así, por primera vez, la Comisión explicita que se trata de una “situación estructural de subordinación y desigualdad”. Si bien esto había sido señalado (aunque con otras palabras) en Informes anteriores, esta vez el uso del lenguaje no es casual.

La Comisión Interamericana, por primera vez, señala algo que subyacía a todos sus informes anteriores: el principio de no discriminación puede tener diferentes significados que denotan distintos alcances de protección, algunos más amplios y otros más restringidos.

Una primera formulación de este principio condena la existencia de normas, prácticas o políticas por las cuales un hombre, por el sólo hecho de ser hombre o por rasgos que supuestamente serían inherentes a su condición de tal, es elegido para un trabajo o cargo. Esta acepción del principio de no discriminación prohíbe que las personas sean tratadas desigualmente en razón de su sexo, ya que tal distinción “no se condice con distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos”. Este enfoque procura que el derecho cumpla con las “pretensiones liberales de objetividad y neutralidad” y presupone, señala la Comisión, “un mundo de individuos autónomos que compiten en una carrera o que toman decisiones libres”. Es, en palabras de este propio órgano internacional, “un concepto restringido de la no discriminación, asociado a una concepción liberal clásica”.

Dicho principio se ocuparía de la igualdad sexual como equivalente a la igualdad de trato, desconociendo que “hombres y mujeres están corriendo distintas carreras y que la competencia empieza en puntos de partida diferentes”²⁸¹. Luego, la Comisión se aboca por primera vez a una crítica explícita de esta aproximación, concentrándose en los siguientes puntos:

- Una aproximación restringida del principio de no discriminación “no es suficiente para justificar medidas de acción afirmativa”. Ejemplifica este hecho señalando que el hombre que es rechazado como resultado del proceso de selección que favorece a las mujeres bien podría reclamar haber recibido un trato injusto.
- No permite cuestionar criterios que en principio parecen neutrales (como la meritocracia) pero que en realidad perpetúan discriminaciones pasadas.
- Esta formulación no permite cuestionar concepciones sociales arraigadas en la sociedad acerca del papel de las mujeres, por ejemplo, su responsabilidad primaria en el cuidado de los niños y su exclusión de ámbitos públicos como el trabajo, la educación y la política.

Luego de esta crítica, la Comisión analiza una “concepción más amplia del principio de no discriminación”, también denominada “principio de anti-subordinación” que condena aquellas prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar “una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados”. De este modo, la Comisión enfatiza que al analizar la legalidad de una norma o práctica será preciso observar su “impacto” respecto del grupo. De allí que califique esta aproximación como eminentemente grupal o colectiva, señalando que para discriminaciones de tipo estructural (provocadas por el funcionamiento de la justicia, la política, la familia o el mercado) se requiere de intervenciones de tipo estructural.

Las ventajas que ofrece esta perspectiva serían, siguiendo a la Comisión:

²⁸¹ *Ibid*, párr. 73.

- Permite condenar como injusta no sólo la discriminación sufrida en forma individual, sino también aquella que perpetúa una jerarquía de género o de otra naturaleza dentro de la sociedad.
- Promueve el cuestionamiento de “arreglos normativos” que parecen neutrales, como la meritocracia, la estatura o la antigüedad, que tienden a perjudicar a un grupo en particular.
- Permite justificar las acciones afirmativas.

Luego de esta defensa de una concepción amplia del principio de no discriminación, la Comisión no profundiza en cómo este principio permitiría justificar acciones afirmativas, sino que procede a identificar y clasificar algunas categorías de discriminación. Identifica: i) aquella que se produce por un trato desigual basado en una “categoría sospechosa” como el género y que produce un menoscabo en el ejercicio de un derecho; ii) aquella que se produce por el incumplimiento de la *obligación* de adoptar medidas positivas fijadas por el derecho nacional o internacional.

Respecto del primer supuesto, la Comisión se manifiesta partidaria de presumir la distinción como discriminatoria (presunción de invalidez), alterando la carga de la prueba y exigiendo un escrutinio estricto para determinar su razonabilidad. De este modo, bastará que la víctima demuestre que la distinción legal emplea una “categoría sospechosa”. Al aplicar este *test* la CIDH sigue a la jurisprudencia norteamericana (aunque vale la pena destacar las dificultades de esta última en incorporar el sexo además de la raza) y algunos dictámenes del sistema universal. Respecto de la aplicación de este *test*, hay dos puntos críticos en el análisis de la Comisión: Primero, ¿Cuáles son las “categorías sospechosas” dentro del sistema interamericano? y segundo ¿En qué medida esta segunda aproximación al principio de no discriminación es compatible con la aplicación de un test de escrutinio estricto en aquellos casos en que la medida de distinción sometida a análisis sea una medida de acción afirmativa y quien la impugne sea, por ejemplo, un hombre?

Respecto de la primera interrogante, la Comisión se muestra poco clara. Si bien ejemplifica permanentemente utilizando “sexo” como “categoría sospechosa”, luego amplía el uso del *test* a todas las categorías del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, todas las cuales operarían como “categorías sospechadas” (párrafo 83). Esto es complejo, considerando que la cláusula del artículo 1.1 es “abierta” (recordemos que “otra condición social” amplía el catálogo de criterios prohibidos) y que la consecuencia sería que, finalmente, cualquier distinción, por el motivo que sea, sería presumida ilegítima. De todos modos, la Comisión concluye nuevamente con ejemplos relativos a la raza y al sexo, señalando en sus conclusiones que recomienda a los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales analizar “mediante un escrutinio estricto” todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establezcan diferencias de trato basadas en el sexo o que puedan tener un impacto discriminatorio”.

Respecto de la segunda interrogante, la Comisión no se hace cargo de una hipótesis de impugnación de una medida de acción afirmativa por parte de un individuo que utilice la “categoría sospechosa” a su favor, por ejemplo, un hombre que impugna un sistema de cuotas como discriminatorio en razón de sexo. Siguiendo el análisis de este órgano, deberíamos aplicar el test de escrutinio estricto, con las dificultades que ya fueron planteadas precedentemente sobre las posibilidades reales de éxito de estas medidas ante la aplicación de dicho *test*. Lo que sí parece ser un argumento de la Comisión es que personas pertenecientes a un grupo desaventajado podrían alegar discriminación en caso que *no* se les apliquen medidas positivas fijadas por el derecho internacional. La Comisión no se sitúa por lo tanto en el supuesto de impugnación de estas medidas, sino en una hipótesis de exigir su obligatoriedad, lo que constituye un cambio en la visión que habitualmente tienen los organismos internacionales sobre este tema. De este modo, la Comisión no se hace cargo de un problema clave: mientras un primer elemento del principio de no discriminación prohíbe la discriminación basada en ciertos criterios, el segundo elemento podría exigir una distinción sobre la base del mismo criterio.

Al profundizar en este tema, es decir, al analizar el segundo supuesto de discriminación enunciado anteriormente, la Comisión explicita que se trataría de un caso de *discriminación directa*, igualmente prohibida que el primer supuesto enunciado, y que en caso que se utilice una “categoría sospechosa” bastará que la víctima demuestre que no se cumplió con la acción positiva mandada por la norma. La identificación de un incumplimiento de obligaciones positivas como un supuesto de discriminación directa es otra de las novedades de la Comisión en este Informe.

Al analizar la discriminación indirecta, tal como fue definida en el capítulo de precisiones terminológicas, la Comisión señala que la víctima deberá proporcionar datos empíricos que demuestren el efecto dispar sobre un grupo determinado, con lo cual realza la necesidad del “estudio del impacto discriminatorio”.

La Comisión concluye señalando que:

“El sistema interamericano no sólo recoge una **noción formal de igualdad**, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de **igualdad material o estructural** que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de **medidas especiales de equiparación**. 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, bien o el ejercicio de un derecho”²⁸² (el destacado es nuestro).

Además de las referencias a las medidas de acción afirmativa realizadas por la Comisión para criticar o reafirmar una u otra concepción del principio de no discriminación, éste es un tema que analiza en su apartado sobre “Debida Diligencia y Medidas Positivas contra la discriminación”.

Señala la Comisión que:

“En ocasiones, la implementación de medidas especiales de protección y promoción de la igualdad –entre las que se encuentran las denominadas medidas de acción afirmativa- son el tipo de acción de garantía indicada para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión”.

²⁸² *Ibid*, párr. 99.

De este modo, la Comisión reitera su posición sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa con el principio de igualdad y aclara, de paso, que éstas serían una especie dentro del género de medidas especiales, destinadas a garantizar el goce de cierto grupos desaventajados.

Como se puede observar, este Informe de la Comisión representa importantes novedades respecto de sus aproximaciones anteriores: identifica por primera vez en forma explícita dos concepciones del principio de no discriminación, defendiendo la aplicación de la idea amplia de anti-subordinación; relaciona uno y otro principio con la legitimidad y exigibilidad de las medidas de acción afirmativa; adhiere a la aplicación de un test de escrutinio estricto para aquellas categorías que identifica como “sospechosas”; y, por último, identifica diversos supuestos de discriminación, relevando el hecho que personas pertenecientes a grupos desaventajados podrían alegar una *discriminación directa* en caso que no se les apliquen “medidas positivas” exigidas por el derecho internacional.

b) Peticiones Individuales

Como fue enunciado en la introducción de este apartado, los únicos casos que versan puntualmente sobre medidas de acción afirmativa de que ha conocido la Comisión, son dos: uno que por el momento sólo se encuentra declarado admisible (no cuenta aún con resolución de fondo) y que se ha mantenido en ese *status* desde el año 2001, y otro respecto del cual se logró una solución amistosa.

La ausencia de peticiones individuales declaradas admisibles por la Comisión, así como la falta de resolución de uno de los casos más relevantes al respecto, puede obedecer a diversos factores, desde problemas de exceso de trabajo hasta consideraciones de carácter político. Si bien concluir en uno u otro sentido puede parecer antojadizo, no es casual que los casos sobre acción afirmativa sean, generalmente, casos sobre derechos de las mujeres (ya que la mayoría de los sistemas de cuotas existentes en la región están dirigidos a este grupo) y que la Comisión no haya tendido a enviar casos de esta naturaleza a la Corte. Se ha señalado que esta falta de perspectiva de género en el sistema obedece a problemas de carácter estructural, como el sistema de nombramiento de jueces y comisionados, así como también a cuestiones procedimentales y

presiones de carácter político, llegando a plantearse que algunos casos paradigmáticos en materia de justicia de género han sido “enterrados” por la Comisión”²⁸³.

Con esto, queremos aclarar que el análisis de casos que sigue a continuación corresponde a jurisprudencia de hace ocho años y que, por tanto, no refleja los cambios experimentados en el análisis del principio de no discriminación incorporados por la Comisión desde el 2007 en adelante. Asimismo, es preciso hacer presente que existe una vasta cantidad de peticiones individuales resueltas por la Comisión que versan sobre el respeto y garantía del derecho a la igualdad²⁸⁴. Sin embargo, la mayoría de ellas se concentra en la identificación de aquellos que se hallan en situaciones análogas y de quienes pueden ser ubicados en posiciones diferentes, sin abordar la dimensión propia de las acciones afirmativas; razón por la cual no han sido incluidas en esta sección.

1. Caso Janet Espinoza Feria y Otras v. Perú, Informe de Admisibilidad²⁸⁵.

Los hechos de este caso se pueden resumir del siguiente modo: los peticionarios (el Defensor del Pueblo y la Coordinadora General del Movimiento Manuela Ramos) presentaron una petición ante la Comisión, señalando que en Perú no se habría respetado el sistema de cuota electoral de 30% durante el proceso electoral del año 2001. Mediante una resolución se dispuso un número inferior de candidatas para las listas electorales para tres distritos, Callao, Ica y La Libertad. Dicha resolución dispuso que de un total de 4 congresistas, un mínimo de 1 debía ser mujer o varón; de 7 un mínimo de 2, y de 4 congresistas un mínimo de uno. La legislación estimada vulnerada, preceptuaba en lo pertinente, “las listas de candidatos al congreso deben incluir un número *no menor* del 30% de mujeres o varones”. Se individualizó como víctimas a un conjunto de personas que vieron frustrada su expectativa de elegir a candidatas que no pudieron participar en la contienda electoral (los electores Katia Iliana Chumo García y otros), como asimismo, se consideró víctima a una considerable cantidad de mujeres potenciales candidatas.

²⁸³ Palacios, *op. cit.*, en n. 192.

²⁸⁴ Ver a modo ejemplar, CIDH caso *Marzioni v. Argentina* (1996); caso *Interdicción de haitianos v. Estados Unidos de América*, CIDH (1996); caso *La Tablada v. Argentina*, CIDH (1997); caso *Marín Ramírez v. Colombia*, CIDH (1998); caso *Hanríquez y otros v. Argentina*, CIDH (2000).

²⁸⁵ CIDH, caso *Janet Espinoza y otras v. Perú*, petición número 12.404, Informe de admisibilidad N° 51/02, CIDH (2002).

En este caso, los peticionarios alegaron una violación de los derechos políticos (artículo 23), la igualdad ante la ley (artículo 24) y la no discriminación (artículo 1.1), por el incumplimiento de la ley de cuotas al no presentar un número de candidatos que representara el 30% exigido por ley. El Estado, por su parte, negó que la citada disposición haya establecido una acción afirmativa a favor de las mujeres, puesto que de lo contrario se incurriría en un acto discriminatorio en perjuicio de los hombres. Señaló que el sentido de la norma es evitar “el predominio exclusivo de uno u otro sexo en las listas parlamentarias, pues de lo contrario se terminaría discriminando a los hombres en caso que todas las candidatas fueran mujeres”. Además, señaló que matemáticamente era necesario aproximar a un número entero las cifras, lo que condujo a los resultados ya citados. Las presuntas víctimas en cambio, apelaron a que históricamente la constante en el país ha sido el establecimiento de listas integradas exclusiva o mayoritariamente por varones, por lo que la legislación en cuestión sólo puede revestir el carácter de acción afirmativa y que la aproximación realizada fue en realidad una interpretación restrictiva de la ley.

Ante esta denuncia, la Comisión estimó que de ser ciertos los hechos relatados por los peticionarios, podría configurarse una violación de los artículos 1.1, 23 y 24 de la CADH.

En el examen de fondo que llevará a cabo, la Comisión deberá determinar si nos encontramos ante una medida de acción afirmativa, y de ser así, la consecuencia habrá de ser muy diferente a la que pretende Perú. Si nos atenemos al reconocimiento de legitimidad de dichas medidas, formulado en otras ocasiones por la Comisión (particularmente en este ámbito), resulta palmario que el argumento que equipara la acción afirmativa en beneficio de las mujeres con una discriminación en perjuicio de los hombres, no tendrá acogida. Por lo demás, este no es el caso-tipo de impugnación de una medida de acción afirmativa por parte, por ejemplo, de un hombre que no pudo acceder al parlamento o a un empleo, sino un caso en que una medida que establecía ciertas exigencias en términos numéricos no se aplicó, es decir, un caso en que las mujeres exigen la aplicación igualitaria de una medida de acción afirmativa ya establecida en la ley. De allí que la teoría del caso utilizada por el Perú no parece la más adecuada, pudiendo haber planteado argumentos más fuertes para su defensa en este caso.

Lamentablemente, la Comisión lleva 7 años sin pronunciarse sobre el fondo de este caso, por lo que efectuar un análisis acerca del tipo de concepción de la igualdad a ser utilizada, el test de razonabilidad o eventuales conclusiones serían meras elucubraciones sobre el tema. Es probable que las partes lleguen a una solución amistosa en este caso, ya que en enero de 2003 la Defensoría del Pueblo y el Movimiento Manuela Ramos expresaron su disposición a llegar a un acuerdo de esta naturaleza con el Estado peruano. Asimismo, desde el año 2001, se han desarrollado tres procesos electorales en que se calculó correctamente el número de regidores/as, consejeros/as y parlamentarios/as equivalente a la cuota mínima electoral del 30%²⁸⁶. No obstante, a la fecha, esta solución amistosa no ha sido posible.

Sin lugar a dudas un eventual dictamen de la Comisión será de enorme importancia para el desarrollo de las medidas de acción afirmativa en el sistema, sentará un precedente relevante y dictará las pautas para los países en materia de adopción de estas medidas. Es de esperar que esta resolución se publique con la mayor celeridad.

2. Caso María Merciadri de Morini v. Argentina, Solución Amistosa²⁸⁷..

El segundo de los casos anunciados se inscribe también en la esfera de la participación política de la mujer y, nuevamente, no corresponde a un caso de impugnación de una medida de acción afirmativa, sino a una hipótesis de incumplimiento de una ley de cuotas ya establecida en la ley.

María Merciadri denunció a Argentina por la infracción de la ley de cupo que aseguraba un porcentaje mínimo de 30% de los cargos electivos de las listas de los partidos políticos, para ser cubierto por mujeres “en proporciones con posibilidades de resultar electas”. La vulneración de esta disposición se fundaba en que en una lista electoral de seis candidatos, correspondiente al partido Unión Cívica Radical, se colocó a una mujer en el cuarto y a otra en el sexto puesto, en circunstancias que, conforme a aquella ley, debió haberse colocado a dos mujeres dentro de los primeros cinco puestos. Entre los derechos cuya conculcación se alegaba, se encontraban

²⁸⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.*, en n. 66.

²⁸⁷ CIDH Caso María Merciadri v. Argentina, Informe N° 103/01, CIDH (2001).

nuevamente el artículo 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además del artículo 8 y el 25. .

El Estado, a diferencia del caso anterior, respondió a esto con la voluntad de enmendar la situación y arribar a una solución amistosa entre las partes, para lo cual propuso la dictación de un decreto que reglara la aplicación de la ley de cupo, derogando su antiguo reglamento. Por esa vía, Argentina consideró que contribuía a garantizar concreta y eficazmente la participación real de las mujeres en las listas a cargos lectivos. Añadió que al afianzar los derechos resguardados por la ley de cupo, resguardaba también el cumplimiento de las normas de los tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, el Estado recalcó que la finalidad de la ley de cupo era “lograr la integración efectiva de las mujeres en la actividad política evitando la postergación que conllevaba el excluir candidatas femeninas en las listas de candidatos con expectativa de resultar electos” y que el establecimiento de una cuota de 30%, debía entenderse como una cantidad mínima.

Las consideraciones esgrimidas por ambas partes fueron acogidas por la Comisión y valoradas como una interpretación apropiada de la CADH. Muestra de ello es la aprobación de la solución amistosa, ya que tal procedimiento sólo puede ser homologado por la Comisión cuando aquella se funda en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana²⁸⁸, es decir, cuando se basa en el objeto y fin de la misma. Así, la Comisión respaldó abiertamente la vigencia y aplicación de la ley de cupo (reforzada por el nuevo decreto) en cuanto “tiene el propósito de lograr la integración efectiva de la mujer en la actividad política” y en tanto “la participación plena de la mujer en la vida política es una prioridad para nuestro hemisferio”²⁸⁹.

²⁸⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 48.1(f) y 49.

²⁸⁹ CIDH, *op. cit.*, en n. 287, párr. 16.

CAPÍTULO III

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE CARA A LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DE IGUALDAD. ¿COEXISTENCIA O SUPERPOSICIÓN?

En las siguientes líneas de esta investigación, demostraremos que en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos es posible identificar elementos propios de las dos concepciones de igualdad descritas en el primer capítulo de esta tesis, esto es, características propias de una concepción liberal tradicional y elementos distintivos de una aproximación de carácter estructuralista.

La presencia de particularidades de una y otra concepción de la igualdad, no resulta, contrariamente a lo que podría suponerse, una cuestión *per se* problemática, lo que se demostrará en el apartado final de este capítulo. No obstante, este no ha sido el caso de la jurisprudencia del sistema interamericano, la que dista de relacionar los elementos de una u otra concepción en forma pacífica. En su seno, ambas concepciones interactúan en constante tensión, generando vacíos argumentativos y conceptuales que debilitan la aproximación que pretenden tener los órganos del sistema, esto es, un enfoque inclusivo y ampliamente protector de los grupos históricamente discriminados de la región.

La errática interacción de ambas concepciones de la igualdad no resulta pues, inocua, ya que genera problemas tanto a la hora de identificar hipótesis de discriminación en que no hay involucrados grupos desaventajados, como para justificar y dar cimientos sólidos a las medidas que es necesario e imperativo adoptar frente a casos de discriminación estructural, entre ellas, las medidas de acción afirmativa que tanto la Corte como la Comisión interamericana parecen apoyar.

Este diagnóstico nos permite sostener que, en la actualidad, existe una superposición de ambas concepciones de igualdad en el sistema interamericano, lo que impide la existencia de una jurisprudencia consistente en la materia, particularmente, al analizar las consecuencias de esta superposición frente a posibles casos de exigibilidad o impugnación de acciones afirmativas. No obstante, a pesar de este diagnóstico crítico de la jurisprudencia e informes del sistema, propondremos que es posible una coexistencia armónica de ambas concepciones de igualdad en

el sistema interamericano, aproximación que podría dar un sustento sólido a la legitimidad de las medidas de acción afirmativa a la vez de otorgar una protección eficaz contra la discriminación a individuos que no se encuentren en contextos de discriminación estructural²⁹⁰.

III.1. Superposición de dos concepciones de igualdad en el sistema interamericano

Como ya se adelantó, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos es, hoy en día, un terreno de profundas tensiones entre la concepción liberal clásica de la igualdad y la aproximación estructuralista. En efecto, si tuviéramos que reflejar en pocas palabras los elementos clave de esta tensión, tendríamos que afirmar que ambos órganos del sistema interamericano, es decir, tanto la Corte como la Comisión, se han aproximado de manera constante y reiterada a los casos en que hay involucrada una problemática de discriminación, desde una perspectiva de carácter sociológico, articulando su argumentación con un fuerte énfasis en los grupos sistemáticamente discriminados en la región –particularmente las mujeres y los pueblos indígenas- pero aplicando, posteriormente, categorías y estructuras argumentativas propias de la concepción liberal individualista de la igualdad. Tal es el caso de la aplicación del *test* de razonabilidad instrumental propio de la concepción liberal y de la adopción de ciertas “categorías sospechosas” como criterios estáticos que elevan la carga argumentativa del Estado a la hora de fundar una distinción que involucre tales criterios²⁹¹.

A continuación demostraremos, a través de referencias concretas a los casos e informes de la Corte y la Comisión analizados en el capítulo segundo, que ambos órganos tienden a aproximarse a los casos de posible afectación del derecho a la igualdad con una fuerte preocupación por los grupos sojuzgados de la sociedad. Luego analizaremos, en acápite separados, cómo dichos órganos han utilizado el *test* de razonabilidad para identificar casos de discriminación y, en segundo lugar, cómo han implementado estos organismos la estructura y lógica operativa de las denominadas “categorías sospechosas” para ciertos criterios de distinción. Ambos análisis pondrán énfasis en demostrar que la utilización de dichos elementos, implica superponer categorías de la concepción liberal individualista de la igualdad en aproximaciones

²⁹⁰ Saba, *op. cit.*, en n.142. Ver comparación entre la jurisprudencia de la Corte de la Nación Argentina y la Corte Suprema Estadounidense.

²⁹¹ Ver *supra* capítulo II.

de corte estructuralista, y cómo esta tensión provoca inconvenientes tanto conceptuales como prácticos a la hora de enfrentarnos a las medidas de acción afirmativa.

i) Ámbitos de Superposición.

a) El enfoque estructuralista del sistema interamericano: una respuesta a la realidad latinoamericana.

Como ya fue adelantado, tanto la Corte IDH como la Comisión, al enfrentarse a casos donde aparentemente se encuentra afectado el derecho a la igualdad -sea en referencia a la cláusula subordinada contenida en el artículo 1.1 como a la cláusula autónoma del artículo 24 de la CADH- se han embarcado en un análisis sociológico, esto es, han procurado partir de la base de la realidad fáctica y contextual en que se encuentran las posibles víctimas de la discriminación para, desde allí, esbozar las posibles aristas en que se podría ver vulnerado el derecho a la igualdad²⁹².

Ni la Corte ni la Comisión han intentado, en sus diversas opiniones consultivas, informes, casos contenciosos y peticiones individuales, argumentar en pos de una solución meramente formal frente a estos casos de discriminación. Por el contrario, ambos órganos han destacado, en reiteradas ocasiones, que la igualdad formal, entendida tal como fue conceptualizada en el primer capítulo de la presente investigación, no basta para garantizar la igualdad *de facto*. Es decir, la existencia de normas que prohíban la discriminación o que señalen que, por ejemplo, hombres y mujeres son iguales ante la ley, no bastan para garantizar un efectivo goce de este derecho para el grupo que se encuentra en una posición de desventaja, es decir, en el ejemplo, para las mujeres.

La Corte ha sido menos explícita que la Comisión en este sentido, e incluso podríamos afirmar que su acercamiento al derecho a la igualdad ha sido errático y vacilante en varias ocasiones. No obstante, a pesar de su reticencia a declarar violaciones directas al artículo 24 de la CADH o a la cláusula subordinada de no discriminación del artículo 1.1 de dicho instrumento,

²⁹² Ver *supra* Capítulo II.

no ha dudado en señalar que es preciso atender a la realidad y contexto de aquellos colectivos que históricamente se han encontrado en una posición desmedrada en la región.

La Corte ha planteado que una práctica o norma de aplicación general, con pretensiones de abstracción y revestida de aparente neutralidad, puede impactar de manera desproporcionada en determinados colectivos, visibilizando, desde sus primeras opiniones consultivas, que la discriminación indirecta es una realidad tan preocupante como la discriminación directa²⁹³. Es relevante destacar cómo este Tribunal releva reiteradamente la existencia de este fenómeno, ya que comúnmente lo asocia a la existencia de grupos vulnerables en la región. Uno de los documentos más claros sobre este punto es la Opinión Consultiva 16/99, sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. En dicha opinión, tal como fue analizado precedentemente, la Corte señaló que el Estado no sólo tiene el deber de no dictar y eliminar normas discriminatorias, sino que también vulnera el principio de igualdad en aquellos casos en que, en presencia de colectivos subyugados en la sociedad, no implementa normas o prácticas diferenciadas, es decir, no trata de manera diferente a quienes se hallan en una situación desaventajada. En estos casos, señaló la Corte, el Estado incumple su deber de garantizar adecuadamente el derecho a la igualdad, debiendo implementar todas las medidas que resulten necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos humanos. Esta posición fue reiterada por la Corte en su Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos de los niños y sobre la Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*.

En cuanto a los casos contenciosos, la posición adoptada por la Corte también ha puesto énfasis en la existencia de grupos vulnerables, que se encuentran en una posición que impone al Estado obligaciones especiales. Ello ocurrió con claridad en el caso YATAMA, en que los pueblos indígenas fueron caracterizados como un grupo sometido sistemáticamente a prácticas discriminatorias, respecto del cual la aplicación de una regulación supuestamente neutral produjo un impacto lesivo y desproporcionado, con la grave consecuencia de provocar su exclusión en uno de los ámbitos más relevantes de la vida política nicaragüense. En vista de ello, la Corte declaró una violación del artículo 24, lógica que se repitió en el caso de las Niñas Yean y Bosico y en el caso López Álvarez. En ambos, la Corte destinó parte de su argumentación a describir el contexto de exclusión en que se encontraba la población haitiana y garífuna, respectivamente,

²⁹³ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 4, voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante, párr. 16.

procediendo a declarar la violación del derecho a la igualdad y a exigir al Estado tomar en consideración ese contexto a la hora de adoptar medidas eficientes e idóneas para garantizar de manera plena los derechos humanos de dichos grupos.

Lamentablemente, como se argumentará en el apartado siguiente, la Corte, en los casos posteriores, cuando observaba una posible afectación del derecho a la igualdad, no abordó este tema como un aspecto sustantivo –en tanto derecho vulnerado- sino como una cuestión meramente contextual o como “consideraciones previas”, desatendiendo, desde luego, las consecuencias jurídicas propias de una violación de derechos humanos, como son las reparaciones y garantías de no repetición²⁹⁴. En estos casos, a pesar de no alterar su jurisprudencia previa en el sentido de destacar el contexto de exclusión de ciertos grupos - especialmente de los pueblos indígenas- evitó enmarcar este hecho como una violación al artículo 24 o a la cláusula subordinada del artículo 1.1. Esto, como señalaremos en el apartado siguiente, es explicable justamente por la superposición de dos concepciones de igualdad en la jurisprudencia de la Corte. En su pretensión de proteger a los colectivos vulnerables de la sociedad, no reparó que la aplicación del *test* de razonabilidad no resultaba idónea para conducir de manera lógica a una violación del mencionado derecho. Como consecuencia de esa inadvertencia,, la Corte evadía abordar este tema como un problema de igualdad.

La Comisión interamericana ha sido tan explícita como la Corte a la hora de dictar informes de países y especiales desde un enfoque estructuralista de la igualdad. En casi la totalidad de sus informes por países, la Comisión dedica capítulos exclusivamente abocados a la situación de colectivos que denomina ”sistemáticamente excluidos o discriminados”, como las mujeres, los pueblos indígenas y los afrodescendientes²⁹⁵. Asimismo, ha emitido informes especiales dedicados a analizar la posición de dichos colectivos desde un punto de vista estructural, visibilizando cómo su situación dentro de la realidad latinoamericana configura un cuadro de discriminación que ha de ser atendido de manera coherente y transversal para

²⁹⁴ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, párr. 59, 168-169, 173 y 189; Caso Ximenes Lopes v. Brasil, párr. 104-105; Caso del penal Miguel Castro Castro v. Perú, párr. 330 a 332; Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Todos ellos citados precedentemente en n. 61, n. 245, n. 248 y n. 62, respectivamente.

²⁹⁵ CIDH, *op. cit.*, en n. 270, Capítulo VI; Asimismo, CIDH, *op. cit.*, en n. 271, Capítulo V, CIDH, *op. cit.*, en n. 272, Capítulo VI; CIDH, *op. cit.*, en n. 273; CIDH, *op. cit.*, en n. 276, capítulo X; CIDH, *op. cit.*, en n. 279 , capítulo V “Situación de la Mujer”.

garantizar un efectivo goce de los derechos humanos²⁹⁶. De igual modo, en el marco de este análisis, la Comisión se ha pronunciado sobre la legitimidad, necesidad e incluso la obligatoriedad de las denominadas “medidas especiales” y medidas de “acción afirmativa”, las que ha considerado medios idóneos para combatir la desigualdad estructural que enfrenta la región. Por último, este órgano del sistema ha sido el más explícito a la hora de identificar la existencia de diversas concepciones de igualdad, planteando que la igualdad formal resulta insuficiente frente al contexto latinoamericano y que es preciso tener en cuenta, por ejemplo, que “hombres y mujeres están corriendo distintas carreras y que la competencia empieza en puntos de partida diferentes”²⁹⁷. Todo ello refleja, de manera clara, que la Comisión interamericana se ha aproximado de manera persistente a la problemática de la discriminación desde una concepción estructuralista de la igualdad.

Finalmente, es preciso concluir que de todo el análisis descrito en los párrafos anteriores, resulta imposible omitir el lenguaje empleado por los órganos del sistema interamericano a la hora de abordar casos sobre igualdad. En efecto, los vocablos y expresiones que han utilizado ambos órganos, especialmente la Comisión, para referirse a la realidad de exclusión que experimentan vastos colectivos en nuestra región, es indiciario de la concepción que subyace a sus aproximaciones. Como fue mencionado en el apartado de precisiones terminológicas del primer capítulo de la investigación, el lenguaje es una poderosa herramienta y rara vez es neutral. De allí que el hecho que la Corte se refiera a los pueblos indígenas, migrantes o a las mujeres como grupos “sistemáticamente discriminados”, “sojuzgados”, “sometidos” o “estructuralmente discriminados” no es casual. Ello implica que estos órganos observan en la realidad de los diversos países de la región un conjunto de prácticas institucionales y sociales, profundamente arraigadas, que ubican a estos grupos en una posición tal que difícilmente pueden gozar de sus derechos humanos en condiciones de igualdad con otros colectivos de la sociedad que no están en tales condiciones. Es decir, la Corte y la Comisión identifican una realidad de

²⁹⁶ CIDH Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas; “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”; La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas; Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser objeto de violencia y discriminación; Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia; Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas. Todos ellos citados en notas 267 a 280.

²⁹⁷ Informe de la Comisión, *op. cit.*, en n. 280, párr. 73

discriminación estructural y la ponen en primer plano. Su lenguaje es coherente con dicha aproximación. Así ocurrió con la Opinión Consultiva sobre Migrantes Indocumentados, en que la Corte estimó que dicho grupo se encontraba en una situación de “vulnerabilidad” y “debilidad bajo el diseño de relaciones de poder”, lo cual “tiene una *dimensión ideológica* y *se presenta en un contexto histórico* [...]y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales)”²⁹⁸. Asimismo, la Comisión reafirma este enfoque estructuralista en su Informe *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*, en que llega incluso a explicitar su adhesión a una concepción de la igualdad como principio de anti-subordinación, criticando abiertamente las deficiencias de la concepción que denominó liberal clásica.

b) El test de razonabilidad instrumental en una aproximación estructuralista a los casos de igualdad.

Como ya fue demostrado, tanto la Comisión como la Corte interamericana han optado, de manera reiterada, por aproximaciones de carácter estructuralista a la problemática de la discriminación en Latinoamérica. Esta posición no es sorprendente en una de las regiones con mayores índices de desigualdad del mundo, donde la pobreza y los prejuicios contra ciertos grupos constituyen una realidad asentada y endógena. No es extraño que los órganos regionales encargados de la supervisión de los derechos humanos reparen en esta realidad y se aboquen de manera a intentar revertirla. No obstante, a pesar de la evidente preocupación de dichos órganos por estos grupos y de su pretensión de analizar esta realidad desde una perspectiva contextual y estructuralista, parecen no haber reconocido un problema profundo en su postura: no basta un discurso inclusivo para que éste tenga consecuencias si éste no va acompañado de cimientos conceptuales y argumentativos coherentes con su posición. De allí que afirmemos que, a pesar de las intenciones de la Corte y la Comisión, éstas no han reparado en que el uso de ciertas categorías propias de la concepción liberal tradicional debilita su aproximación estructuralista y genera una superposición de perspectivas que acaba por debilitar su postura.

Uno de los ámbitos en que se refleja con mayor claridad la superposición de la concepción liberal tradicional de la igualdad y la que hemos denominado estructuralista -con los

²⁹⁸ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 15, párr. 112.

consiguientes efectos en materia de acciones afirmativas- es la utilización generalizada del *test* de razonabilidad instrumental tanto por la Corte IDH como por la Comisión Interamericana. Ambos órganos han aplicado de manera acrítica e indistinta el mencionado *test*, tanto para enfrentarse a casos de discriminación en que los propios órganos identifican una problemática de carácter estructural, como en casos en que no hay involucrado un cuadro de discriminación sistemática.

La aplicación de este *test* como estándar para identificar cuándo nos encontramos en presencia de un caso de discriminación ha sido escasamente criticada en doctrina²⁹⁹, ya que posee la ventaja de otorgar, al menos en apariencia, una fórmula de carácter general y abstracto para identificar hipótesis de discriminación. En efecto, siguiendo la lógica operativa de dicho *test*, toda vez que nos encontremos con una distinción que no satisfaga las exigencias de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido, nos encontraremos frente a un caso de discriminación. Tal ha sido la posición adoptada por la Corte IDH y también por la Comisión, quienes han citado jurisprudencia europea para fortalecer su postura.

La Corte ha implementado este *test* en forma sumamente escueta, a pesar de haberse visto enfrentada a casos de posible vulneración del derecho a la igualdad en reiteradas ocasiones. Desde ya, adelantaremos que la Corte generalmente ha utilizado este *test* cuando se ha visto enfrentada a casos de discriminación directa, pero ha eludido su aplicación frente a hipótesis de discriminación indirecta.

La primera y más evidente de las razones de por qué el empleo del *test* de razonabilidad genera problemas de consistencia en una argumentación que parte de la base de reconocer la existencia de grupos desaventajados, es que el hecho de que la existencia de tales grupos supone, obviamente, que no todas las personas en la sociedad se encuentran en situación de igualdad. Es decir, evidencia que no existe –en los hechos- igualdad en los puntos de partida. La necesidad de contar con puntos de partidas equitativos, como requisito previo a la aplicación del *test* resulta insoslayable, ya que éste justamente está creado sobre la base de que los individuos compiten de manera igualitaria por ciertos bienes u objetivos. Es a la luz de esa circunstancia que la

²⁹⁹ Barrère, *op. cit.*, en n. 126. Ver también Rodríguez, *op. cit.*, en n. 118.

introducción de diferencias que no puedan ser justificadas de manera objetiva y razonable, resulta discriminatoria.

La primera vez que la Corte aplicó el *test*, fue en la Opinión Consultiva 4/84. En dicha ocasión, afirmó que una distinción es constitutiva de discriminación si ella no satisface las exigencias de objetividad y razonabilidad, lo que a su vez implica que exista una relación de proporcionalidad entre el medio escogido y el fin perseguido por la distinción. Así, la Corte estimó que el conjunto de exigencias relativas al tiempo de residencia y al dominio de idioma e historia de la nación costarricense para efectos de obtener la nacionalidad no vulneraban el derecho a la igualdad. Sin embargo, respecto de la disposición que indicaba que una mujer extranjera podía adquirir la nacionalidad costarricense al casarse con un nacional, pero a costa de perder la propia, estimó que esta distinción entre hombres y mujeres no satisfacía el mencionado *test*, concluyendo que implicaba una violación del derecho a la igualdad. Como se puede observar, en el caso de las mujeres, la propia norma imponía una distinción respecto de los hombres, y la Corte no dudó en aplicar el *test* de razonabilidad. Algo muy similar ocurrió en la Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, en que la Corte, aplicando el *test*, afirmó que la distinción entre menores y mayores de edad es funcional a la finalidad de permitir el cabal ejercicio de los derechos del niño en condiciones de igualdad y que, por tanto, no entrañan discriminación. Una lógica muy similar se puede observar en el caso de las niñas *Yean y Bosico*, que representa otro ejemplo de la aplicación del *test* de razonabilidad. En dicho caso, la Corte señaló que el trato diferencial brindado a las víctimas no obedeció a una justificación objetiva ni razonable, ya que ellas cumplían con las exigencias establecidas por la ley. Por último, en el caso *López Álvarez* la Corte esbozó algunos elementos del *test* de razonabilidad al analizar las restricciones legítimas que acepta el derecho a la libertad de expresión, concluyendo que se verificaba una restricción ilegítima por vulnerarse el principio de igualdad, al no proporcionar el Estado razones que justificaran la diferencia de trato otorgada a la víctima en este caso. Así, nuevamente enfrentada a una hipótesis de discriminación directa, la Corte no tuvo problemas en aplicar el *test*.

Una curiosa aplicación del *test* de razonabilidad se dio en la Opinión Consultiva sobre los Migrantes Indocumentados. Allí, la Corte señaló, tras identificar una realidad de discriminación indirecta en perjuicio de los migrantes que, para resolverla, una diferencia de trato que satisface los criterios de objetividad y razonabilidad no entrañaría discriminación.. Luego, realizó un extenso análisis

sobre la precaria situación de los migrantes. Lo extraño es que tras este análisis, la Corte consideró que el asegurar mecanismos de regulación no discriminatorios en la esfera del empleo, implica, a la larga, que ellos sólo deben atender “a las *características de la actividad* productiva y la *capacidad individual* de las personas”³⁰⁰, conclusión que no resulta coherente luego de identificar que normas neutrales pueden impactar en forma exclusiva o desproporcionada sobre los migrantes, y que realizar distinciones para evitar dicho impacto no entrañaría discriminación. Como se puede observar, frente a esta realidad de discriminación indirecta, la aplicación del *test* desembocó en una conclusión alejada del propio análisis de la Corte.

Algo muy similar ocurrió en la Opinión Consultiva sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, en que la Corte, a pesar de que nuevamente identificó un cuadro de discriminación estructural, aparejado a una realidad de discriminación indirecta, afirmó una violación del derecho a la igualdad sin necesidad de dar aplicación al *test* de razonabilidad, lo que se tradujo en una fundamentación bastante escueta. La única excepción a esta aproximación de la Corte frente a los casos de discriminación indirecta se verificó en el caso YATAMA, en que la Corte señaló que la aplicación uniforme de la normativa electoral a los pueblos indígenas provocaba discriminación, ya que no era proporcional requerir indistintamente la constitución de partidos políticos cuando ello, previsiblemente, obstaculizaría la participación de grupos que debido a sus costumbres no están familiarizados con dicha forma de asociación. Asimismo, señaló la Corte que no satisfacía el requisito de razonabilidad pretender que la comunidad indígena presentara candidatos en un porcentaje tan alto de municipios, declarando una violación del artículo 24 de la CADH.

Los casos analizados ponen en evidencia que la Corte Interamericana, frente a hipótesis de discriminación directa, en que la norma importa una diferencia de trato, no ha encontrado inconvenientes en la aplicación del *test*, hecho que, con la excepción del caso YATAMA, no ocurre frente a casos de normas neutrales que impactan desproporcionadamente en un determinado grupo, esto es, frente a casos de discriminación indirecta. En estos casos, o bien la Corte se limita a analizar el derecho a la igualdad como una cuestión contextual o una “consideración previa”, evitando un análisis de fondo del artículo 1.1 o 24 –según corresponda- o bien declara una violación del mencionado derecho sin argumentar de manera sólida qué estándares utilizó para llegar a tal conclusión.

³⁰⁰ *Ibid*, párr. 169.

Las razones que explican por qué la Corte es reacia a aplicar el *test* de razonabilidad frente a hipótesis de discriminación indirecta, pero no encuentra la misma dificultad a la hora de aplicarlo a casos de discriminación directa, dicen relación con la concepción de igualdad subyacente a este *test*. Como fue explicado en el primer capítulo, la aspiración de la concepción liberal tradicional de la igualdad es que las personas sean tratadas de modo tal que únicamente su capacidad sea relevante para cumplir con el objeto perseguido por una norma. Ello supone que la igualdad formal bastaría, en principio, para que exista igualdad *de facto*, ya que esta concepción no atiende a la realidad de ciertos grupos subordinados. Por esta razón, esto es, debido a que en principio bastaría dar a las personas un trato indistinto para que ello garantice la igualdad, existe una presunción de legitimidad cuando estemos frente a un trato formalmente igual y una presunción de ilegitimidad cuando el trato sea formalmente desigual. Esta presunción provoca que el *test* se active frente a casos en que hay una *diferencia de trato* pero no en casos en que la discriminación se produce en el impacto de una norma que no efectúa diferenciación alguna. De este modo se explica que la Corte dé aplicación al *test* de razonabilidad en casos de discriminación directa, pero no lo haga respecto de casos de identidad de trato, los que traerían consigo la presunción de legitimidad, a pesar que es la propia Corte la que dedica largos párrafos de sus fallos a visibilizar cómo la desigualdad estructural importa generalmente hipótesis de discriminación indirecta, en las que el principio de igualdad se quebranta por medio de un trato uniforme.

Un caso interesante, que vale la pena analizar en forma separada a la restante jurisprudencia de la Corte en materia de igualdad, es el caso *Apitz v. Venezuela*. Esta fue la primera vez que la Corte se vio obligada a analizar el derecho a la igualdad, sin que su posible vulneración llevara consigo un contexto de desigualdad estructural. En efecto, como pudo observarse en el capítulo segundo, y en el análisis de los párrafos precedentes, la Corte, cada vez que se había enfrentado a casos de igualdad, se veía enfrentada a realidades de discriminación sistemática, cuestión que destacaba de manera constante. Este no fue el caso de *Apitz vs. Venezuela*. En dicho caso, la Corte señaló que lo relevante a efectos del juicio de igualdad era determinar si la circunstancia de que algunos de los jueces se encontraran en situación de jubilar constituía o no una justificación objetiva y razonable para que dos de ellos fueran eximidos de la máxima sanción disciplinaria, a la luz de que la finalidad de la norma de salvaguardar la idoneidad de los jueces. Como se observa, la Corte activa la aplicación del *test*. Pero, no obstante haber estimado que la jubilación no era un criterio relevante y que por lo tanto, la posición de los cinco jueces debía ser considerada equivalente, no concluye que la aplicación de sanciones diferentes fuera

constitutiva de discriminación. Paradojalmente, la Corte, luego de analizar paso a paso el *test*, resuelve que carece de competencia para declarar una violación al derecho de igualdad, puesto que ello hubiera implicado decidir si los magistrados eran merecedores de la sanción disciplinaria, materia que escaparía a sus facultades. Es decir, en este caso, la Corte, frente a una hipótesis de discriminación directa en que no había un contexto de discriminación sistemática, no fue capaz de dar aplicación al *test* de razonabilidad de manera coherente. Concluyó finalmente que no había discriminación a pesar de que la medida de distinción, para el propio tribunal, no superaba el *test* de razonabilidad.

Hemos separado para nuestro análisis el uso que la Comisión Interamericana ha dado al *test* de razonabilidad, porque los informes y casos analizados respecto de dicho órgano se remiten a estudios sobre medidas de acción afirmativa, cuestión que merece ser tratada en forma separada respecto del análisis de carácter más general que ha efectuado la Corte.

La Comisión Interamericana, en su célebre informe sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa con el principio de igualdad, dio aplicación al *test* de razonabilidad para efectos de argumentar a favor de tal compatibilidad. En efecto, la Comisión centró su análisis en la finalidad que persiguen las medidas de acción afirmativa, dando como ejemplos la diversidad en la representación política y la igualdad de acceso a la vida pública. Con dichos fines en mente, concluyó que éstos serían lo suficientemente apremiantes para satisfacer la relación de proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin perseguido, sin detenerse en las posibles objeciones de quien eventualmente pudiere quedar excluido por la aplicación, por ejemplo, de un sistema de cuotas. Si bien la Comisión no realizó paso a paso el *test*, el énfasis en la finalidad es indiciario de que fue éste su punto fuerte para poder legitimar las medidas de acción afirmativa, sin hacerse cargo de posibles objeciones relativas a las exigencias más elevadas de argumentación que exigirían las “categorías sospechosas”, cuestión que se abordará en el siguiente acápite.

Además del informe descrito, otro de los documentos clave relativos a la aplicación del *test* es el de *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*. En dicho Informe, la Comisión, como fue previamente destacado, critica abiertamente una concepción liberal tradicional de la igualdad, señalando que ella es insuficiente para justificar la aplicación de medidas de acción afirmativa. Señala que es preciso avanzar hacia una concepción de

“igualdad material o estructural” para dar cimientos sólidos a las medidas de acción afirmativa. No obstante, a pesar de haber formulado una posición crítica, la Comisión no consideró necesario cuestionar la aplicación del mencionado *test*, lo que demuestra que éste órgano no alcanzó a vislumbrar las consecuencias de la aplicación de éste fuera de las hipótesis típicas o casos-tipo de discriminación. La Comisión asocia la noción estructural de la igualdad a la necesidad de trato diferenciado cuando la mera igualdad formal suponga un empeoramiento de la situación del grupo desaventajado. Si bien ésta es precisamente la realidad que invita a la adopción de medidas de acción afirmativa, la Comisión no repara en que el uso del *test* e incluso el empleo de su versión más extrema -que exige un escrutinio estricto en caso de emplearse como criterio de distinción una de las denominadas “categorías sospechosas- tiende a socavar la legitimidad de las medidas de acción afirmativa, las que debido a que pretenden revertir realidades de discriminación estructural, no parten del supuesto de iguales puntos de partida, por lo que no satisfacen una lógica de instrumentalidad basada en la competencia de los individuos.

Como ha podido observarse, la utilización del test de razonabilidad genera, al menos, tres inconvenientes cuando los órganos de protección han efectuado en forma previa una aproximación desde un punto de vista estructuralista a los casos de discriminación: a) Aplica una lógica instrumental, de relación medio-fin, que supone un piso de igualdad en los puntos de partida que los propios órganos procuran desmentir en su aproximación sociológica y estructuralista al principio de igualdad; b) Genera inconvenientes a la hora de enfrentar situaciones de discriminación indirecta, ya que habitualmente aplica el *test* de razonabilidad instrumental a situaciones de trato diferente, encontrando dificultades para utilizar el mismo *test* para argumentar discriminación en hipótesis es que es el tratamiento indistinto con impacto diferenciado, el que produce discriminación y; c) Abre las puertas a un cuestionamiento de las medidas de acción afirmativa, identificándolas como una excepción al principio de igualdad, que generalmente no sólo estarán sujetas al *test* propio de la concepción liberal tradicional, sino a la versión más extrema de este *test*, la que se activa, como se demostrará a continuación, frente a las denominadas “categorías sospechosas”.

Frente a esta realidad, se abren dos posibles alternativas para dar un sustento coherente a la posición de la Corte y de la Comisión frente a la disyuntiva de si aplicar o no el *test* de razonabilidad en un marco de análisis netamente estructuralista: o bien se reformula su

aproximación, desechando por completo la aplicación de un *test* cuya lógica es propia de una concepción liberal tradicional de la igualdad, que parece ser ajena a las pretensiones del sistema; o bien se realiza un esfuerzo argumentativo por evaluar en qué ámbitos o casos puede resultar útil el *test* de razonabilidad y cuáles son los casos que exigirían una aproximación diferente.

c) El uso de las categorías sospechosas en una férrea defensa de las acciones afirmativas

Otro de los ámbitos que deja en evidencia la superposición de diversas concepciones de igualdad por parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, dice relación con la adopción de las denominadas “categorías sospechosas”, en su acepción más extendidamente asentada. De acuerdo con ésta, aquellas estarían dadas por una serie de criterios consagrados convencionalmente (con carácter taxativo o enunciativo, según el tipo de cláusula³⁰¹ que envuelven una presunción de ilegitimidad y que erigen sobre el Estado una carga probatoria agravada, para efectos de justificar una medida de distinción sustentada en cualquiera de dichas categorías³⁰². Diversas razones se han esgrimido para explicar la enumeración de motivos que actualmente figuran con tal carácter en los textos constitucionales y en tratados internacionales. Pero una sola ha sido la consecuencia que unánimemente se ha atribuido al uso de estas categorías para distinguir entre grupos e individuos. Ella consiste en activar un escrutinio estricto que restringirá la permisibilidad del trato diferenciado únicamente a los casos en que el Estado arguya una finalidad lo suficientemente imperativa como para tolerar la completa ausencia de un nexo de funcionalidad entre el criterio (sospechoso) y el objetivo regulatorio.

Si bien la Comisión Interamericana ha sostenido y aplicado continua y uniformemente la doctrina de las “categorías sospechosas”, tanto en sus informes temáticos como en los emitidos a propósito de peticiones individuales, no podemos decir lo mismo de la Corte. Esta última sólo ha

³⁰¹ La doctrina ha identificado cláusulas de igualdad abiertas y cerradas, según si el listado de categorías prohibidas que contiene es de carácter taxativo o meramente enunciativo. En la primera situación se encontrarían el artículo 1.1 de la CADH, así como el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el 26 del PIDCP. Mientras que los artículos 1.3, 13.b, 55.c y 76.c de la Carta de Naciones Unidas serían de carácter cerrado o restringido, ya que sólo contemplan como motivos ilegítimos de distinción la raza, el sexo, el idioma y la religión. Ver Bayefsky, *op cit*, en n. 20, p. 5.

³⁰² Ver Corte Suprema de Estados Unidos, *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Hirabayashi vs. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

realizado lacónicas referencias a los alcances jurídicos de los motivos de discriminación contenidos en el artículo 1.1 de la CADH, pero no ha sondeado ni menos desarrollado las implicancias probatorias de la utilización de dichas categorías para efectos de justificar distinciones de *jure* o de *facto*. Ni siquiera lo ha hecho en el conocimiento de aquellos casos contenciosos en los que, habiendo afirmado la existencia de discriminación, se hallaba en juego el sexo³⁰³ o la raza de la víctima³⁰⁴, y en los que bien podría haber fundamentado su determinación en el carácter poco apremiante del propósito estatal invocado. Ante este panorama, nos vemos en la necesidad de advertir que gran parte de la construcción normativa que se expondrá a continuación como obra del sistema interamericano, proviene, fundamentalmente, de las consideraciones de uno de sus órganos.

En el ya citado Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas, la Comisión Interamericana se adentra en el contenido de las categorías sospechosas y explica los efectos que acarrea su identificación en una norma o práctica estatal, rescatando gran parte de su propia jurisprudencia³⁰⁵. Explica que si la restricción de un derecho se produce con motivo de alguna de las categorías consignadas en el artículo 1.1 de la CADH “se debe demostrar que dicha restricción está basada en un *objetivo estatal imperioso o urgente*, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que éste no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asiente exclusivamente en el prejuicio”³⁰⁶.

Nótese que el informe en comento, tal como lo señalamos anteriormente, representa uno de los hitos en el desarrollo del principio de igualdad en el sistema interamericano. Ciertamente, dicho informe es uno de los más adelantados e innovadores a la hora de abogar por un principio de igualdad como no sometimiento, criticar las limitaciones inherentes a una concepción de

³⁰³ Como en el caso de las niñas *Yean y Bosico v. República Dominicana*, *op cit*, en n. 231.

³⁰⁴ Como en los casos *Yatama v. Nicaragua*, en el caso *López Álvarez v. Honduras*, *op cit*, en nota 226 y 236, respectivamente.

³⁰⁵ Utilizamos aquí la palabra “jurisprudencia” en un sentido amplio, comprensivo de las diversas vías por las que se pronuncia la Comisión Interamericana, en tanto órgano del que emana interpretación autorizada de la CADH. No desconocemos que el único órgano propiamente jurisdiccional que emite jurisprudencia en sentido estricto, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰⁶ CIDH, *op cit*, en n. 280, párr. 83.

igualdad liberal-tradicional y afirmar la exigibilidad de las acciones afirmativas. Sin embargo, la Comisión no explica cómo tras formular esa conceptualización de las categorías sospechosas, puede aseverar la obligatoriedad (o tan siquiera la permisibilidad) de tales medidas, sin entrar en contradicción. ¿Es plausible acaso que un elemento revestido de excepcionalidad y sospecha de ilegitimidad pueda a su vez fundar medidas a cuya adopción el Estado no sólo se encuentra autorizado, sino más bien obligado? ¿Cómo podríamos pretender la aplicación masiva por parte de los Estados de programas y normativas que, previamente, debiesen ser sometidas al más acucioso y severo de los controles? ¿No habrá sido concebido el *test* de escrutinio estricto para dificultar la proliferación de distinciones basadas en las llamadas categorías sospechosas? O hemos errado en el sentido del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho internacional en esta materia, o existe al menos un salto lógico en el razonamiento propuesto por la Comisión. Argumentaremos lo segundo.

Aclaremos, en primer lugar, que el análisis realizado por la Comisión en el informe recién citado se ajusta con total coherencia a una posición sustentada reiteradamente en ocasiones anteriores y respaldada —escuetamente— por la Corte Interamericana. Así, por ejemplo, al conocer del caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, la Comisión sostuvo que “*las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso*”³⁰⁷, como asimismo, enfatizó que las diferencias de trato basadas en el sexo de las personas eran “*fuertemente sospechosas de ilegalidad*”³⁰⁸ por lo que el Estado debía proporcionar razones de mucho peso para lograr justificarlas. En la misma dirección apuntó el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, al reafirmar que “*las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción*”³⁰⁹. Todo ello fue ratificado en el Informe elaborado por la Comisión acerca de la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa para promover la participación de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, el cual, además, se apoyó en la jurisprudencia de la Comisión y Corte

³⁰⁷ CIDH, Caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, caso 11.625, Informe N° 28/98, párr. 36.

³⁰⁸ CIDH, Caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Informe de fondo N° 4/01 de 19 de enero de 2001, párr. 31 y 36.

³⁰⁹ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, de 22 de Octubre de 2002, párr. 338.

europaea para exigir un examen minucioso de las distinciones realizadas sobre la base de la raza o el sexo³¹⁰.

La Corte Interamericana, por su parte, sólo se ha referido a los criterios consagrados en el artículo 1.1 de la CADH para efectos de recordar, en varias oportunidades, que no son admisibles tratos discriminatorios en perjuicio de una persona o grupo, fundados en uno o más de los motivos que contempla dicha disposición. Pero el tribunal no se ha pronunciado sobre las particularidades que la presencia de dichos criterios impone al examinar una posible justificación de la distinción. Puntualmente, nunca ha dado aplicación a un *test* más riguroso. Tampoco hemos asistido a una clarificación acerca de cuáles criterios comportan categorías sospechosas, ni porqué. Hasta ahora, no se ha determinado si lo son todos los motivos enumerados en el artículo 1.1 de la CADH o si sólo algunos de esos factores serían indiciarios de ilegitimidad. Sin perjuicio de ello, vale la pena mencionar que la Corte sí ha efectuado otras interpretaciones interesantes en esta materia, como lo es el ampliar el catálogo de criterios prohibidos del artículo 1.1 de la CADH, sin argüir razón alguna. En su opinión consultiva 17/03, la Corte afirmó la proscripción de discriminación en perjuicio de toda persona por motivos de “género, raza, color, idioma, religión o *convicción*, opinión política o de otra índole, origen nacional, *étnico* o social, *nacionalidad*, *edad*, situación económica, *patrimonio*, *estado civil*, nacimiento o *cualquier otra condición*”. Como es de constatar, el tribunal internacional introdujo “género” en lugar de “sexo”, agregó origen étnico, nacionalidad, edad, patrimonio y estado civil y abrió aún más la expresión “cualquier otra condición social” al dejarla simplemente en “cualquier otra condición”, con la consiguiente amplitud mayor que ello supone.

No es éste el momento ni el lugar para detenernos en los peligros e inconvenientes que entraña la falta de una adecuada motivación de las resoluciones de un tribunal internacional³¹¹, pero sí sostendremos que la lectura formulada por la Corte respecto de los criterios de discriminación contenidos en el artículo 1.1 de la CADH en la citada opinión consultiva, guarda estrecha vinculación con su preocupación por extender y actualizar el manto protector del

³¹⁰ CIDH, *op. cit.*, en n. 274.

³¹¹ Al respecto, puede verse Dulitzky, A: “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” en 3° Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago (2007) p.19.

principio de igualdad hacia ciertos grupos continuamente postergados. En ese intento, la Corte deja entrever la superposición de encontradas concepciones de igualdad.

En efecto, tras consignar nuevas categorías de distinción prohibidas por la Convención, la Corte destacó la situación de subordinación de colectivos particularmente vulnerables, cuya identificación y formas de discriminación varía conforme los contextos histórico-sociales de los Estados. Luego, la Corte aseveró la obligatoriedad de adoptar las medidas para revertir esa condición. Esta aproximación, por una parte, reafirma el énfasis constante de la Corte en la realidad de marginación que caracteriza a determinados grupos sociales y, por otra, pone de relieve –acertadamente– que dichos sectores no son estáticos ni transversales a toda época y lugar, lo que explicaría la necesidad de reconocer nuevos criterios “sospechosos” de distinción. Este esfuerzo parece del todo sensato si admitimos que al elaborarse la Convención Americana no se establecieron algunos de los factores más frecuentemente utilizados hoy en día para discriminar a inmigrantes, homosexuales, indigentes y otros grupos que en aquel entonces no constituían el blanco de las garantías jurídicas contra la exclusión sistemática, que intentaba generar el orden público internacional. Pero aquello no implica tampoco que el razonamiento de la Corte sea verdaderamente consistente.

Hasta ahora el lector ha podido apreciar que casi la totalidad de la jurisprudencia contenciosa y no contenciosa de la Corte, así como los diversos informes de la Comisión, se han concentrado en la igualdad efectiva de las personas pertenecientes a grupos tradicionalmente sojuzgados, tales como indígenas, afroamericanos, mujeres y migrantes. De igual modo, es posible advertir el interés por extender y optimizar la protección hacia éstos y otros colectivos, así como también por cubrir nuevas formas de exclusión. Ambos órganos han puesto en evidencia la necesidad de combatir los fenómenos de discriminación que los aqueja con medidas estatales de equiparación o compensación al estilo de preferencias o cupos y han esgrimido la exigibilidad jurídica de las mismas. Por esta senda, se avizora casi indubitablemente que el sistema interamericano ha abrazado una concepción de igualdad estructural o de no sometimiento. No obstante, la construcción expuesta en materia de “categorías sospechosas” revela que, tal como acontece en lo referente al examen de discriminación aplicado por la Corte, tanto ésta como la Comisión intercalan de manera poco coherente aquella concepción de igualdad con una de cariz liberal- individual.

Es así que, al mismo tiempo que la Corte y la Comisión se abocaban a la dimensión estructural del derecho a la igualdad como punto de partida en sus análisis de casos e informes, hacían suya —en algunas ocasiones— la estrecha racionalidad de medios y fines que envuelven las categorías “sospechosas”, bajo un esquema de igualdad liberal-tradicional. Si bien esto no ha sido abordado sistemáticamente por la Corte, la Comisión parece ostentar una posición más explícita en el sentido de concebir ciertos criterios como indiciarios de discriminación *ex ante*. De este modo, las categorías sospechosas han sido concebidas por el sistema interamericano, al alero del sistema universal de derechos humanos, como un listado enunciativo de elementos identificados *a priori* como factores ilegítimos de diferenciación entre toda persona y grupo. Tales categorías no revelan reconocimiento ni preocupación respecto de ningún grupo social que deba ser especialmente amparado y, por eso, su formulación se reduce a despejar la falta de razonabilidad en la toma de decisiones que afecte a cualquier persona. El déficit de legitimidad de que éstas adolecen radica, según se ha manifestado, en la imposibilidad lógica de ofrecer una justificación razonable de una distinción practicada en su nombre. En vista que tales criterios, en principio, no pueden ser racionalmente instrumentales a la consecución de ningún fin permitido en el marco de alguna actividad o esfera social, su utilización debe ser erradicada. ¿En qué casos las clasificaciones basadas en el sexo, la raza, el color o el origen nacional de las personas podrían expresar una relación de adecuación y proporcionalidad o una conexión suficiente con los objetivos de la educación superior, el empleo, el acceso a los cargos públicos, el ejercicio del *jus puniendi* estatal o la prestación de asistencia médica?. Prácticamente en ninguno. La regla admite tan solo una excepción: la invocación de un propósito estatal urgente o apremiante. Éste último permitiría tolerar la carencia de funcionalidad del medio de distinción o bien dotarlo de esa funcionalidad debido a la existencia de una finalidad imperiosa.

Lo anterior, en sí mismo, no resulta problemático. Pero sí lo es la pretensión de conciliar esta noción de las categorías “sospechosas” con una irrestricta defensa de la igualdad estructural de determinados grupos sociales a través de la promoción de acciones afirmativas³¹².

Si al igual que los órganos de protección del sistema interamericano admitimos que el principio de igualdad nos impone reconocer que existen ciertos grupos sociales (en el sentido

³¹² Saba, *op. cit.*, en n. 142.

que nos propone Owen Fiss) cuya realidad actual delata un historial de sistemática discriminación que debe ser corregido, habremos de concluir, en primer lugar, que para asegurar la igualdad de derechos de sus miembros, es preciso identificar *in concreto*, cuáles son esos grupos. El catastro habrá de ser distinto según la nación y el momento objeto de análisis. Si el derecho de igualdad llama ante todo a evitar la perpetuación de la marginación en que viven esos colectivos, debemos estar particularmente alertas a las clasificaciones o distinciones que los perjudiquen. De este modo y como segundo corolario, tendríamos que considerar que los motivos de diferenciación que deben soportar el más severo de los controles no pueden definirse de manera abstracta ni simétrica, como lo propone un enfoque de corte individual, sino que serán determinados según cuáles sean los grupos que nos parezcan merecedores de mayor protección. Las categorías “sospechosas”, desde esta perspectiva, serán tales no tanto por su irrazonabilidad para practicar distinciones, sino más bien por estar asociadas a la consolidación de la discriminación estructural de una parte de la población, identificada en un espacio y tiempo dados.

Siguiendo al académico Roberto Saba³¹³, esto nos conducirá a sostener, en tercer lugar, la esterilidad de un catálogo que, aun estando abierto a nuevas categorías, no está orientado a salvaguardar a ningún grupo en particular sino a cualquiera de ellos y a todas las personas en general, con total prescindencia de las disparidades de poder y de las relaciones de dominación de unos sobre otros. Finalmente, es de colegir que una interpretación armoniosa y teleológica del principio de igualdad así concebido, nos convoca a aseverar que los motivos de distinción prohibidos serán entonces “hombre” o “mujer” (y no “sexo”), según uno u otro criterio sea empleado para reforzar o socavar la posición subordinada de las mujeres –y no de los hombres-, grupo social que podemos identificar afecto a un cuadro de discriminación sistemática que debe ser desmantelada. Lo mismo podremos decir de “blanco”, “negro”, “afroamericano”, “mestizo” o “aborigen” –entre otras variadas categorías imaginables en lugar de “raza”, “color”, “origen nacional” o “nacimiento”- respecto de la necesidad de asegurar el ejercicio igualitario de los derechos de afroamericanos e indígenas.

El razonamiento recién expuesto tiene la ventaja de resolver coherentemente algunos de los más relevantes propósitos de la Corte Interamericana. Por una parte, permite extender con

³¹³ *Idem*

eficacia la garantía de igual protección contra la discriminación sobre otros sectores cuya exclusión estructural se ha ido develando según el tiempo y el contexto social, bajo diversas modalidades de discriminación. Y por otra, posibilita la afirmación de la legitimidad u obligatoriedad de las medidas de acción afirmativa.

Así, por ejemplo, bien podríamos aceptar que el uso de una u otra nacionalidad, del género, de una determinada orientación sexual, o de cierta estratificación patrimonial, podrían llegar a constituir criterios prohibidos de discriminación que activan un escrutinio estricto de parte del intérprete, por servir a la marginación de inmigrantes, de homosexuales y de poblaciones de escasos recursos. Como vimos, la Corte se ha inclinado por ampliar el abanico de criterios vedados por el artículo 1.1 de la CADH, presumiblemente en pos de ampliar una salvaguardia efectiva del derecho a la igualdad a otros grupos desaventajados. El problema es que al hacerlo, no ha ofrecido fundamentación de ninguna especie y ha emulado sin cuestionamientos el esquema tradicional de categorías “sospechosas” simétricas, ciegas a las asimétricas necesidades de protección de unos y otros grupos sociales³¹⁴. Por otra parte, una argumentación acorde de principio a fin con una visión estructural de la igualdad hace posible defender férrea y sólidamente la admisibilidad e incluso la exigibilidad de las acciones afirmativas, conforme lo ha enarbolado tanto la Corte como la Comisión Interamericana.

Si ese tipo de medidas consisten en instaurar diferencias de trato (preferencias) entre personas de distinto sexo o de diverso color o raza, por las que se desatiende la aptitud individual de las personas (denotando su incapacidad de satisfacer nexo instrumental alguno) pero a través de las cuales se mejora la posición desaventajada de mujeres, indígenas o afroamericanos, aquellas no serán sometidas a un escrutinio estricto. Las medidas de acción afirmativas así entendidas estarán exentas del acucioso examen por la sencilla razón de que ellas no se erigen sobre la base de categorías “sospechosas”, pues los criterios de distinción introducidos no sólo no contribuyen a perpetuar la discriminación que aquellos sectores desaventajados padecen, sino que por el contrario, tienden a revertirla. Al soslayar los efectos probatorios asociados a las categorías “sospechosas”, las acciones afirmativas dejan de estar cubiertas con el manto de excepcionalidad y recelo con que hasta ahora han sido presentadas y se dispara exponencialmente la factibilidad jurídica de su implementación.

³¹⁴ *Idem*, particularmente en lo relativo al carácter asimétrico de las categorías “sospechosas”.

La jurisprudencia del sistema interamericano ha exhortado constantemente a los Estados a atender a la realidad de discriminación en que están inmersos algunos grupos, a no soslayar las particularidades que caracterizan a quienes los conforman y a evaluar el impacto que en ellos provocan los diversos usos o normas, para dar concreción a la igualdad ante la ley. Tanto la Corte como la Comisión han insistido -en términos facultativos e incluso imperativos- en la necesidad de adoptar medidas de “compensación” o acciones afirmativas. Pero ¿cómo podrían cumplirse estas directrices si la Comisión ha hecho suya la doctrina de las categorías sospechosas y la Corte no parece alejarse de esta posición? Si es igualmente grave e impresentable obtener una “ventaja” o sufrir una “pérdida” porque se es hombre o mujer, blanco o afroamericano, ¿porqué las medidas de acción afirmativa habrían de superar con éxito la severa revisión del operador del derecho?

Las categorías “sospechosas” de entrañar discriminación, conforme una aproximación formalista al texto convencional, sólo tendrían la virtud de obstaculizar las clasificaciones arbitrarias, mediante la consagración de criterios cuya utilización, normalmente, quebranta la racionalidad entre medios y fines que requiere una distinción para ser legítima. En esa medida ellas configurarían una herramienta idónea para erradicar la discriminación en un escenario en el que no existan vínculos de subordinación entre grupos sociales y en el que efectivamente el trato brindado a hombres, mujeres, blancos y afroamericanos pueda ser valorado con un mismo baremo, aplicado indistintamente por su común condición de individuos. Sin embargo, en una realidad caracterizada por la discriminación estructural que padecen ciertas personas en razón de su membresía a un determinado grupo social, la potencialidad de esa construcción de las categorías “sospechosas” tiende a desvanecerse. Más aún, ella puede convertirse en un serio escollo para la consecución de una auténtica igualdad en derechos, en tanto abre la posibilidad cierta de echar por tierra los programas de acción afirmativa³¹⁵.

Resulta palmario entonces que el planteamiento de la Comisión y la Corte Interamericanas encierra una tensión no resuelta. Ambos órganos han superpuesto elementos de un principio de igualdad estructural con uno liberal-tradicional, en una esfera en que las alternativas de armonización entre dichas concepciones son tan escasas como poco persuasivas.

³¹⁵ Ver *supra* nota 145.

Aparentemente, tampoco ha existido un empeño conciente por hacer confluír ambas nociones de igualdad en materia de categorías “sospechosas”. Más bien queda la impresión de encontrarnos frente a una argumentación que ha echado mano a una u otra de manera intermitente, omitiendo un análisis suficientemente prolijo acerca de las implicancias jurídicas de abrazar una u otra concepción de igualdad.

Si los órganos del sistema interamericano han volcado parte importante de su jurisprudencia en esta materia a aplacar y revertir los efectos de la discriminación estructural que padecen amplios sectores de la población de nuestra región y ha celebrado y promovido la implementación de acciones afirmativas aún en sus versiones más cuestionadas, resulta al menos curioso que hayan arribado a conclusiones tan similares a las que ha permitido a la Corte Suprema de Estados Unidos declarar la inconstitucionalidad de tales medidas.

Esta última, aplicando el *test* de escrutinio estricto a que da lugar una distinción fundada en el sexo o la raza, ha impedido la puesta en marcha de planes de acción afirmativa en favor de afroamericanos³¹⁶. Dejando a un lado la opinión que nos merezca la interpretación constitucional del máximo tribunal estadounidense, lo interesante -a nuestro entender- está en admitir que su razonamiento, en general, ha sido impecable. En el seno de la jurisprudencia de este tribunal se ha efectuado una lectura del derecho a la igualdad, acorde con una visión liberal de corte individualista, que otorga primacía a la racionalidad de medios y fines y que sobrevalora el mérito personal para efectos de distinguir y asignar recursos entre las personas. Consecuente con esta perspectiva, ante una situación que se le presenta, *prima facie*, discriminatoria, la Corte Suprema estadounidense ha aplicado un *test* diferenciado para analizar el grado de ajuste o razonabilidad entre el medio de distinción y el fin que se pretende alcanzar por su intermedio. Cuando el criterio de diferenciación ha sido uno de aquellos calificados de “sospechosos”, este tribunal ha hecho valer una carga probatoria onerosa a la que, normalmente, el Estado no logra sobreponerse. Al observar la concatenación de argumentos, no cabe sino reconocer su coherencia lógica. Sin embargo, esto ha significado la declinación de los programas de medidas especiales y acciones afirmativas en dicho país.

³¹⁶ *Idem*

Puede ser útil para estos efectos, poner de manifiesto, además, la vía a través de la cual el más alto tribunal de Estados Unidos ha llegado a aceptar la constitucionalidad de los planes de acción afirmativa³¹⁷. En los casos en que aquel ha dictaminado a favor de la implementación de estas medidas, ello no ha acontecido en vista de un vuelco en la concepción de igualdad abrazada por la Corte Suprema, sino por una salida jurídica que se inserta en el mismo esquema de análisis ya descrito. Para tal efecto, este tribunal ha entendido de manera diversa los objetivos perseguidos por la regulación, posibilitando que la medida salga airosa del severo control judicial. Así, por ejemplo, el exigir ser “afroamericano” para tener una preferencia en el ingreso a la Universidad, puede satisfacer en mejor medida una relación de funcionalidad con el objetivo de “diversidad cultural” que con el de “excelencia profesional”, al que puede encaminarse la educación superior. De manera análoga operaría el considerar que el propósito esgrimido por el Estado de asegurar una igualdad efectiva de derechos es un fin lo suficientemente imperativo como para superar el riguroso examen.

La Corte y la Comisión Interamericanas, en cambio, partiendo de presupuestos afines a una concepción de igualdad estructural, intercalan elementos propios de una noción liberal-tradicional, para luego desembocar en conclusiones radicalmente en pugna con esta última. Esta superposición conceptual e ideológica le resta consistencia al planteamiento de los órganos del sistema y debilita sus loables directrices sobre adopción de medidas de acción afirmativa. No obstante, podemos vislumbrar que, para subsanar las contrariedades que parecen lidiar al interior de la jurisprudencia del sistema interamericano, específicamente en lo relativo a las consecuencias derivadas de la aplicación de las categorías “sospechosas”, se nos presentan tres posibles vías argumentativas³¹⁸. Primero, adherir íntegramente a una concepción estructural de igualdad. Ello importa desestimar la preponderancia de la racionalidad instrumental cuando se encuentra en juego la perpetuación de la condición de subordinación de un grupo sistemáticamente discriminado, reformular las categorías sospechosas de manera asimétrica y eximir del gravoso examen judicial a los programas de acción afirmativa. Segundo, mantener el esquema de un *test* de razonabilidad y de categorías sospechosas simétricas aún para hacer frente a un cuadro de discriminación estructural, pero afirmar que el fin estatal con el cual se deben

³¹⁷ Corte Suprema Norteamericana, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); ver también *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971).

³¹⁸ SABA, *op. cit.*, en n. 142.

confrontar las acciones afirmativas basadas en una categoría “sospechosa” consiste en materializar la máxima de igualdad y que ello es un propósito urgente o apremiante. Y, tercero, seguir la segunda opción pero, en lugar de evaluar lo imperativo de la aspiración igualitaria del Estado, propugnar un uso diverso de las categorías “sospechosas”, de manera tal que, aun cuando su formulación textual sea “sexo”, ella deba entenderse referida a “hombre” o “mujer” según sea el criterio cuya exhaustiva revisión sirva para evitar la agravación o consolidación de la discriminación que padecen las mujeres.

La segunda y tercera alternativa suponen, en primer lugar, admitir una cierta mixtura o superposición de elementos propios de ambas concepciones de igualdad sin reconocer que, en efecto, se trata de herramientas provenientes de tradiciones filosóficas distintas y que tienen consecuencias jurídicas disímiles. Este último aspecto, esto es, el netamente operativo, representa un riesgo para las acciones afirmativas, en la medida que serán las valoraciones que realice cada juez las que regirán la suerte del caso. En efecto, sólo si los jueces consideran que la finalidad de la medida es la igualdad y que éste fin es suficientemente imperioso, y éstos además se desapegan del texto expreso que consagra categorías sospechosas simétricas, para dar un uso asimétrico las mismas, las acciones afirmativas tendrán alguna posibilidad de subsistir. Sin adentrarnos en el debate sobre el rol del juez en la determinación de políticas públicas, la realidad nos indica de manera inequívoca que la judicatura tiende a no seguir esas líneas interpretativas, derrumbando cualquier posibilidad de éxito de las medidas de acción afirmativa³¹⁹.

Al menos en el caso de la Comisión Interamericana, es posible desprender una cierta inclinación por la segunda alternativa de argumentación recién descrita, esto es, conciliar ambas concepciones, vinculando el fin de la norma a una aspiración de igualdad suficientemente apremiante³²⁰. Tratándose de la Corte, en cambio, resulta mucho más difícil identificar alguna tendencia en ese sentido. Con todo, sí emerge en forma prístina la necesidad de que ambos órganos del sistema expliciten fundada y consistentemente de qué manera y en qué medida

³¹⁹ Ver *supra* nota 145.

³²⁰ Ver CIDH, *op. cit.*, en n. 274, Cap. VI, sección III.b y c. Nótese el énfasis en el objetivo de “promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación política” para efectos de abogar por la adopción de medidas de acción afirmativa.

recurren a diversas concepciones de igualdad para sostener, sin caer en contradicción, no sólo la legitimidad, sino también la exigibilidad de las medidas de acción afirmativa.

ii) Problemas de la Superposición

Como vimos, la ambivalencia del sistema interamericano al momento de analizar los alcances del derecho a la igualdad, acarrea relevantes consecuencias en materia de acción afirmativa. A pesar que la Comisión Interamericana ha demostrado respaldar férreamente la implementación de tales medidas –y la Corte ha dado algunas señales más tenues en esa misma dirección- la legitimidad y viabilidad de las mismas sigue siendo vulnerable. La adversidad que deben afrontar las acciones afirmativas en el sistema interamericano proviene, según señalamos, de la debilidad argumentativa que subyace a la desafortunada superposición de diversas concepciones de igualdad. Pero nótese que esta última, no ha conllevado ese único inconveniente. Ella además ha desembocado en una suerte de imposibilidad de reconocer hipótesis de discriminación como mero trato arbitrario en el que, aun cuando no se socava la posición de un grupo estructuralmente excluido, sí se compromete el principio de igualdad en el perjuicio injustificado y desigual de uno o más individuos.

a) La reducción del campo visual de los órganos de protección.

Tanto la Corte como la Comisión han desarrollado los alcances del principio de igualdad y sus formas de vulneración a propósito de la situación de sistemática marginación que sufren ciertas personas por su pertenencia a determinados grupos históricamente postergados. A partir de ello, han puesto de relieve la necesidad de adoptar un enfoque que vaya más allá del análisis formal y normativo, con miras a reconocer y erradicar las prácticas que hacen posible la pervivencia de esa dinámica de exclusión. Esta manifestación de la discriminación, según lo han admitido los mismos órganos del sistema, se caracteriza, entre otras cosas, por condicionar negativamente el ejercicio y el disfrute de una amplia gama de derechos de quienes se ven sumidos en esa posición subyugada³²¹, lo que refuerza la entidad del perjuicio causado con el trato discriminatorio. Bajo este panorama, se ha cimentado una suerte de reducción del campo

³²¹ Gynter, P: “On the doctrine of Systemic Discrimination and its usability in the field of education” en *International Journal on Minority and Group Rights* 10, p. 45 a 54 (2003).

visual de la Corte, que le ha significado, por una parte, una valiosa habilidad para detectar la presencia de discriminación estructural, pero al mismo tiempo, le ha producido una miopía para identificar situaciones de discriminación consistentes en un trato arbitrario en perjuicio de uno o más individuos.

En estos casos, la transgresión del principio de igualdad no se enmarca en un conjunto interrelacionado de prácticas y normas sociales e institucionales de carácter discriminatorio que aqueja a un determinado sector de la población, sino en una clasificación o distinción –de *jure* o de *facto*- que adolece de arbitrariedad. En estas hipótesis la ausencia de razonabilidad (en términos de funcionalidad) en el trato distintivo guarda efectivamente un estrecho correlato con la existencia de discriminación, pero sin que ello comprometa, normalmente, todo el plexo de derechos fundamentales del sujeto afectado. El carácter mayormente circunscrito de este daño, sin embargo, no implica que no se vea igualmente comprometida la dignidad humana, la cual ciertamente resulta violentada cuando se distingue entre unos y otros por el mero capricho de la autoridad. La sola vulneración del derecho a la igualdad es perjuicio suficiente para efectos de afirmar la responsabilidad internacional del Estado y su subsecuente obligación de reparar.

Una clara muestra de lo que hemos entendido como miopía de la Corte es lo que representa su sentencia en el caso *Apitz v. Venezuela*. En ésta sostuvo que, finalmente, se encontraba impedida de declarar una violación del artículo 24 porque no era posible afirmar que el derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención otorgara a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas, conclusión que respaldó con la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Brinkhof v. Países Bajos*³²². Si interpretamos las consideraciones de la Corte a la luz de las de este último precedente, se desprende que en el caso de los magistrados sancionados, no se habría quebrantado el principio de igualdad, por cuanto la aplicación diferenciada de la medida disciplinaria no se traduciría en la vulneración de un derecho protegido por la Convención y, por tanto, no habría tampoco un perjuicio cierto reparable. En definitiva, la Corte sostuvo que la única pretensión que podían esgrimir las víctimas del caso *Apitz* era la aplicación extensiva de la sanción a las otras dos magistradas, cuestión que en todo caso no los dejaría en mejor pie que en el que ya se

³²² Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Caso *Brinkhof v. Países Bajos*, comunicación Nº 402/1990, CCPR/C/48/D/40271990 de 27 de julio de 1993.

encontraban. Es decir, en este caso, al igual como aconteció con el Comité de Derechos Humanos en la jurisprudencia reseñada, el órgano de control de la CADH estimó que “el trato privilegiado [...] no afectó negativamente [los] derechos”³²³ de los magistrados sancionados. Por encima de la irrazonabilidad que suponía utilizar el criterio de cumplimiento de los requisitos de jubilación para efectos de distinguir entre los destinatarios de la medida de destitución, la Corte consideró que al no haberse lesionado otros derechos de los peticionarios, no cabía declarar violado su derecho a la igualdad³²⁴.

Ante esta apreciación, cabe preguntarnos ¿será que la Corte está considerando que la violación del derecho a la igualdad supone necesariamente la restricción o conculcación de otros derechos? Ello importaría considerar que el juicio relacional de la igualdad debería estar referido siempre a la afectación de algún derecho adicional, y no únicamente al de igualdad. Sin embargo, esta visión responde precisamente a una constatación propia de los fenómenos de discriminación estructural, en los que la vulneración del derecho a la igualdad se produce con un efecto expansivo respecto de un abanico de derechos de quienes forman parte de colectivos desaventajados. La discriminación que éstos sufren en cualquier esfera de la vida social redundará ineludiblemente en un detrimento generalizado en el goce de sus derechos y ello explica que el estatus social del grupo y de quienes lo integran se encuentre tan deteriorado.

Parece ser entonces que la Corte comenzó analizando el caso *Apitz* bajo el *test* de razonabilidad y los demás elementos que caracterizan la concepción liberal-tradicional de la igualdad, pero que luego pasó a enfrentar la problemática en examen como si se tratara de un caso de desigualdad estructural. Mientras los primeros elementos de análisis (de una concepción liberal-tradicional) la conducían a declarar la violación del derecho a la igualdad, conforme a la falta de razonabilidad y adecuación del medio distintivo en relación al fin perseguido por la norma disciplinaria, los segundos parámetros la llevaron a dar un vuelco completo en este sentido. La Corte estimó que debía acreditarse la vulneración de algún otro derecho, como si el solo quebrantamiento de la igualdad producto de una clasificación arbitraria no fuera suficiente daño a la dignidad humana, que ameritara una protección tan efectiva como la que se pretende

³²³ *Ibid*, párr. 9.3.

³²⁴ González, M. y Parra, O: “Concepciones y cláusulas de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un análisis a partir del caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*”. Artículo en construcción.

otorgar a las personas que sufren discriminación por su pertenencia a un grupo sistemáticamente excluido.

Hasta ahora, hemos podido exhibir de qué manera la superposición de diversas concepciones de igualdad puede devenir en un serio problema para efectos de asegurar una salvaguarda efectiva tanto para los grupos desaventajados, como para los individuos cuya identidad no está determinada por su pertenencia a ellos. La superposición de argumentos de una y otra vertiente lógica, de que se han servido los órganos del sistema, constituye un escollo para la promoción e implementación de medidas de acción afirmativa, así como para el reconocimiento de situaciones de discriminación no estructural. En ambos casos, el cruce de concepciones mina la construcción de una argumentación sólida que pueda ofrecer a los Estados directrices claras y convincentes a seguir.

III.2. Posibles vías de solución.

Consideramos que una visión transversal de la jurisprudencia del sistema interamericano no puede sino reconocer que efectivamente existen dos concepciones de igualdad en interacción, y que las tensiones entre una y otra pueden conducir a resultados indeseables. Ante este diagnóstico, existen diversas posibilidades de solución, algunas más radicales que otras. No obstante, creemos que esta crítica al acercamiento del sistema interamericano es infértil si la propuesta que la acompaña es ilusoria. De allí que la tesis que expondremos más adelante, parta de la base que es preciso reconocer que una y otra concepción de la igualdad posee fortalezas y debilidades, las que deben ser identificadas e implementadas en favor de la garantía más sólida y efectiva posible del derecho a la igualdad, que extienda su manto protector a los grupos que han sido sistemáticamente excluidos, pero sin desconocer que en situaciones en que esta realidad sea menos evidente o incluso inexistente, las personas que se vean enfrentadas a discriminaciones no sistémicas también merecen una protección igualmente efectiva.

A continuación, y previo a desarrollar nuestra propuesta, examinaremos las complicaciones que trae consigo la adhesión exclusiva y excluyente a una u otra concepción de la igualdad.

i) En busca de una argumentación consistente. El descarte de los extremos.

Frente a la constatación de los problemas derivados de la superposición de concepciones de igualdad divergentes, cabe avizorar dos soluciones extremas. Por una parte, abrazar única y exclusivamente una concepción liberal-tradicional. Esto supone utilizar un marco de análisis conformado por la racionalidad instrumental aplicada por vía de un *test* diferenciado, que haga operativa las categorías sospechosas en su versión clásica simétrica y que como consecuencia de ello, torne prácticamente ilusoria la posibilidad de poner en marcha acciones afirmativas. De otra parte, existe la alternativa de desechar la concepción liberal-tradicional con todo su andamiaje teórico, y reformular el principio de igualdad conforme una concepción estructuralista o contraria a la subordinación. Esto implica atender a la realidad y reconocer la existencia de unos grupos dominados y otros en posición dominante, impulsar el desmantelamiento de esta

situación, desechar para ello el análisis funcional medio-fin y transformar lo que entendemos por categorías sospechosas en una herramienta útil para la protección de los grupos desaventajados.

Los inconvenientes de tomar uno u otro camino de los recién expuestos, saltan a la vista. La primera opción significa, en último término, avalar el *status quo* y pretender que la igualdad puede ser construida de espaldas a las inequidades e injusticias que padecen vastos sectores de la población. La discriminación histórica que éstos han sufrido seguiría agudizándose en el tiempo y su titularidad de derechos continuaría siendo una declaración de buenas intenciones. La segunda alternativa en cambio, tiene el valor de hacerse cargo de esta última problemática y propender a la efectiva inclusión de quienes conforman los grupos marginados de nuestra región. Pero esta opción tiene la contrapartida de descuidar la aspiración igualitaria de aquellas personas que padecen discriminación no como consecuencia de su membresía un grupo subordinado, sino en vista de ser sometidas a clasificaciones contrarias a la “igual consideración y respeto” que cada una de ellas merece en su calidad de seres humanos. Estas observaciones nos revelan que cada una de las concepciones que hasta aquí se han presentado en conflicto, tiene fortalezas y debilidades.

ii) Propuesta de una argumentación consistente: Coexistencia de las concepciones de igualdad en ámbitos de aplicación diferenciados.

Por las razones antedichas, habremos de desechar una suerte de suma cero entre las concepciones de igualdad aquí descritas. Nos parece tan infructuoso adscribir a una por sobre otra, como pregonar una superposición o mixtura entre ambas. Ya hemos dado cuenta de las dificultades que subyacen a un intento conciliador de ese tipo, por lo que habremos de buscar otra salida que posibilite dar la más amplia eficacia al mandato de igualdad. En consecuencia, abogaremos por una alternativa que permita explotar las ventajas comparativas de cada una de las concepciones de igualdad expuestas, y maximizar así la garantía efectiva de la igualdad de derechos. Propondremos una coexistencia pacífica y complementaria de ambas concepciones, delimitando para cada una de ellas campos de aplicación en los que puedan desplegar en mayor medida su potencial, procurando a la vez minimizar las dificultades que explicamos anteriormente. Esta propuesta, por tanto, no se centra en redefinir conceptual o filosóficamente las concepciones de igualdad subyacentes a la aproximación de la Corte y la Comisión

Interamericanas, sino que supone la identificación de ámbitos de aplicación diferentes para una u otra concepción

Este modelo para la resolución de casos de discriminación entraña una consecuencia lógica relevante, que no facilita la labor del operador del derecho y que consiste en desechar la posibilidad de contar con un único marco de revisión general para abordar todos los casos sobre igualdad que se le presenten. Vale decir, aquel ya no podría echar mano a una suerte de fórmula magistral cuya aplicación debe preceder y sobreponerse a las particularidades de los hechos del caso y de quienes se consideran afectados. Esta función, por cierto, sí la ofrece un análisis que presuponga siempre la pertinencia del *test* de razonabilidad, pero en ningún caso es algo que pueda obtenerse por vía de la coexistencia de concepciones que estamos sugiriendo. En esta última, la tarea de los jueces se torna más ardua, en tanto y en cuanto aquellos deben antes que todo efectuar una especie de diagnóstico de la realidad que se les somete a juicio. Tal ejercicio, de corte sociológico, debe estar encaminado a identificar si la situación de las supuestas víctimas se inscribe en un fenómeno de discriminación estructural y de conflictos de poder entre grupos sociales, o si por el contrario, ella obedece a un caso de ruptura del derecho a la igualdad de uno o más individuos, por el trato irrazonable e injustificadamente desigual que ellos han recibido. Sólo una vez que el operador del derecho haya identificado el terreno sobre el cual dará sentido y alcance al derecho a la igualdad, se encontrará pavimentado el camino para dar aplicación a una de las concepciones de igualdad analizadas en la presente investigación.

A continuación, expondremos cómo operaría esta coexistencia, a través de la identificación de los ámbitos de aplicación de cada una de las concepciones de igualdad descritas a lo largo de esta investigación.

a) Primer ámbito de aplicación: la concepción liberal tradicional frente a casos de discriminación no estructural.

La concepción liberal tradicional de la igualdad debiese ser aplicable a aquellos casos en que un individuo vea vulnerado su derecho a la igualdad sin que dicha vulneración esté enmarcada en un cuadro de discriminación sistemática.

Un ejemplo de que existen casos en que se encuentra violado el derecho a la igualdad sin encontrarnos en presencia de discriminación estructural, es el caso *Kavanagh v. Irlanda*, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En dicho caso, el autor –un hombre blanco e irlandés- fue condenado a 29 años de prisión por participar en el secuestro de un ejecutivo bancario y su familia, condena que fue dictada por un tribunal especial en un proceso creado en Irlanda especialmente para contrarrestar el fenómeno del crimen organizado. El autor cuestionó el hecho de que existiera una distinción procesal por el tipo de delito, en que algunos casos eran conocidos por los tribunales ordinarios y otros casos por una corte especial compuesta de tres jueces, sin jurado, ya que ello implicaba que el autor no tuviera la posibilidad de apelar a la decisión de la Fiscalía y que su abogado no tuviera acceso a ciertos aspectos del proceso. El Comité llegó a la conclusión de que el Estado no proporcionó fundamentos objetivos y razonables para demostrar que la decisión de enjuiciar al autor ante un Tribunal Penal Especial no era discriminatoria, declarando violado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³²⁵.

Como se puede observar en el caso en comento, las personas irlandesas sometidas a proceso por conductas terroristas o relacionadas con el crimen organizado no constituyen un grupo que pueda ser identificado, en la actualidad, como un colectivo sistemáticamente discriminado. No obstante, el hecho de someterlos a un proceso con garantías judiciales disminuidas respecto de los procesados por delitos de otra naturaleza fue considerada una distinción arbitraria y, por lo tanto, el autor fue víctima de discriminación.

Si bien el caso del Comité ejemplifica que existen casos de discriminación en que no hay un contexto de exclusión sistemática involucrado, es preciso destacar que la inmensa mayoría de los casos a los que se ha visto enfrentada la Corte Interamericana, como también los Informes de la Comisión, han sido, en efecto, hipótesis de discriminación estructural, lo que no es sorprendente si observamos la realidad latinoamericana. Ello ha tenido como consecuencia que ambos organismos hayan procurado visibilizar, en sus diversas resoluciones, que existen grupos discriminados sistemáticamente en la región y que dicha realidad exige respuestas transversales, pero a la vez no ha obligado a estos órganos a confeccionar una argumentación sólida en torno a

³²⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, CCPR/C/70/D/806/1998, citado por Palacios, *op. cit.*, en n. 34, p. 196 y 197.

casos de discriminación que se desarrollen en un contexto diferente. Ello hace difícil sacar conclusiones generalizadas sobre este punto. No obstante, la reciente sentencia del caso Apitz, Barbera y otros v. Venezuela, ofrece un terreno fértil para la discusión en este punto.

En el caso Apitz, la Corte señaló que lo relevante era identificar si estar en posición de jubilar constituía o no una justificación objetiva y razonable para que dos de los jueces fueran eximidos de la máxima sanción disciplinaria, a la luz de los fines de la normativa que la disponía, a saber, salvaguardar la idoneidad de los jueces. Ante esta interrogante la Corte estimó que la jubilación era un aspecto ajeno a la idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, así como también a los hechos que motivaron el proceso de destitución. Luego, señaló que los cinco jueces “*tenían un grado idéntico de responsabilidad disciplinaria, y el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtu[aba] en sentido alguno dicha constatación*”³²⁶. En consecuencia, “*los cinco magistrados debían considerarse como idénticamente situados frente al proceso disciplinario*”³²⁷.

Como se puede observar, la Corte estimó que los cinco jueces se encontraban en una misma posición pero que, no obstante, tres de ellos habían sufrido un trato diferenciado. A pesar de ello, luego de un análisis que parecía indicar que la conclusión sería la violación del artículo 24 de la CADH y siendo éste, a nuestro entender, un caso propicio para la aplicación de la concepción liberal tradicional de la igualdad, la decisión de la Corte tomó un rumbo radicalmente distinto. Si bien ella se aproximó al caso desde la perspectiva liberal tradicional, no arribó a la conclusión que la aplicación del *test* de razonabilidad parecía indicar, lo que puede ser explicado por la ausencia de grupos desaventajados. Aunque ello no obsta a la posible incidencia de factores políticos en esta decisión.

Con este ejemplo, al igual que el del Comité de Derechos Humanos, queremos realzar que es tan necesario construir una argumentación consistente para casos de discriminación estructural, como identificar y sustentar sólidamente hipótesis de vulneración de la igualdad en contextos no sistémicos de discriminación. Estos casos merecen soluciones y medidas de reparación tan sólidas como las restantes hipótesis, ya que toda vez que existe una vulneración

³²⁶ Corte IDH, *op. cit.*, en n. 261, párr. 197 (las cursivas son nuestras)

³²⁷ *Ibid*, párr. 200 (las cursivas son nuestras)

de la igualdad ésta va aparejada de un ataque directo a la dignidad de los seres humanos³²⁸. Este constituye *per se* un perjuicio grave, que debe ser reconocido y debidamente reparado.

Aclarados pues, que sí existen casos de discriminación no estructural, es preciso contestar una pregunta clave: ¿Cómo debe enfrentarse el sistema interamericano a estos casos de igualdad? ¿Qué concepción será la más útil para este tipo de hipótesis?

Creemos que en estos casos es posible hablar de una cierta equidad de los individuos que alegan la violación de su derecho a la igualdad, respecto de otros individuos en posiciones similares, por lo que la aplicación de la lógica de instrumentalidad medio-fin que subyace a la concepción liberal tradicional de la igualdad no merece mayores objeciones. Por el contrario, ésta otorga un sustrato sólido para identificar casos de discriminación, fundamentarlos adecuadamente y, posteriormente, indicar las medidas de reparación adecuadas.

Esta conclusión, sin embargo, no implica que una vez identificado el ámbito de aplicación para la concepción liberal tradicional de la igualdad, utilicemos todos los elementos que hemos caracterizado como propios de dicha concepción, esto es, el *test* de razonabilidad, las categorías sospechosas y, por último, los diversos niveles de escrutinio judicial.

En efecto, la identificación de ámbitos de aplicación diversos para cada una de las realidades ya descritas, hace innecesaria la utilización de las categorías “sospechosas” en sede de casos propios de una concepción liberal-tradicional de la igualdad. Como consecuencia de lo anterior, en tales supuestos la utilización de diversos niveles de escrutinio se vuelve, también, vacía de contenido. Ello obedece a que entenderemos que las categorías sospechosas tienen como finalidad la protección de los grupos desaventajados. Esta interpretación, ciertamente, no resulta particularmente novedosa o rupturista. Por el contrario, ella tiene asidero en el sistema de protección de los derechos humanos. Ya hemos visto cómo la propia Comisión ha efectuado un cierto uso y lectura de estas categorías que apunta precisamente a brindar un mayor resguardo a los grupos sistemáticamente excluidos en nuestra región. Asimismo, existe ya un claro reconocimiento en cuanto a que “la Convención, al incluir una referencia expresa de criterios

³²⁸ Sobre el vínculo entre el derecho a la igualdad y la dignidad humana ver Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Corte IDH, *op. cit.*, en n. 4, párr. 55.

prohibidos de discriminación, representa una *explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado*, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, *a sectores de la población en posiciones desventajosas* y, en muchos casos, contrarias a la dignidad humana. El catálogo convencional representa un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios y *un llamado a que los grupos tradicionalmente discriminados con base a ellos reciban una protección especial mediante un estándar de revisión más estricto*³²⁹.

La doctrina de las categorías “sospechosas” no ha sido concebida para alertar de la falta de racionalidad instrumental que encierra el uso de un conjunto aleatorio de rasgos más o menos inmutables por propia voluntad de las personas. Sino que ellas han sido enarboladas por los sistemas internacionales y constitucionales de protección de los derechos humanos para advertir que, *por* la sistemática subordinación a que han sido sometidos algunos segmentos de la población, debemos estar particularmente atentos a los factores que permiten identificar a las personas que han estado sumidas en esa posición marginada. Ellas pueden continuar afectas a la misma realidad de exclusión si no se revisten de ilegitimidad las prácticas y normas que tienden a perjudicarlas, mediante la utilización de un rasgo que identifica la propia adscripción a uno de esos grupos y que refuerza su posición subyugada, o bien un rasgo de membresía al grupo dominante y que posibilita o mantiene la exclusión de los dominados. El prestar especial atención a la posición de *esos grupos subordinados* (y no a cualquier otro) se traduce, jurídicamente, en practicar un control más riguroso, un examen particularmente gravoso, que reduzca las posibilidades de permisión de la medida únicamente a los casos de un objetivo estatal verdaderamente apremiante o urgente. Éste es el sentido de las categorías “sospechosas” que más se condice con una interpretación conforme al artículo 29 de la CADH.

Si es la existencia de grupos desaventajados la que activa el uso de categorías “sospechosas” y son éstas, a su vez, las que traen aparejados los distintos niveles de escrutinio o de argumentación exigible al Estado para justificar una medida de distinción, no será necesario acudir a tales *tests* diferenciados. Las hipótesis de discriminación que representan un terreno fértil para la operatividad de una concepción de igualdad liberal-tradicional, son aquellas en que no está comprometida la consolidación o perpetuación de la condición sojuzgada de un grupo

³²⁹ Dulitzky, *op. cit.*, en n. 311, p. 20. (las cursivas son nuestras)

social postergado. Por tanto, para examinar este tipo de casos bastará un *test* de razonabilidad estándar, sin categorías sospechosas, para enfrentar las alegaciones de discriminación que se puedan generar en contextos en que las posibles víctimas pueden estimarse situadas en posiciones análogas a quienes no resultan perjudicados, y cuyo nivel de satisfacción de derechos no está directamente condicionado por su pertenencia a un determinado colectivo.

De este modo, consideramos que enfrentado un tribunal a una posible vulneración del derecho a la igualdad, deberá, en primer lugar, observar si en el caso en cuestión las víctimas son tales debido a su pertenencia a un grupo desaventajado, si el contexto determinante en la vulneración es un contexto de discriminación sistemática o, por último, en caso que la hipótesis del caso sea la impugnación de una norma, deberá observar si dicha norma protege o no a tales colectivos. Si la respuesta es negativa, estaremos dentro del ámbito de aplicación propio de la concepción liberal tradicional de la igualdad (con las salvedades indicadas respecto de las categorías “sospechosas” y de los diversos niveles de escrutinio). Luego, en segundo lugar, identificado dicho ámbito de aplicación, entenderemos que será aplicable el *test* de razonabilidad estándar, es decir, el tribunal deberá observar si existe o no una diferencia –o identidad- de trato, y si dicha diferencia tiene una justificación objetiva y razonable respecto de la finalidad de la medida. Es decir, habrá que dilucidar si el medio de diferenciación constituye o no un motivo funcionalmente relevante para la consecución del objetivo que aquel se ha propuesto. Así, el tribunal será capaz de identificar si nos encontramos o no frente a un caso de trato arbitrario, y por tanto de discriminación, pudiendo argumentar sólidamente la forma en que éste se ha configurado y procediendo a determinar las medidas de reparación adecuadas para el caso.

Por último, creemos que es preciso destacar que dentro de este ámbito de aplicación jamás encontraremos hipótesis de impugnación ni de exigibilidad de medidas de acción afirmativa. Como ha sido argumentado a lo largo de esta investigación, dichas medidas han sido creadas y son implementadas precisamente para corregir situaciones de desigualdad estructural, por lo que todo caso relativo a medidas de esta naturaleza, estará enmarcado en el ámbito de aplicación propio de la concepción estructuralista de la igualdad, el cual será analizado a continuación.

b) Segundo ámbito de aplicación: La concepción estructural de la igualdad frente a casos de discriminación sistemática.

Una concepción de igualdad abocada principalmente a erradicar y revertir la subordinación de ciertos sectores de la sociedad, que supera el estadio de análisis propio de la igualdad formal, tiene la capacidad de resolver de manera más sólida los casos de discriminación estructural. En estos supuestos, resulta vano acudir –en nombre de la igualdad- a parámetros meramente individualistas y liberales, por cuanto a través de ellos bien podría mantenerse o agravarse la posición marginada de aquellos grupos. Si los miembros de éstos, en su gran mayoría, no se encuentran en posición de satisfacer los clásicos estándares sobre los que se asienta la concepción liberal-tradicional, mal podríamos pretender resolver, a través de ellos, el problema de exclusión sistemática que los aqueja. Como advertimos, esta forma de discriminación se materializa a través de las relaciones de dominación que se han incrustado y reproducido en el tejido social, por medio de reiteradas prácticas institucionales y culturales. A lo largo del tiempo, ello ha devenido en la consolidación de verdaderas castas, que ha distanciado la realidad de algunos sectores de la igualdad normativa que les aseguran Tratados y Constituciones.

La concepción liberal-tradicional, según dijimos, requiere de ciertos presupuestos básicos. Entre ellos, la existencia de un piso común o de puntos de partida equitativos que sitúen a las personas en posiciones análogas³³⁰. Desde esta base, resulta plausible considerar que, por regla general, las personas deben ser tratadas de manera igual y, en principio, sólo habrán de tolerarse que aquellas se diferencien en la medida de sus capacidades y talentos individuales. La disparidad en los puntos de llegada será explicable en vista de la incidencia de factores relevantes y razonables, definidos según la esfera o actividad de que se trate.

En términos históricos, cuando el Estado desconocía abiertamente el principio según el cual todas las personas merecen ser tratadas como iguales, así como el que dispone que todos los seres humanos son iguales ante la ley, los esfuerzos se concentraron en visibilizar la situación de igualdad entre las personas, su similitud, su común dotación de capacidades, naturaleza y

³³⁰ Ver CIDH, *op. cit.*, en n. 280, párr. 73.

dignidad. Se procuró afianzar la idea de que, en consecuencia, todas ellas debían ser tratadas de igual manera³³¹.

Pero cuando el Estado reconoció la igualdad jurídica de los seres humanos y las normas ya no introdujeron más diferencias arbitrarias, caprichosas o despóticas entre aquellos, quedaría atrás la factibilidad de considerar que todas las personas estamos en posiciones análogas y que debemos ser tratadas de igual forma. Cuando la problemática de la igualdad cambió de foco hacia las exclusiones que no se gestaban directamente desde el Estado, como ocurre en la actualidad, los esfuerzos debieron invertirse. Dado que existen vastos segmentos de la población que no cosechan los frutos de su igualdad jurídica, surge el reconocimiento de que ellos no pueden continuar recibiendo un trato *como si* estuvieran en situación análoga a los demás. Ahora nos concentramos en visibilizar la situación de diferencia entre las personas, sus disparidades de poder, el desequilibrio de sus posiciones y su desigualdad a la hora de ejercer efectivamente sus derechos³³². Emerge así el imperativo de tratar de manera desigual a quienes, en los hechos, se encuentran en condiciones disímiles.

En consecuencia, un primer elemento que resulta crucial para esclarecer cuál concepción de igualdad debemos emplear para resolver un caso de posible discriminación, es la determinación de quiénes se encuentran en comparación. Este juicio relacional nos permitirá dilucidar si esos grupos o personas a sopesar deben ser tratados como iguales o bien, como desiguales. Vale decir, es preciso definir si aquellos se encuentran en circunstancias análogas o diversas. En el primer caso, el llamado deontológico será a tratarlos igualmente y, con ello, se abrirá paso a la aplicación de la concepción de igualdad liberal-tradicional. Pero, en el segundo caso, la prescripción será tratarlos de manera diferente y, consecuentemente, habremos de acudir a un enfoque estructural de la igualdad, que nos permita resolver en forma consistente las modalidades de discriminación derivadas de la identidad de trato.

A esto apunta precisamente el llamado al que nos referimos en los primeros acápites de este capítulo: a atender la realidad y a reconocer si se encuentra en juego la existencia de grupos

³³¹ Hobsbawm, E: *La Era de la Revolución. 178-1848*, Colección Crítica, Editorial Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, Argentina (1997)

³³² Frías, L y Facio, A: "Feminismo, Género y Patriarcado", en Frías, L y Facio, A: *Género y Derecho*, Lom Ediciones (1999), p. 21-60.

desaventajados o la perpetuación de cuadros de marginación sistemática. Esto, sin embargo, no significa que la sola presencia de uno o más miembros de dichos colectivos nos sitúe automáticamente en la necesidad de proclamar un trato diferenciado, como forma de asegurar la igualdad de derechos, a través de una interpretación estructuralista de esta garantía. Para reflejar que la asociación no es automática, lo explicaremos con un ejemplo. Imaginemos que dos hombres indígenas concurren a una oficina pública para inscribirse en un plan de empleo, pero el funcionario a cargo sólo accede a registrar a uno de ellos. Al otro sujeto, en cambio, le explica que por su sobrepeso es preferible que no desarrolle los trabajos que normalmente se asignan y le recomienda, primero, bajar algunos kilos para tener mejores posibilidades de obtener un empleo, negándose a efectuar su inscripción.

En una situación como ésta, nadie dudaría en afirmar que se encuentra involucrado un grupo históricamente postergado, cuyos miembros permanecen afectos, hasta nuestros días, a las consecuencias de la discriminación estructural contra los indígenas. Quienes comparten esta identidad suelen sufrir formas de discriminación que, aún planteadas en vivencias individuales, obedecen finalmente a un fenómeno más extendido y complejo de dimensión colectiva. Pero ello no es, en caso alguno, una regla absoluta. Así, es perfectamente posible que en un caso como el de nuestro ejemplo, la pertenencia del agraviado a un grupo desaventajado, no obste a que pueda considerársele en posición similar a quien constituye su parámetro de referencia. En el ejemplo, ambos hombres indígenas se encontraban, si se quiere, en análogas condiciones adversas, por lo que parece sensato arrimarnos a una concepción de igualdad liberal-tradicional, que nos permita examinar la situación de ambos desde la óptica del trato igual que procedía aplicar entre ellos. Las nociones y categorías lógicas propias de una concepción liberal-tradicional de la igualdad, en este caso, nos conducirán coherentemente a reprobar la actuación del funcionario público, en vista de la irrazonabilidad de su distinción, fundada en el prejuicio y subvaloración hacia las personas con obesidad. Coincidiremos en que tal condición resulta irrelevante a efectos del derecho de acceder a un empleo y a sus posibilidades de desarrollarlo eficientemente.

Por lo tanto, enfrentados a la necesidad de resolver un caso de violación del derecho a la igualdad, la determinación de quiénes habrían sido discriminados y respecto de quiénes, así como la definición de cuál era el trato –igual o desigual– que aquellos requerían para gozar de sus derechos en igual medida, debe hacerse a la luz de los hechos del caso concreto. Una vez que

tengamos claridad al respecto, la igualdad o desigualdad de las posiciones inclinará la balanza hacia la utilización de una u otra concepción de igualdad.

Habiendo determinado que pisamos el terreno de la igualdad contraria a la subordinación (concepción estructural) nos corresponde abocarnos a los elementos que, conforme esta noción, permitirán la adecuada resolución de los casos de discriminación en contextos de exclusión sistemática.

El análisis a realizar, desde esta perspectiva, se asienta sobre la consideración de tres factores fundamentales. El primero de ellos, es observar el fin de la norma o medida que se cuestiona, el cual no debe ser contrario al objeto y fin de la Convención Americana³³³.

El segundo elemento, está constituido por lo que denominaremos un juicio de ponderación entre los perjuicios derivados de aplicar o no una determinada medida que se considera, *prima facie*, discriminatoria³³⁴. El sopesar este aspecto dice relación con la identificación de el o los derechos que se verían ilegítimamente restringidos o conculcados como consecuencia tanto de aplicar una norma o práctica, como de dejarla sin efecto, respecto de los sujetos en posiciones encontradas y en relación al estatus del grupo al cual pertenecen.

El tercer elemento relevante consiste en una regla de interpretación -que se deriva de una lectura estructuralista del derecho a la igualdad- a la que debe ajustarse el operador del derecho y según la cual éste se encuentra obligado a proteger a los grupos estructuralmente discriminados y a no perjudicarlos en el goce y ejercicio de sus derechos. Como veremos a continuación, la primera parte del mandato tiene particular importancia en hipótesis de exigibilidad de medidas de acción afirmativa. En tanto, la siguiente resulta gravitante en casos de impugnación de tales medidas. De la mano de esta regla, se nos presenta la utilidad y el sentido de identificar, según el caso concreto, la presencia de alguna de las llamadas “categorías sospechosas”, en su versión asimétrica, propia de la concepción estructural de la igualdad, explicada anteriormente.

³³³ Sobre criterios de restricción y la necesidad de que éstas obedezcan a un fin legítimo, ver Medina, C: *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2005).

³³⁴ Sobre colisión y ponderación de derechos, ver Alexy, *op. cit.*, en n. 5.

Conforme ésta, dichas categorías tienen por objeto, justamente, asegurar una mayor protección de los colectivos sistemáticamente sojuzgados y evitar la perpetuación o profundización de su condición. Para ello, se somete la actuación –u omisión– del Estado a una revisión más acuciosa y a una carga probatoria agravada, siempre que en ella se emplee una categoría que refuerce la subordinación de los miembros de esos grupos. Así, mientras en los supuestos de aplicación de la concepción liberal-tradicional carece de sentido plantear la operatividad de categorías “sospechosas”, en los casos regidos por la concepción estructural de la igualdad, aquellas despliegan toda su potencialidad. Son los casos de discriminación sistemática los que gatillan la posibilidad de hacer valer las consecuencias jurídicas convencionalmente atribuidas a dichas categorías.

Asimismo, cabe precisar que esta prescripción a la que debe ceñirse el juzgador se corresponde plenamente con uno de los principios claves de interpretación emanados del derecho internacional de derechos humanos, a saber, el principio *pro persona*³³⁵. En realidades marcadas por cuadros de discriminación estructural, la mentada regla de interpretación se materializa en el llamado a resolver la controversia con sujeción al imperativo de protección y a la prohibición de perjuicio hacia ciertos grupos, recién enunciada.

Dicho lo anterior, aclaremos pues, qué tipo de hipótesis concretas de discriminación son aquellas susceptibles de ser abordadas desde una concepción estructural de la igualdad, siguiendo los pasos recién explicados. En términos sencillos, resumiremos en tres los supuestos que pueden dar lugar al análisis precedentemente expuesto. A continuación, explicaremos en qué consisten esos tres “casos tipo” de discriminación y desarrollaremos en cada uno de ellos la articulación de los elementos que configuran un enfoque estructural de resolución de controversias en esta materia.

En primer lugar, normalmente podemos ubicar bajo el ámbito de aplicación de una concepción estructural de igualdad, los supuestos generados por una identidad de trato, impugnada como discriminatoria. Típicamente, esta problemática es la que se nos plantea en los

³³⁵ Sobre el principio *pro personae*, ver Medina, *op. cit.*, en n. 333; ver también, CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2001), capítulo I.

casos de exigibilidad de acciones afirmativas, es decir, cuando se invoca ante la justicia la pretensión de recibir un trato distinto o “especial” frente al que se brinda a la generalidad o mayoría de la población. Por ejemplo, uno o más afroamericanos concurren a los tribunales de justicia para exigir que se implementen en su favor sistemas de preferencia o cupos que les permitan acceder a la Universidad. Esgrimen que, por más que se esfuercen o por más que sean los mejores alumnos de sus escuelas, no logran –ni lo lograron sus ascendientes- alcanzar en los exámenes de admisión el puntaje o calificación necesaria para ser aceptados. Algo similar podríamos sugerir respecto de las mujeres o de los indígenas, tanto respecto a la educación como al acceso al poder político y económico. Sin embargo, nos ceñiremos estrictamente a nuestro ejemplo. Para comenzar, nos cercioraremos que la medida en cuestión persigue un fin legítimo, con arreglo a la CADH. Efectivamente, ella persigue la igualación de derechos y la nivelación en las condiciones de vida de las personas afroamericanas, lo que se ajusta a una mayor garantía de los derechos humanos. Corresponde entonces continuar con el análisis.

Luego, nos detendremos en identificar quienes son los peticionarios, así como también en delimitar respecto de quienes versa la comparación y cuál es la posición social que ocupan unos y otros. Responderemos que los primeros son hombres afrodescendientes y que su posición se está comparando, principalmente, con hombres blancos (probablemente acaudalados), quienes sí han podido estudiar una carrera universitaria y constituyen casi la totalidad del plantel estudiantil, así como también de los escaños del Congreso y de los altos cargos de la economía. En consecuencia, de facto, es posible constatar una evidente disparidad en el goce de derechos de uno y otro sector, lo que se explica en términos estructurales y no individuales. Concluiremos entonces, que blancos y afroamericanos merecen ser tratados de diferente manera y no uniformemente, como lo han sido hasta ahora.

Aquí, además, nos veremos en la necesidad de responder a la pregunta de si el criterio que se pretende utilizar para distinguir entre la población destinataria de la acción afirmativa requerida, corresponde o no a una de las llamadas categorías “sospechosas”³³⁶. De ser así, se reducen ostensiblemente las posibilidades de que el intérprete pueda acoger la solicitud de los peticionarios. En efecto, la instauración de una medida que envuelva una de dichas categorías deberá sobrepasar un severo control, que elevará los estándares de una argumentación

³³⁶ Ver *supra*.

justificable hacia los umbrales de mayor apremio o gravedad estatal. Sin embargo, para responder dicha interrogante, debemos recordar que ese estricto escrutinio tiene por objeto asegurar una mayor protección de los sectores histórica y sistemáticamente discriminados, siendo esto lo determinante para definir si un criterio encuadra o no en esta calificación. Si el factor que nos haría discernir entre quienes recibirían un trato preferencial y quienes no es ser afroamericano, tendremos que dilucidar si este requisito sería empleado para reforzar o socavar la menoscabada situación del grupo estructuralmente discriminado que hemos identificado en nuestro caso, esto es, los afroamericanos. En vista de ello, contestaremos que el criterio que se pretende utilizar para distinguir por medio de una acción afirmativa, no debe soportar la onerosa carga probatoria asociada a las categorías “sospechosas”, dado que aquel se utilizaría para exactamente lo contrario, a saber, conseguir una mayor integración y participación de dicho sector. Es decir, el uso del criterio en cuestión introduciría la posibilidad cierta de mejorar la posición social del grupo desaventajado y, con ello, el grado de satisfacción de sus derechos. Por consiguiente, habría una mayor factibilidad de fallar a favor de los peticionarios de nuestro ejemplo.

Resulta pertinente entonces efectuar una ponderación entre los perjuicios que acarrearía para los afroamericanos rechazar su demanda, con aquellos que se desprenderían para los blancos a partir de la implementación de una medida de acción afirmativa en favor de los primeros. Desde luego, esto supone identificar la existencia de uno o más derechos que resulten lesionados a raíz de la ejecución de la medida o de su falta de adopción. Ciertamente, tratándose de la educación universitaria, es altamente discutible considerar que existe un *derecho* a obtener una plaza, de hecho, ello es prácticamente insostenible³³⁷. Aun así, bien puede evaluarse la concatenación de derechos que sí resultan comprometidos como consecuencia de la prolongada y sistemática historia de marginación de las aulas universitarias que pesa sobre los afroamericanos, para luego ponderarla con los diversos derechos que los blancos verían mermados si se pusiera en marcha la diferencia de trato que pretenden los peticionarios. En otras palabras, la posición global en que quedarían situados unos y otros respecto del disfrute de sus derechos fundamentales permite desprender si, acaso, con prescindencia de que sólo exista una expectativa de ingreso a la Universidad, blancos y afroamericanos son tratados con igual consideración y respeto. Nos inclinaremos por estimar que en caso de acoger la puesta en

³³⁷ En este sentido, ver DWORKIN, *op. cit.*, en n. 6 Capítulo IX, La Discriminación Inversa, pp. 330-331.

marcha de un programa de acción afirmativa en beneficio de los afroamericanos, las desventajas derivadas para los blancos (reducción porcentual de probabilidades de admisión) no comporta para ellos un trato contrario al derecho a la igualdad. En cambio, sostendremos lo contrario respecto de los afroamericanos, quienes continuarán sumidos en la misma condición de exclusión al no ser destinatarios de una medida de acción afirmativa que tienda -en el presente y futuro cercano- a igualarlos.

La antedicha conclusión resulta reforzada por el mandato de protección de los grupos desaventajados. Según éste, la búsqueda de una auténtica igualdad de derechos nos impone la adopción de todos los mecanismos que permitan combatir de manera efectiva la discriminación estructural que dichos sectores padecen. Conforme a ello, resulta insuficiente una actuación omisiva abocada únicamente a la prohibición de discriminación, siendo ineludible una activa intervención estatal que introduzca ciertos tratos específicamente destinados al resguardo y garantía de sus derechos. Como vimos, el derecho a la igualdad consagrado en los instrumentos internacionales contempla, precisamente, una dimensión que consiste en la igual protección de la ley. De acuerdo con ella, “cuando ciertos grupos de la población han sido víctimas de un trato particularmente perjudicial de manos de los propios órganos del Estado u otros grupos de la población, el solo establecimiento de normas que prohíban la discriminación resulta insuficiente para garantizarles una verdadera igualdad. En estos casos, los Estados deben adoptar medidas positivas de protección contra la discriminación, tales como privilegios temporales para los grupos tradicionalmente desaventajados”³³⁸. De este modo, parece plausible sostener que, en nuestro ejemplo, se ajusta mayormente a la máxima de igualdad acoger la pretensión de los demandantes y disponer la ejecución de una medida de acción afirmativa -aún con las consecuencias que ello supone para quienes no son sus beneficiarios- antes que desecharla y esperar ilusamente que algún día los afroamericanos empiecen a acceder “por sus propios méritos”, a la educación superior.

En segundo lugar, podemos situar bajo el ámbito de aplicación de una concepción estructural de la igualdad aquellas hipótesis de discriminación que corresponden a la cara inversa del supuesto recién examinado y que, precisamente, no se presentan como corolario de una identidad de trato, sino de uno diferenciado. Estos casos también resultan bastantes

³³⁸ NOWAK, *op. cit.*, en n. 9, p. 459-460.

problemáticos y se reflejan en la impugnación de una o más medidas de acción afirmativa. Sirviéndonos del mismo ejemplo propuesto, nos referimos ahora al reclamo judicial que bien podrían formular los hombres blancos que no ingresan a la Universidad producto de la aplicación de un sistema preferencial de admisión para los afroamericanos. En tal caso, los peticionarios argumentarán que, no obstante haber obtenido un mejor puntaje de selección que algunos afrodescendientes admitidos, éstos últimos ingresan a la Universidad -y ellos no- únicamente en virtud del trato privilegiado que les concede el Estado, lo cual les ofende y discrimina.

En una hipótesis como ésta, nuestro análisis se sustentará sobre los mismos elementos ya revisados. Tras cerciorarnos de que la finalidad perseguida por la medida es efectivamente acorde a la Convención Americana y demás tratados sobre derechos humanos, acudiremos a identificar a los sujetos en comparación y su respectivo estatus social, para así concluir si les corresponde un trato análogo o disímil. Como adscribiremos a esta última opción, nos imbuiremos en una concepción estructural de la igualdad. A partir de ésta, los factores a ponderar serán, por un lado, el perjuicio que dicen sufrir las personas blancas no admitidas en la Universidad y, por otro, con el daño que eventualmente le significaría a los afrodescendientes la eliminación de la acción afirmativa que los beneficia. Al valorar ambos perjuicios, arribaremos a las conclusiones recién expuestas acerca de la necesidad de determinar la existencia de un derecho o expectativa lesionada, la importancia de su repercusión en el detrimento de un abanico de derechos y la divergencia entre propugnar un derecho a igual consideración y respeto y un derecho a un trato igual (ver *supra*). Diremos que nuestro juicio de ponderación se inclinará a favor de los afroamericanos, cuyo extendido daño a nivel de una amplia gama de derechos y libertades tiene un peso específico considerablemente más grave que la disminución porcentual de posibilidades de algunos blancos de acceder a una carrera universitaria en un momento dado. Con todo, es preciso reiterar que estos últimos no se verían privados de hacerlo, sólo se habrían estrechado sus probabilidades y tendrían que obtener calificaciones más elevadas que las que antes les bastaba para obtener una plaza.

Este trato no denigra ni ofende a la población blanca, pues los coloca en pie de igualdad con sus iguales, no aminora la estima social hacia su colectivo, ni los sitúa al margen de la educación ni del poder político o económico. Lo que parece ser un perjuicio a su dignidad, es

sólo un costo derivado de la cesión de un segmento del terreno que históricamente les ha pertenecido. Pero el hecho que ello haya sido así hasta ahora, no equivale a considerar que dichas personas tendrían un *derecho* a perpetuar esa posición dominante. Es cierto que ésta no es una lectura en términos estrictamente individuales, pero sería una falacia atenernos exclusivamente a ella para enfrentar las hipótesis de discriminación sugeridas.

En este sentido, nos resultará tan útil como necesario determinar si nos encontramos frente a una medida de distinción asentada sobre una categoría “sospechosa”. Ya hemos dicho que ésta tiene la peculiaridad de ser indiciaria de ilegitimidad, por contribuir a prolongar o agudizar la subordinación de las personas pertenecientes a ciertos grupos sistemáticamente excluidos. Si esto es así, tendremos que concluir que el criterio racial “ser afroamericano”, en este caso concreto, no cumple con los supuestos de esas categorías. En efecto, su empleo para diferenciar entre las personas, respecto de su postulación y selección universitaria, para permitir su ingreso a la universidad, no acarrea un perjuicio a un grupo sojuzgado. Si bien los blancos que objetan la legitimidad de la medida preferencial arguyen la utilización de un criterio racial que los perjudica, ellos no forman parte de un sector de la población afecto a un cuadro de discriminación estructural, sino todo lo contrario. Por lo mismo, el intérprete se verá eximido de someter la medida de acción afirmativa impugnada a una revisión particularmente rigurosa, por lo que la carga probatoria del Estado para defender su vigencia y eficacia será evidentemente más liviana. Ello importa que se acrecienten las posibilidades de desechar la pretensión de los demandantes y, por lo tanto, aumenten las probabilidades de afianzar la aplicación de la medida preferencial cuestionada.

En este caso, además, se torna imprescindible prestar atención a la regla de interpretación que explicitáramos anteriormente, en particular, a su segundo enunciado. Conforme a éste, el operador del derecho está conminado a no perjudicar la situación de los grupos estructuralmente discriminados, lo que en esta hipótesis se traduce en no desmejorar las condiciones de vida de los afrodescendientes. De este modo, habiéndose estatuido un plan educativo que promueve su inclusión e igualdad efectiva, los esfuerzos debiesen encaminarse a no echar por tierra dicha medida.

En razón de las precedentes consideraciones, una concepción de igualdad como la aquí expuesta nos inclinará a resolver los casos recién ejemplificados a favor del establecimiento o mantención de las medidas de acción afirmativa, argumentando consistentemente en función de conceptos y principios articulados en una misma línea de reflexión. Por esta vía, se robustece la viabilidad jurídica de estas medidas y se proyecta un discurso convincente que contribuye a su promoción. Sin embargo, nada del razonamiento que hemos exhibido ni de los elementos de juicio formulados deben ser tomados en el sentido de conducir a una suerte de resolución *ex ante* de este tipo de casos. En otras palabras, no se trata de postular una jerarquización encubierta de derechos o intereses, que nos permita acudir a una misma solución “correcta” de ciertas hipótesis de discriminación. Lo que hemos señalado más arriba no supone que *siempre* frente a un caso de exigibilidad de acción afirmativa o de impugnación de ella habremos de decidir decretarla o eliminarla, respectivamente. La forma en que hemos expuesto estos supuestos problemáticos sobre igualdad, es aquella que nos ha permitido explicar de mejor manera las implicancias derivadas de la aplicación de una concepción estructural de la igualdad, pero los elementos de análisis utilizados bien pueden llevarnos a consecuencias diversas a las aquí consignadas. En este sentido, es perfectamente posible que la finalidad o el efecto de una medida afirmativa del tipo propuesto pueda cuestionarse debido a su impacto sobre otros grupos sojuzgados, o bien, porque su implementación acarrea perjuicios exorbitantes para quienes no integran la población beneficiaria, al punto de erosionar o anular el núcleo duro de sus derechos o sus posibilidades de ejercicio. En tal evento, el llamado a proteger y a no perjudicar a los grupos desaventajados no puede entenderse como un imperativo absoluto que se baste a sí mismo. Más bien ello debe entenderse como una orientación normativa, que nos guía en el ejercicio interpretativo de una norma o práctica que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de una determinada concepción de igualdad y que debe valorarse a la luz de las circunstancias de hecho del caso concreto y de los demás elementos de juicio derivados de una garantía de igualdad jurídica a la altura de los desafíos de tiempos actuales.

El tercero de los que hemos denominado casos-tipo, identificables como ámbitos de aplicación propios de la concepción estructuralista de la igualdad, es la hipótesis clásica de discriminación directa. Hablamos de hipótesis “clásica” porque constituye un tipo de supuesto de hecho que aparentemente figura en el ideario colectivo, como el ejemplo más evidente de discriminación. Sin embargo, esto no significa que sean casos que, en la actualidad, se presenten

con frecuencia a nivel nacional o en sede de sistemas regionales o internacionales. Por el contrario, afortunadamente, los supuestos en que normas o prácticas excluyen a ciertas personas o grupos de manera explícita e incluso intencionada (denominados tradicionalmente como discriminación directa) son cada vez menos comunes, pero lamentablemente aún no se encuentran en total extinción.

Para graficar cómo operaría la concepción estructural de la igualdad en supuestos como el descrito, emplearemos un ejemplo que nos brinda la historia: una norma, dictada con arreglo a la Constitución vigente de un determinado Estado, establece que las mujeres no tienen derecho a voto y que éste sólo puede ser ejercido por los hombres mayores de 18 años. En este caso, como resulta evidente, nos encontramos con una norma que, de manera directa –e incluso intencionada- excluye a un grupo de la sociedad del ejercicio de un derecho.

Frente a hipótesis como esta o, poniendo otro ejemplo, frente a una norma que establece que niños blancos y negros deberán asistir a escuelas separadas por raza ¿es preciso seguir cada uno de los pasos que ofrecería operativamente una concepción estructuralista de la igualdad para dar una solución coherente a la posible vulneración del derecho a la igualdad? ¿Es precisa una ponderación de los perjuicios que sufre uno u otro grupo con la presencia –o derogación- de la norma en cuestión? ¿Es necesario que el operador de la justicia evalúe la posición de hombres y mujeres en la sociedad para ver qué grupos estamos comparando y la eventual aplicación de “categorías sospechosas? Como podrá imaginar el lector, la negativa frente a estas interrogantes refleja, por un lado, que casos de discriminación como el mencionado exigen, hoy en día, una argumentación más sencilla que las hipótesis de exigibilidad o impugnación de acciones afirmativas antes desarrolladas y, por otro, reafirman que las concepciones de igualdad descritas a lo largo de esta investigación no son, *per se*, incompatibles. Volveremos a este punto.

Lo cierto es que en casos como el mencionado, típicos del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX (aunque aún presentes en algunos sectores del planeta) el juicio de ponderación elaborado como aporte de una teoría estructuralista de la igualdad, bien podría detenerse en su primer escalón. Es decir, bastaría que el juez observe la realidad o la norma y se pregunte si su finalidad es o no legítima, o si se encuentra o no en concordancia al tratado internacional respectivo, para arribar a una resolución del caso, sin necesariamente revisar cada uno de los

niveles de análisis ya descritos. Sin perjuicio de lo anterior, si el juez ponderara los perjuicios que sufrirían los hombres por derogar la mentada norma o los daños sufridos por las mujeres por la permanencia de dicha normativa, arribaría, nuevamente, a la conclusión inicial, esto es, a la violación del derecho a la igualdad. De hecho, si acudiese a las “categorías sospechosas” en su versión asimétrica -defendida en esta investigación-, la carga argumentativa mayor exigible al Estado en casos como este representará una exigencia tan gravosa, que el Estado difícilmente podrá superar. Esto fortalece el argumento de que la distinción expuesta en el ejemplo constituye, efectivamente, una violación del derecho a la igualdad de las mujeres.

Hasta este punto, la aplicación de la concepción estructuralista a la hipótesis de discriminación directa ya descrita no ofrece mayores novedades al lector. De hecho, la resolución del caso le resultará curiosamente familiar. Lo cierto es que en casos como el citado, la concepción estructuralista del derecho a la igualdad interactúa de manera fluida con la concepción liberal tradicional. En otras palabras, para casos de discriminación directa como el ejemplo, el *test* de razonabilidad propio de la concepción liberal tradicional, arribará a una conclusión idéntica que la aplicación de la lógica propia de la concepción estructuralista. Más aún, el operador del derecho podrá optar por dar por terminado su análisis del caso en el problema del fin de la norma, sin siquiera explicitar qué concepción de igualdad está empleando. Para ambas concepciones, la finalidad de una norma o práctica como sería la exclusión de las mujeres del derecho a voto o el segregacionismo, serán igualmente ilegítimas, por lo que los jueces deberían arribar a la misma conclusión, sea cual sea la concepción empleada. Asimismo, si bien en un caso como este nos encontramos en presencia de grupos en situaciones disímiles que requerirían, en principio, un trato diferenciado, la hipótesis, en sí misma, se presenta como un caso de desigualdad formal y no como un fenómeno de facto. En otras palabras, la discriminación emana de la propia norma, que desconoce la igualdad ante la ley en que se deberían situar todos los individuos, por lo que estamos ante un caso en que el imperativo es un trato igualitario³³⁹. Este es argumento de fondo que explica por qué en el caso en comento, tiene utilidad aplicar la concepción liberal tradicional y no únicamente la estructuralista.

Con todo, el aporte de la concepción estructuralista en casos como este, es que le brinda al juez la posibilidad de acudir a herramientas de gran utilidad, como las “categorías

³³⁹ Ziccarelli, *op. cit.*, en n. 17, pp. 612-613.

sospechosas”. En efecto, la categoría “ser mujer” es un criterio de distinción utilizado para mermar la posición y derechos de un grupo desaventajado, por lo que el Estado deberá ofrecer argumentos especialmente urgentes para mantener la medida. Ciertamente, en este punto, al igual que en la ponderación de perjuicios antes explicada y en la aplicación de las normas de interpretación señaladas, el juez difícilmente podrá apoyar el mantenimiento de la norma o medida.

Como conclusión, hemos podido identificar tres ámbitos de aplicación en los cuales la concepción estructuralista de la igualdad extiende todo su manto protector y sus posibilidades argumentativas: i) casos en que una identidad de trato es impugnada por tener consecuencias discriminatorias (que identificamos como casos de exigencia de medidas de acción afirmativa); ii) casos en que una diferencia de trato es impugnada por sus consecuencias supuestamente discriminatorias (que identificamos como hipótesis de impugnación de medidas de acción afirmativa); iii) casos de discriminación directa, en que una norma o práctica es la que realiza la distinción que provoca un perjuicio o exclusión en un determinado grupo.

Planteamos en apartados anteriores que, para hipótesis como las mencionadas, el *test* de razonabilidad propio de la concepción liberal tradicional resultaba insuficiente, y que las aproximaciones realizadas por los órganos del sistema interamericano tampoco ofrecían luces sobre cómo resolver consistentemente casos como los descritos. Frente a esta realidad, nos vimos frente a la difícil tarea de elaborar una propuesta argumentativa que, sin establecer una suerte de jerarquía de derechos encubierta, resolviera de manera sólida casos de igualdad con grupos sojuzgados involucrados.

Esta propuesta no pretende constituirse en una “nueva” teoría de ponderación de derechos ni en una fórmula mágica para la resolución de estos casos. Por el contrario, reconociendo que son éstos los casos más complejos de resolver y que la doctrina y jurisprudencia son verdaderos campos de batalla en que se enfrentan concepciones contrapuestas de igualdad, optamos por imbuirnos en profundidad en la lógica de una y otra concepción, para tratar de identificar- a partir de cada una de ellas- posibles formas de resolver estos casos. Así, utilizando elementos elaborados por el derecho internacional de los derechos humanos -como lo es una interpretación pro persona y la prohibición de excluir otras garantías inherentes al ser

humano a la hora de interpretar derechos- así como implementando criterios de restricción - como la necesidad de un fin legítimo- y elementos de ponderación propios de la teoría constitucional, hemos propuesto algunos lineamientos para dar consistencia a resoluciones jurisdiccionales relativas a las hipótesis descritas.

Hemos señalado que el operador de la justicia, enfrentado a casos que se enmarcan en el ámbito de aplicación propio de la concepción estructuralista deberá: i) observar la realidad e identificar los grupos que deben ser comparados; ii) determinar si aquellos deben recibir un trato igual o diverso, según la posición en que se encuentre uno y otro iii) identificar, de ser posible, el fin de la norma o práctica que está analizando en el caso concreto y su compatibilidad con la CADH; iv) dar aplicación a la regla de interpretación según la cual, por un lado, debe proteger a los grupos estructuralmente discriminados y, por otro, jamás puede perjudicarlos en el goce y ejercicio de sus derechos; v) realizar un juicio de ponderación entre los perjuicios derivados de aplicar o no una determinada medida que se considera, *prima facie*, discriminatoria.

La aplicación armoniosa y debidamente fundamentada de cada uno de estos elementos podría contribuir a dar un sustento más sólido a aquellos casos en que se ve afectado el derecho a la igualdad de ciertos grupos desaventajados, permitiendo dar cimientos más sólidos a las medidas de acción afirmativa, abriendo líneas argumentativas en torno a su exigibilidad o impugnación y, finalmente, impidiendo que la superposición de elementos propios de una concepción liberal tradicional en casos de igualdad estructural acabe por mermar los derechos de grupos que el propio sistema interamericano pretende, con tanto ahínco, proteger.

CONCLUSIONES

Como fue señalado en la introducción de la presente memoria, al imbuirnos en el estudio del derecho a la igualdad en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, con sus matices a nivel de sentencias e informes de sus dos principales órganos, y teniendo siempre a la vista las diversas interpretaciones sobre la igualdad ante la ley latentes a nivel filosófico y político, esta investigación adquirió un cariz que fue más allá de una recopilación o sistematización de dichas sentencias e informes.

Como señaláramos al iniciar este trabajo, nuestra pretensión fue realizar una lectura crítica de los documentos emanados del sistema interamericano a la luz de las que fueron identificadas como dos concepciones de igualdad divergentes entre sí: la liberal tradicional y la que denominamos estructuralista. Este análisis, se efectuó con el objetivo explícito de observar la compatibilidad o incompatibilidad que dichas concepciones de igualdad guardaban con las que denominamos medidas de acción afirmativa, deteniéndonos en particular en constatar cómo la adhesión implícita o explícita a una u otra concepción influía en el pronunciamiento que los órganos del sistema eventualmente tuvieran sobre la legitimidad, posible impugnación e incluso exigibilidad de estas polémicas medidas de promoción de ciertos grupos subyugados en los países americanos.

En base a este primer acercamiento sustantivo al derecho a la igualdad, elaboramos dos hipótesis de investigación, las que recordaremos para efectos metodológicos:

i) En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se *superponen* dos concepciones de igualdad, la liberal tradicional y la estructuralista. Dicha superposición impide extraer estándares claros en materia de acción afirmativa y amenaza su legitimidad en el sistema.

ii) Es posible plantear la *coexistencia* de dos concepciones de igualdad, la liberal tradicional y la estructuralista, delimitando adecuadamente sus alcances y ámbitos de aplicación. Por esta vía, es posible dotar a las acciones afirmativas de una fundamentación consistente en el sistema.

Respecto de la primera hipótesis, ésta fue abordada transversalmente a lo largo de toda la investigación. En el primer capítulo, luego de breves referencias sobre el derecho a la igualdad y de adherir a una posición fundada sobre la terminología a adoptar para dar nombre a las medidas bajo estudio, realizamos una exposición en profundidad acerca de dos concepciones de igualdad que han sido expuestas en numerosas ocasiones como antagónicas. Por un lado, desarrollamos la concepción liberal tradicional y, por otro, la concepción estructuralista. Cada una de ellas fueron relacionadas con su respectivo *test* de identificación y evaluación de hipótesis de discriminación y con una cierta postura respecto de las categorías sospechosas a nivel internacional. Asimismo, observamos la interacción de una y otra concepción con las medidas de acción afirmativa, enfocándonos en su compatibilidad con cada concepción de la igualdad, sus posibles vías de impugnación y, finalmente, su eventual exigibilidad. Con este capítulo, expusimos al lector la base teórica que sirvió de guía transversal en nuestro análisis, otorgando relevancia y visibilizando aquellos aspectos de la igualdad que, dependiendo de la concepción analizada, resultarían claves para comprender la jurisprudencia e informes estudiados posteriormente.

En el capítulo segundo, nos abocamos exclusivamente a analizar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tanto en su aspecto normativo como jurisprudencial. Respecto de este último, identificamos las opiniones consultivas y sentencias – en el caso de la Corte IDH- y los informes y casos individuales –en el caso de la Comisión– donde se abordara el derecho a la igualdad y, específicamente, las medidas de acción afirmativa. Como se pudo comprobar, sólo el segundo de los órganos mencionados se ha pronunciado directamente sobre estas medidas. No obstante, el análisis individualizado de cada uno de los documentos mencionados nos permitió evidenciar la presencia de elementos propios de una y otra concepción de la igualdad. En pocas palabras, en el segundo capítulo se esbozó la existencia de una superposición de dos concepciones de igualdad en el sistema interamericano.

El capítulo tercero, en su primera parte es el que, a nuestro entender, termina por comprobar nuestra primera hipótesis, pues se identificaron específicamente qué ámbitos concretos de las sentencias e informes emanados del sistema interamericano evidenciaban una superposición de la concepción liberal tradicional con la concepción estructuralista. Se identificaron, como se recordará, tres grandes ejes conflictivos: i) la constatación de una

aproximación estructuralista al derecho a la igualdad en todos los casos en que estaba involucrada la presencia de grupos desaventajados; ii) la aplicación del *test* de razonabilidad propio de la concepción liberal tradicional a pesar de encontrarnos frente a una aproximación estructuralista y; iii) la adhesión a las categorías sospechosas, tal como han sido concebidas tradicionalmente a nivel internacional, en el marco de una férrea defensa de las medidas de acción afirmativa. En cada uno de estos ámbitos de superposición se demostró cómo la implementación de elementos propios de una concepción liberal de corte individualista en un acercamiento aparentemente estructuralista y de carácter sociológico de los órganos del sistema, podía poner en jaque las medidas de acción afirmativa a nivel regional o, a lo menos, generaban una base argumentativa poco consistente para la defensa de dichas medidas.

Con estos tres capítulos quedó demostrado que existen claramente dos concepciones de igualdad en el sistema interamericano y que ellas no interactúan con fluidez ni convergen de modo armonioso, sino por el contrario, ambas se encuentran superpuestas. Ello provoca que en casos que son presentados por estos órganos como hipótesis de discriminación estructural o incluso ante la necesidad de adoptar medidas de acción afirmativa, se acuda a estructuras argumentativas y fórmulas ajenas a dicha aproximación, generando conclusiones insatisfactorias que impiden, de hecho, extraer posibles estándares en materia de acciones afirmativas a nivel del sistema y, por otro lado, podrían poner en riesgo la legitimidad de estas medidas en un eventual caso de impugnación de ellas. Asimismo, concluimos que tal superposición reduce el campo visual de los órganos de protección frente a hipótesis de discriminación en que no hay una problemática de discriminación estructural involucrada. De este modo, con este apartado del tercer capítulo comprobamos que, en efecto, existe una superposición de concepciones que genera inconvenientes si lo que se pretende es una aproximación consistente al derecho a la igualdad, que argumente en pos de las medidas de acción afirmativa sin dejar de lado aspectos más tradicionales del derecho a la igualdad.

La segunda hipótesis, estrechamente vinculada a la comprobación de la primera, pretende tomar la visión crítica del tratamiento a la igualdad en el sistema interamericano - subyacente en la primera parte de la investigación- y proponer, concretamente, qué caminos existen frente a la superposición previamente identificada. Este punto se encuentra íntegramente

desarrollado en el tercer capítulo de la presente memoria, donde se exploran tres posibles alternativas.

En primer lugar, fueron descartadas, por razones de peso, las dos opciones más extremas para dar solución a esta conflictiva superposición, esto es, se desechó optar por una adhesión irrestricta a una u otra concepción de la igualdad. De este modo, descartados los extremos, nos abocamos al desafío más arduo de esta investigación: proponer una alternativa intermedia, que permitiera extraer los elementos más rescatables de una y otra concepción para así propender a su coexistencia pacífica, a una fundamentación sólida de la legitimidad de las medidas de acción afirmativa cuidando no invisibilizar aquellos casos de igualdad donde no hubiera grupos desaventajados en juego, sino hipótesis más tradicionales de discriminación.

La propuesta de una coexistencia fluida de las dos concepciones analizadas, no pretende explorar ni mucho menos inventar una *nueva* concepción de la igualdad en sede de filosofía jurídica. Por el contrario, con las concepciones ya elaboradas, lo que se pretendió fue hacer operativas de manera consistentes estas concepciones, identificando *campos de aplicación diferentes* para cada una de ellas. Es decir, tomando la base teórica proporcionada por las concepciones liberalista y estructuralista de la igualdad, exploramos vías para hacer operativos los elementos de una y otra en ámbitos diversos, procurando guardar consistencia entre ellas. Esta fue nuestra propuesta de la presente tesis: identificar ámbitos de aplicación propios de la concepción liberal tradicional y otros exclusivos de la concepción estructuralista que permitieran dar consistencia a la aproximación de los órganos del sistema interamericano tanto frente a casos de desigualdad estructural como a hipótesis de discriminación no sistémica.

El reconocimiento de la existencia de ámbitos de aplicación diferentes, parte de la base de reconocer que no toda vulneración al derecho de igualdad supone un contexto de discriminación estructural. En efecto, existen casos en que los criterios propios de la concepción liberal no merecen mayores objeciones –con la salvedad de la inoperancia de las categorías sospechosas explicada precedentemente- sino por el contrario: ofrecen herramientas útiles para resolver dichos casos. Este será el ámbito de aplicación propio de la concepción liberal de corte individualista.

Por su parte, la concepción estructuralista se aplicaría, a nuestro entender, a tres hipótesis con afectación de derechos de grupos desaventajados: i) casos en que una identidad de trato es impugnada por tener consecuencias discriminatorias (que identificamos como casos de exigencia de medidas de acción afirmativa); ii) casos en que una diferencia de trato es impugnada por sus consecuencias supuestamente discriminatorias (que identificamos con hipótesis de impugnación de medidas de acción afirmativa); iii) casos de discriminación directa, en que una norma o práctica es la que realiza la distinción que provoca un perjuicio o exclusión en un determinado grupo.

Para resolver estas hipótesis, elaboramos la que parece ser la parte más arriesgada de esta tesis: una suerte de “*test*” que sirviera al operador de justicia para identificar o descartar la presencia de una discriminación en el caso en cuestión. Los pasos a seguir serían, a nuestro entender: : i) observar la realidad e identificar los grupos que deben ser comparados; ii) determinar si aquellos deben recibir un trato igual o diverso, según la posición en que se encuentre uno y otro iii) identificar, de ser posible, el fin de la norma y su compatibilidad con la CADH; iv) dar aplicación a la regla de interpretación según la cual, por un lado, debe proteger a los grupos estructuralmente discriminados y, por otro, jamás puede perjudicarlos en el goce y ejercicio de sus derechos; v) realizar un juicio de ponderación entre los perjuicios derivados de aplicar o no una determinada medida que se considera, *prima facie*, discriminatoria.

De este modo, con la elaboración de un marco conceptual y operativo útil para el operador de justicia, concluimos que nuestra segunda hipótesis era factible. Es posible la *coexistencia* de dos concepciones de igualdad, la liberal tradicional y la estructuralista, delimitando adecuadamente sus alcances y ámbitos de aplicación. De este modo, pudimos dotar a las acciones afirmativas de una fundamentación consistente en el sistema interamericano, sin descuidar otros casos de igualdad tan relevantes como aquellos que implican inequidades sistémicas.

Tenemos plena conciencia que las hipótesis planteadas al inicio de la presente investigación no fueron elaboradas con el fin de obtener como producto final una memoria meramente descriptiva o recopiladora. Por el contrario, la comprobación o refutación de una u otra, ciertamente implicaba tomar ciertos riesgos y licencias, especialmente a la hora de ser

críticas con el sistema interamericano y, desde luego, al momento de elaborar propuestas concretas. La labor emprendida en esta tesis no pretende, sin embargo, resolver el debate o proporcionar fórmulas inequívocas en esta materia. Por el contrario, en un ámbito tan relevante como el derecho a la igualdad, particularmente en el contexto latinoamericano -uno de los continentes con mayores índices de desigualdad del planeta- una investigación crítica y propositiva sobre la materia, nos parece, en sí misma, una apuesta valiosa. Nos damos por satisfechas si contribuimos a generar mayor debate sobre las concepciones de igualdad en el sistema interamericano y, especialmente, sobre las medidas de acción afirmativa. Creemos que éstas son un instrumento útil para combatir la desigualdad estructural y que tanto su implementación como un debate serio y de calidad son desafíos pendientes en nuestra región.

Para finalizar, y con la esperanza de haber generado nuevas interrogantes que abran un fértil debate en esta materia en lugar de pretender fórmulas mágicas que acaban habitualmente por ser falaces, queremos cerrar la presente investigación volviendo a la máxima que, en algún momento, inició gran parte del debate sobre la igualdad: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Recordando esta cita, no es posible soslayar que la máxima de tratar igual a los iguales tuvo un núcleo emancipador que revolucionó las relaciones sociales y jurídicas en el siglo XIX y XX. De hecho, en aquella época, la desigualdad formal era el mayor de los desafíos a enfrentar, por lo que las declaraciones de libertad e igualdad para todos fueron imprescindibles para llegar al estadio en que nos encontramos hoy en día. Sin embargo, y reconociendo el enorme avance que esta concepción de la igualdad significó en aquella época, creemos que no es posible eludir que cada doctrina tiene su tiempo, y que aferrarnos a estructuras argumentativas propias de un contexto que afortunadamente fue superado, puede conducir a un estancamiento, con consecuencias indeseables. Hoy, asirnos con contumacia a una concepción liberal tradicional de la igualdad es omitir el llamado de los tiempos. Reconociendo que, en su momento, tratar igual a los iguales constituyó uno de los avances más importantes del derecho constitucional y de los derechos humanos, hoy la utilidad que ello tuvo en el pasado se desvanece. Existen nuevos desafíos, por lo que es preciso acudir a nuevas fórmulas jurídicas, propias de los tiempos y adecuadas para nuevas realidades.

Frente al contexto que nos azota en el siglo XXI, a sociedades caracterizadas por la presencia de enormes grupos de excluidos y marginados, donde recordar las castas no parece

una exageración, creemos que es hora de releer a Aristóteles. Los tiempos nos apremian a mirar a nuestro alrededor y asumir, sin vaivenes, que es hora de centrarnos en quienes, hasta ahora, han sido “los desiguales”. En este sentido, consideramos que el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos es el terreno más idóneo para releer lo que muchos de quienes invocaron a Aristóteles parecieron olvidar: es preciso tratar en forma desigual a quienes son y han sido históricamente desiguales. El siglo XXI, creemos, es el momento para releer la igualdad y para invertir órdenes que parecían incuestionables. Con esta investigación quisimos plantear, a la postre, que es hora de leer al revés y concentrarnos en el final de aquel célebre aforismo.

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

- Alexy, R: Teoría de los Derechos Fundamentales CEPC, Madrid (2001)
- Aristóteles, La Política, Vol II, Editorial Panamericana, Colombia (1998)
- Atienza, M: “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa* 19 (1996)
- Atria F: “Dworkin, la Libertad y la Igualdad: Algunas Consideraciones” en 38 *Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso* (1993)
- Barrère, M: “Igualdad y ‘discriminación positiva’: Un esbozo de análisis teórico-conceptual” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 9 (2003)
- Barrère, M: “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades” en 60 *Revista Vasca de Administración Publica* (2001)
- Bayefsky, A: “El principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional” en 11 *Human Rights Law Journal* (1990)
- Bobbio, Matteucci y Pasquino: *Diccionario de Política*, Siglo Veintiuno Editores, (2000)
- Bobbio, N: *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós, Barcelona, (1993)
- Bossuyt, M: *El concepto y la práctica de la acción afirmativa*, U.N, Consejo Económico y Social, Subcomisión de Promoción y protección de los derechos humanos (junio de 2002)
- Cançado Trindade, A: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2001), capítulo I.
- Carmona, E: “El Principio de Igualdad Material en la Constitución Europea” en *Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 8 (2004)
- Choudhury, T: “Interpreting the right to equality under article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, en *European Human Rights Law Review*, Vol. 8 (2003)
- Christie, N: *Los Límites del Dolor*, Fondo de Cultura Económica (1988)
- Comisión Internacional de Juristas, *Medidas de Acción Afirmativa*, estudio realizado por la CIJ como contribución al estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre acciones afirmativas para promover la igualdad racial en la región (2004)
- Cox, K.: “Positive action in the European Union: from Kalanke to Marschall”, en 8 *Columbia Journal of Gender and Law* (1998)

- Days, D: “Acción Afirmativa” en GARGARELLA, Roberto, *Derecho y Grupos Desaventajados*, Editorial Gedisa (1999)
- Dulitzky, A: “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” en 3º Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago (2007)
- Dulitzky, A: *Algunas reflexiones sobre una futura Convención Interamericana contra la Discriminación Racial y toda forma de discriminación*, (Washington, DC, 2005)
- Dworkin, R: *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona (1998)
- Dworkin, R: *El imperio de la justicia*, Editorial Gedisa, Barcelona (2005)
- *El derecho a la participación política de las mujeres ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la igualdad*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2007).
- Ellis, Evelyn, *EU Anti Discrimination Law*, Oxford EC Law Library, Oxford University Press, New York (2005)
- Espejo, N: *La Interpretación amplia de la no discriminación a la luz del Principio de Igualdad. Un enfoque Igualitarista del Interés Público*, trabajo presentado en el Foro contra la discriminación en el Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (2000)
- Figueroa, R: “Igualdad y Discriminación”, Cuadernos de Análisis Jurídico N°10, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Universidad Diego Portales (2000)
- Fiss, Owen: “Grupos y la Cláusula de la igual protección” en R. Gargarella (comp.), *Derecho y Grupos Desaventajados*, Editorial Gedisa (2003)
- Fries, L y Facio, A: “Feminismo, Género y Patriarcado”, en Fries, L y Facio, A: *Género y Derecho*, Lom Ediciones (1999).
- Fries, L: “Simposio: Igualdad de Oportunidades”, en *Anuario de Derechos Humanos 2008*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2008)
- García Añón, J: “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2 (1999).
- González, M. y Parra, O: “Concepciones y cláusulas de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un análisis a partir del caso Apatz Barbera y otros vs. Venezuela. Artículo en construcción.
- Gynter, P: “On the doctrine of Systemic Discrimination and its usability in the field of education” en *International Journal on Minority and Group Rights 10*, (2003).
- Hobsbawm, E: *La Era de la Revolución. 178-1848*, Colección Crítica, Editorial Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, Argentina (1997)
- Martín Vida, M: *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Editorial Civitas, Madrid (2002).

- Martin, M: “Evolución del Principio de Igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y Desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23. N° 68. Mayo- Agosto (2003).
- McCrudden, C: “Rethinking positive action”, 15 *Industrial Law Journal* 219, Oxford (1996)
- McKean, W: *Equality and Discrimination under International Law*, Capítulo XV, Clarendon Press, Oxford University Press, (1983)
- Medina C. y Nash, C: *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile (2007).
- Medina, C: “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre derechos humanos”, en Corte Interamericana (ed.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo:1979-2004*. (Costa Rica, 2005)
- Medina, C: “Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2005)
- Medina, C: *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho,
- Nogueira, H: “El derecho a la igualdad ante la Ley, No Discriminación y Acciones Positivas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 13, Número 2 (2006)
- *Non-discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*, INTERIGHTS, editado por Kevin Kitching (2005)
- Nowak, M: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*. N.P. Engel Publisher, 1993
- Palacios, P: “The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas Journal of Women and the Law*, Edición Primavera 2008.
- Palacios, P: *La No Discriminación, Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago, Lom Ediciones (2006)
- Peña, C.: “Simposio: Igualdad de Oportunidades”, en *Anuario de Derechos Humanos 2008*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2008)
- Peña, C: “Democracia y Minorías” en Squella y Sunkel (Co): *Democratizar la Democracia*, LOM Ediciones, Chile (2000)
- Peters, A: *Women, Quotas and Constitutions. A comparative study of Affirmative Action for Women under American, German and International Law*, Kluwer Law International, Londres (1999)

- Rae, D.; Yates, D.; Hoschschild, J.; y Fessler, C. *Equilities*, Harvard University Press (1981)
- Ramírez, S.: “Igualdad como Emancipación: Los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas”, en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2007)
- Rawls, J: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica de Argentina (1979)
- Rodríguez, C: “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en *Observatorio de Justicia Constitucional*, Universidad de los Andes, Colombia (1998).
- Rodríguez, M: “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en *Género y Derecho*, Edición de La Morada, Lom y American University, Santiago (1999)
- Rosenfeld, M: *Affirmative Action and Justice*, Yale University Press, New Haven (1991); y las críticas formuladas por Saba, R: “(Des) Igualdad Estructural”, revista *Derecho y Humanidades* N°11, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2005).
- Saba, R: “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, R: *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Editorial Rústica, Argentina (2008), Tomo II.
- Strand, M: *The Formal Concept of Discrimination*, Tesis de Magíster de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lund (2006).
- Williams, J: “Igualdad sin Discriminación” en *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Frías (editoras), Lom Ediciones (2000)
- Zicarelli, S: “As cotas raciais o acceso à universidade e o princípio da igualdade na C.F de 1998” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 13 año, Tomo II (2007)
- Zúñiga, Aguilera y Vásquez: «Lejos del Poder. Hacia la implementación de una Ley de cuotas en Chile » en *Revista de Derecho*, Vol XX, N° 2 (2007).

II. Jurisprudencia

i) Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH, Caso *Bulacio Vs. Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003
- Corte IDH, caso *Apitz, Barbera y otros v. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008.
- Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Sentencia de 31 de Agosto de 2001, Serie C No 79; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de Marzo de 2006, Serie C No. 146; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de Junio de 2005, Serie C No. 125; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*;
- Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana v. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005
- Corte IDH, caso de la *Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*, sentencia de fondo de 29 de abril de 2004.
- Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, Caso del penal Miguel Castro Castro v. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006.
- Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006
- Corte IDH, *Caso YATAMA v. Nicaragua* (2005)
- Corte IDH, OC- 11/90, *Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos* (1990).
- Corte IDH, OC- 17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos de los niños* (2002)
- Corte IDH, OC- 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, OC- 4/84 del 19 de enero de 1984: *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*
- Corte IDH, OC- 6/99: *El Derecho a Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*

ii) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 34, (2007)
- CIDH caso *Marzioni v. Argentina* (1996)
- CIDH caso *Interdicción de haitianos v. Estados Unidos de América*, (1996)
- CIDH caso *La Tablada v. Argentina*, (1997)
- CIDH caso *Marín Ramírez v. Colombia*, (1998)
- CIDH caso *Hanríquez y otros v. Argentina*, (2000)
- CIDH, caso *Janet Espinoza y otras v. Perú*, petición número 12.404, Informe de admisibilidad N° 51/02, (2002)
- CIDH Caso *María Merciadri v. Argentina*, Informe N° 103/01, (2001).
- CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, (1999), Cap. VI, sección IV.
- CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, (2007)
- CIDH, Caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Informe de fondo N° 4/01 de 19 de enero de 2001
- CIDH, Caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, caso 11.625, Informe N° 28/98,
- CIDH, *Informe Anual 1993*, Capítulo V. OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev, (1994)
- CIDH, *Informe Anual 1997*, Capítulo VI. OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 (1998)
- CIDH, *Informe Anual 1999*, Capítulo VI. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, (2000)
- CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, (1998)
- CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos de la mujer en ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación* (2003)
- CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1.
- CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (1997), OEA/ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1
- CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, año 2001, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev. (2001), capítulo X; y “Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala”, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. , capítulo V “Situación de la Mujer”.
- CIDH, *Informe Sobre los Derechos Humanos en Brasil*, 1997, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, (1997)

- CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, de 22 de Octubre de 2002
- CIDH, La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62 (2000)
- CIDH, *Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. , Doc. 67, (2006)

iii) Corte Internacional de Justicia

- CIJ, *Barcelona Traction Light and Power Company*, 1970; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 de julio de 1996
- CIJ, Casos de Africa Suroccidental, Segunda Fase, Informes de la CIJ, 18 de julio 1966, Opinión disidente Juez Tanaka

iv) Tribunales Europeos de Derechos Humanos.

- Corte EDH, Caso *Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of languages in Education in Belgium* (Fondo), 23 de julio de 1968
- Corte EDH, Caso *Thlimmenos v. Greece*, sentencia de 6 abril de 2000
- Corte EDH, *D. H and others v. Czech Republic*, sentencia de 7 de febrero de 2006, Opinión Disidente del Juez Cabral Barreto
- *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt-Bremen*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 450/93 (1995)
- *Helmut Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*, Tribunal de Justicia para las Comunidades Europeas, Caso C-409/95 (1997).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Hugh Jordan v. United Kingdom*, Número 24746/94, 4 de mayo de 2001.

v) Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas caso *Müller v. Namibia*, Comunicación N° 919/2000, Dictamen de 26 de marzo de 2002
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Caso *Brinkhof v. Países Bajos*, comunicación N° 402/1990, CCPR/C/48/D/40271990 de 27 de julio de 1993.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, caso *Broeks v. Países Bajos*, Comunicación 172/84

- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Pohl, Pohl, Mayer y Wallman v. Austria*, CCPR/C/81/D/1160/2003;
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Derksen v. los Países Bajos*, CCPR/C/80/D/976/2001
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Althammer et. al. v. Austria*, Comunicación N°998/2001
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N°18, *La no discriminación*, (1989)
- Comité Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 31, *Naturaleza de la obligación jurídica impuesta a los Estados partes en el Pacto* (2004)

vi) Comité CEDAW

- Comité CEDAW, Recomendación General N° 5, *Medidas especiales y temporales* (1988).
- Comité CEDAW, Recomendación General N° 23, *Participación de la mujer en la vida política y pública*,
- Comité CEDAW, *Recomendación General 25*

vii) Comité CERD

- Comité CERD, Recomendación General N° 14, *La Definición de Discriminación*, 1993,
- Comité CERD, Recomendación General N° 27, *La Discriminación de los Romaníes*, (2000),
- Comité CERD Observaciones Finales Estados Unidos de América, 18 de agosto de 2001.
- CERD Observaciones Finales Reino Unido, 10 de diciembre de 2003

viii) Comité DESC

- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N°1, párrafo 3; Observación General N°4; Observación General N°5; Observación General N°13

ix) Corte Suprema Norteamericana

- Corte Suprema de Estados Unidos, *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (1944)
- Corte Suprema de Estados Unidos; *Hirabayashi vs. United States*, 320 U.S. 81 (1943).
- Corte Suprema de Estados Unidos, *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971).
- Corte Suprema Norteamericana, *Brown v. Board of Education I*, 347 U.S. 483 (1954);
- Corte Suprema de Estados Unidos *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 299 (1995)
- Corte Suprema de Estados Unidos; *Gratz et al. v. Bollinger et al* (2003);
- Corte Suprema de Estados Unidos *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978);
- Corte Suprema de Estados Unidos *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989);

III. Normativa y Resoluciones

- Carta Democrática Interamericana (2001)
- Compromiso de Panamá con las personas con discapacidad en el continente americano: AG/RES. 1369 (XXVI-O/96), Resolución aprobada en la sexta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 1996.
- Consejo Permanente de la OEA, Comisión de asuntos jurídicos y políticos, presentación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Resolución AG/RES.1930 (XXXIII-0/03), *Prevención del racismo y de toda forma de discriminación e intolerancia y consideración de la elaboración de un proyecto de convención interamericana* (2004)
- Consejo Permanente de la OEA, Comisión de asuntos jurídicos y políticos, *Anteproyecto de Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia* (2006)
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
- Convención Internacional sobre la Discriminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD)
- Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad,

- Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza
- Convención sobre la Discriminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).
- Convenio sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación N° 111 de la OIT
- Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Miami en 1994.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
- Directiva de la Comunidad Europea 76/207/EEC
- Documento de las Naciones Unidas, A/C.3/SR1182
- OEA, Informes del Secretario General sobre la Implementación del “Programa Interamericano sobre la Promoción de los Derechos Humanos de la Mujer y la Equidad e Igualdad de Género” de conformidad con la Resolución AG/RES. 2023 (XXXIV-0/04) de 2 de abril de 2005
- OEA, Resolución AG/RES. 2126 (XXXV-O/05)
- OEA, Resolución AG/RES. 1712 (XXX-O/00).
- OEA, Resolución AG/RES. 1905 (XXXII-O/02)
- OEA, resolución AG/RES. 2339 (XXXVII-O/07), *Programa de Acción para el Decenio de las Américas: Por los derechos y dignidad de las personas con discapacidad* (2006-2016), aprobada en sesión plenaria el 5 de junio de 2007.
- OEA, Resolución AG/RES.1930 (XXXIII-O/03).
- OEA, Resolución CEDDIS/RES.1/08 de 1° de agosto de 2008
- OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-16/05, 5 diciembre de 2005, *Informe de la Relatora de la sesión especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia.*
- ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos, *Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio Fundamental de la No Discriminación en el marco de la Globalización*, p. 7
- ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos. *Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio Fundamental de la No Discriminación en el marco de la Globalización.*
- Relator Capotori de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de minorías, en Documento ONU E/CN.4/Sub.2/384/Add.5
- *Tercera Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia*, Durban, 30 de agosto al 07 de septiembre (2001)

Valeska David Contreras
a mi madre y mis abuelos.

Alia Trabucco Zerán
a mi madre y mi padre.