

Trabajo Fin de Máster

**“El concepto ‘discriminación estructural’ y su incorporación
al Sistema interamericano de protección de los derechos
humanos”**

Liliana María Salomé Resurrección

Tutora:

Patricia Cuenca Gómez

Getafe, junio de 2017

Palabras clave: igualdad, no discriminación, discriminación estructural, discriminación sistémica.

Resumen: Esta investigación realiza un recorrido por los distintos calificativos que suelen acompañar a la voz discriminación (directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional y estructural), calificativos que han contribuido a ampliar y a hacer más complejo el contenido y alcance de la prohibición de discriminación. Asimismo, atendiendo al interés que ha ido ganando en los últimos años, se pone especial énfasis en el concepto “discriminación estructural”. Se analiza su significado y se exploran las raíces filosóficas que están en la base de este concepto; además, se reflexiona en torno a las consecuencias jurídicas que tendría su aplicación en el campo del Derecho. Finalmente, se examina si este concepto (o alguna de sus dimensiones) se ha incorporado al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

ÍNDICE

Abreviaturas, siglas y acrónimos.....	3
Introducción	4
Capítulo 1. Los alcances de la prohibición de discriminación	8
1. La no discriminación: una idea que remite a la igualdad.....	9
2. Concepciones de la discriminación.....	15
3. Las categorías sospechosas de discriminación.....	19
4. La discriminación y sus calificativos.....	22
4.1. Discriminación directa y discriminación indirecta.....	23
4.2. Discriminación por indiferenciación.....	28
4.3. Discriminación interseccional (o múltiple).....	31
4.4. Discriminación estructural (o sistémica).....	43
Capítulo 2. Aproximación doctrinal al concepto “discriminación estructural”. Un concepto en formación	48
1. Las raíces filosóficas del concepto.....	48
1.1. La crítica al individualismo y la importancia de la dimensión colectiva o grupal de la discriminación.....	51
1.1.1. El concepto “grupos sociales”.....	54
1.1.2. Grupos sociales y estereotipos que causan discriminación.....	57
1.2. La crítica a la libertad política como no-interferencia y la importancia de la libertad como no dominación.....	60
1.2.1. Las concepciones negativa y positiva de la libertad. Crítica a la libertad como no-interferencia.....	61
1.2.2. La libertad como no-dominación.....	64
1.3. La crítica a la idea de imparcialidad o neutralidad y la incorporación a la noción de discriminación de los conceptos opresión, dominación y/o subordinación.....	67
1.3.1. Las cinco caras de la opresión en la propuesta de Iris Marion Young.....	69
1.3.2. El enfoque de la dominación en la propuesta de Catharine A. MacKinnon.....	77
1.3.3. La subordinación y los grupos desaventajados en la propuesta de Owen Fiss.....	79

2. Principales características, alcances y dimensiones de la discriminación estructural.....	83
2.1. La discriminación como estructura y como proceso.....	84
2.2. La discriminación estructural como marco para comprender las demás formas de discriminación.....	89
2.2.1. La discriminación estructural y el binomio discriminación directa e indirecta.....	89
2.2.2. Discriminación estructural y discriminación por indiferenciación	91
2.2.3. Discriminación estructural y discriminación interseccional.....	92
3. Los desafíos que trae consigo la incorporación de este concepto.....	95
Capítulo 3. La incorporación del concepto “discriminación estructural” en el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.....	99
1. La noción de igualdad y no discriminación en el Sistema interamericano.....	101
1.1. El principio de igualdad y no discriminación como norma de <i>ius cogens</i>	103
1.2. La igualdad y no discriminación en la Convención Americana.....	104
2. La progresiva incorporación del concepto “discriminación estructural”.....	106
2.1. En los tratados sobre derechos humanos.....	107
2.2. En los informes temáticos de la Comisión Interamericana.....	109
2.3. En las sentencias de la Corte Interamericana.....	112
2.3.1. Caso Gonzáles y otras (“Campo algodonero”) vs. México.....	113
2.3.1.1. Resumen del caso.....	114
2.3.1.2. La alusión a la discriminación estructural.....	116
2.3.2. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.....	118
2.3.2.1. Resumen del caso.....	118
2.3.2.2. La alusión a la discriminación estructural.....	121
2.3.3. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.....	122
2.3.3.1. Resumen del caso.....	123
2.3.3.2. La alusión a la discriminación estructural.....	125
3. ¿La incorporación de este concepto ha representado un avance en la lucha contra la discriminación?.....	128
Conclusiones.....	132
Referencias.....	137

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en inglés)
Comisión	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comité CDPD	Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad
Comité CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
Comité CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
Comité DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Convenio Europeo	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
Convención Americana	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Corte	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Declaración Americana	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento jurídico
ICERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (por sus siglas en inglés)
LGBTI	Lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex
N.º	Número
OC	Opinión consultiva
OEА	Organización de Estados Americanos
Párr.	Párrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

En el ámbito de lo jurídico existe un importante consenso sobre el reproche que merece la discriminación. Este reproche suele estar presente en los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos (con frecuencia consagrado al más alto nivel normativo), así como en numerosos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, pese a los avances que se han realizado en esta materia tanto a nivel internacional como al interior de los Estados, la discriminación sigue siendo uno de los mayores obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos. Por este motivo no resulta extraño que en torno a la prohibición de discriminación se hayan suscitado interesantes reflexiones, las cuales han motivado que este concepto se haya ido haciendo progresivamente más amplio y más complejo.

La presente investigación se inserta dentro de esta preocupación y plantea un análisis y reflexión sobre el concepto “discriminación estructural”, que surge en respuesta a determinadas problemáticas respecto de las cuales la concepción tradicional de la discriminación parece resultar insuficiente¹. Como señala Barrère, lo que se busca con esta aproximación es dar respuesta a las profundas injusticias que enfrentan determinados grupos sociales y que normalmente no tienen cabida dentro del concepto de discriminación prevista por el Derecho porque se trata de realidades que no resultan imputables a comportamientos o prácticas individualizadas².

Al respecto, Barrère menciona dos ejemplos. El primero de ellos guarda relación con la población carcelaria en los Estados Unidos de América. Hace algunos años se reportó que un hombre afroamericano tenía siete veces más posibilidades de ser encarcelado que un hombre blanco. Asimismo, pese a que la comunidad afroamericana solo representa el 13% del total de la población en dicho país, constituye el 50% de la población privada de libertad en cárceles federales y estatales³. El segundo ejemplo que propone la autora se

¹ NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En *Derechos Humanos y Juicio Justo*, editado por Claudio Nash e Ignacio Mujica, Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas – COLAM, Organización Interamericana Universitaria, 2010, p. 172.

² BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 9, 2003, p. 9.

³ *Ibid.*, pp. 9-10.

deriva de las relaciones sexo-género. Barrère señala que son las mujeres –no los hombres– quienes mayoritariamente se dedican a las tareas del hogar, a realizar labores de cuidado de otras personas (niños, niñas, personas con discapacidad, personas de edad avanzada) y desempeñan trabajos a tiempo parcial, con menores remuneraciones y menores posibilidades de ascenso. Además, están más expuestas a realidades como la prostitución, la violencia de género y el acoso⁴.

Estos dos ejemplos dan cuenta de algunas injusticias que son experimentadas por determinados grupos sociales, injusticias que nos mueve a repensar la noción de igualdad y de no discriminación más difundida en el ámbito del Derecho (que se entiende referida a la igualdad de trato formal). Esta reflexión cobra especial importancia si se toma en cuenta que en la sociedad existen condiciones estructurales que de algún modo constriñen nuestras posibilidades de acción y decisión; sin embargo, realidades como las descritas suelen catalogarse como opciones o como el resultado de elecciones autónomas individuales⁵. En esta medida, la respuesta que el Derecho viene dando al fenómeno de la discriminación se muestra insuficiente para lograr la igualdad de los grupos en situación de vulnerabilidad y debería ser mejorada, por ejemplo, dando cabida a constataciones sociológicas como las mencionadas⁶.

Considerando lo anterior, en este trabajo me propongo examinar si este tipo de injusticias pueden ser analizadas bajo el concepto “discriminación estructural” y si la incorporación de este concepto permitiría hacer frente, de una manera más rigurosa e integral, a la forma muchas veces sutil en que se produce la discriminación en la sociedad. Dado que el uso de este concepto es relativamente novedoso en el campo del Derecho, aún no cuenta con una definición consolidada y tampoco existe un consenso sobre las implicancias que tendría su aplicación. De ahí mi interés y justificación para emprender un estudio sobre este concepto.

Es importante señalar que este trabajo parte de considerar que para enfrentar la problemática de la discriminación resulta importante la construcción de un concepto adecuado de “discriminación estructural”, de ahí que entre los principales objetivos de

⁴ *Ibid.*, pp. 8-9.

⁵ AÑÓN ROIG, María José. “Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica”. En *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, editado por Miguel Ángel Ramiro y Patricia Cuenca, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 127 y ss.

⁶ SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores (Ebook), 2016, p. 41.

esta investigación se encuentre el analizar en qué consiste este concepto y cuáles son sus raíces filosóficas. De igual manera, será importante tener en cuenta la evolución que ha tenido la prohibición de discriminación en el discurso de los derechos humanos y determinar si el contenido del concepto “discriminación estructural” (o sistémica) representa una novedad con relación al contenido y alcances que habitualmente se atribuye a la prohibición de discriminación. Además, se buscará analizar si este concepto se ha plasmado de algún modo en el campo del Derecho.

Atendiendo a los objetivos trazados, para el desarrollo de esta investigación se utilizará el método dogmático, adoptando como punto de partida una revisión exhaustiva de la bibliografía relevante en materia de no discriminación; y, especialmente, sobre el concepto discriminación estructural. Asimismo, para el desarrollo de los aspectos conceptuales de esta investigación, serán de especial interés las reflexiones que desde la filosofía política y el feminismo radical se han realizado en torno a nociones como la de opresión, dominación y subordinación. De esta manera, se buscará dar a la presente investigación un carácter multidisciplinario.

Adicionalmente, en este trabajo se analizarán instrumentos normativos y sentencias emitidas por altas cortes. A partir de las fuentes mencionadas se buscará evidenciar que la preocupación por la discriminación estructural tiene importantes consecuencias prácticas, las cuales pueden verse reflejadas en las estrategias jurídicas de lucha contra la discriminación.

En cuanto a su estructura, este trabajo se organiza en tres capítulos. En el primer capítulo se buscará analizar la prohibición de discriminación, dando cuenta de las diferentes dimensiones de este concepto, el cual se ha ido haciendo progresivamente más amplio y más complejo a partir de una serie de calificativos que suelen acompañarlo a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario. Es el caso de la discriminación directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional y estructural.

Atendiendo al interés que en los últimos años ha ido ganando el concepto “discriminación estructural” (o sistémica), en el segundo capítulo se examinarán su raíces filosóficas, así como sus principales características y las consecuencias jurídicas que tendría su incorporación en el ámbito del Derecho. Para ello se tendrá en cuenta el desarrollo doctrinal que existe en la materia.

Finalmente, en el tercer capítulo se analizará si este concepto (o alguna de sus dimensiones) se ha incorporado al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La elección de esta experiencia responde a que la igualdad y no discriminación constituye uno de los pilares fundamentales del sistema, siendo no solo un límite a la actuación de los Estados sino también fuente de obligaciones positivas. Además, como se verá, la referencia a la discriminación estructural en este ámbito ha sido expresa y ha dado lugar a consecuencias jurídicas específicas. Por ello, en la parte final de este capítulo se llevará a cabo un análisis crítico sobre lo que ha representado para el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos la incorporación de este concepto, es decir, si ha constituido un avance en la lucha contra la discriminación.

Antes de concluir esta introducción considero importante recordar que aún en la presencia de diversos esfuerzos por parte de los Estados y de la comunidad internacional, la realidad sigue arrojando un panorama de desigualdad social y obstáculos en el ejercicio de los derechos humanos. Ante ello, una mirada estructural de la discriminación podría significar un aporte, en la medida que permitiría reconocer y enfrentar el problema de la discriminación de una manera más consistente⁷. De ahí que con este estudio se espere contribuir en alguna medida a clarificar dicho concepto.

⁷NASH, Claudio y Valeska DAVID. "Igualdad y no discriminación... ob. cit., p. 173.

CAPÍTULO 1

LOS ALCANCES DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La historia de los derechos humanos puede ser descrita como una historia de lucha contra la discriminación, lo que se ha puesto especialmente de manifiesto durante el siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI⁸. Por este motivo, no resulta extraño que la prohibición de discriminación se haya incorporado en las legislaciones domésticas de los Estados democráticos y –con frecuencia– al más alto nivel normativo, es decir, en las normas constitucionales.

Asimismo, la no discriminación se ha plasmado en numerosos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), entre otros.

Pese a su importancia, aún existe cierta ambigüedad en cuanto al sentido que debe darse a la voz discriminación pues, como señala María Ángeles Barrère, este concepto se suele definir en términos distintos según el enfoque⁹. En atención a ello, a continuación se realizará una aproximación general a los alcances de la prohibición de discriminación, poniendo especial énfasis en los avances producidos en esta materia a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinario. Además, se observará el contenido de diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos conectados a esta temática.

Cabe precisar que para el desarrollo de este capítulo se adoptará como punto de partida la idea de igualdad, considerando su estrecha vinculación con la idea de no discriminación. En segundo lugar, a partir de la conocida distinción entre concepto y concepción, se examinarán las principales concepciones que existen sobre la

⁸ ASÍS, Rafael de y Patricia CUENCA. “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”. En *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, editado por Luis Cayo Pérez Bueno, Madrid: Ediciones Cinca, 2012, p. 63.

⁹ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997, p. 22.

discriminación. Seguidamente, se hará referencia a las denominadas categorías sospechosas. Y, finalmente, se analizará la forma en que el contenido de la prohibición de discriminación se ha ido ampliando y haciendo más complejo a partir de los siguientes calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural (o sistémica).

1. La no discriminación: una idea que remite a la igualdad

Si bien el propósito de este capítulo consiste en examinar los alcances de la prohibición de discriminación, se toma como punto de partida la idea de igualdad –que constituye una temática más general y de más amplio alcance– porque la no discriminación “constituye una manifestación, y posiblemente la más intensa, del principio de igualdad y un instrumento específico para la realización de la igualdad”¹⁰. Esto se verá con mayor claridad a medida que se avance en el análisis.

Toda vez que el término “igualdad” puede ser empleado en diversos sentidos, es importante precisar que en esta investigación la igualdad no se concibe como una descripción genérica de la realidad sino como un concepto normativo (o prescriptivo)¹¹. Esto quiere decir, siguiendo a Francisco Laporta, que cuando se apela a la noción de igualdad no se está aludiendo a un estado de cosas que “es”, sino a un “deber ser”¹². Como indica el mismo autor, la igualdad constituye “un principio o ‘directiva’ genérica concerniente a cómo deben ser tratados los seres humanos”¹³.

¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 17. En un sentido similar, Claudio Nash y Valeska David consideran que la discriminación constituye “una conducta especialmente prohibida respecto del principio de igualdad”. NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En *Derechos Humanos y Juicio Justo*, editado por Claudio Nash e Ignacio Mujica, Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas – COLAM, Organización Interamericana Universitaria, 2010, p. 163.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). 7ª edición, Madrid: Trotta, 2010, pp. 78-79.

¹² LAPORTA, Francisco. “Problemas de la igualdad”. En *El concepto de igualdad*, compilado por Amelia Valcárcel, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 1994, p. 66.

¹³ LAPORTA, Francisco. “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, número 67, 1985, p. 4. Refiriéndose a esta misma cuestión, Miguel Carbonell señala que “[p]ara el ámbito de las ciencias sociales es importante recordar que cuando utilizamos el término igualdad normalmente lo hacemos en un sentido normativo y no descriptivo; es decir, cuando decimos que dos personas son iguales ante la ley lo que en realidad queremos decir es que la ley *debería* tratarlas como iguales, porque de otra manera esa ley estaría violando tal o cual artículo de la Constitución o de un tratado internacional”. CARBONELL, Miguel. “Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo”. *Revista de Derecho Público*, número 74, 2011, p. 61 (cursivas en el original).

Pese a que la idea de igualdad constituye uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo, se dice que “su importancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites”¹⁴. Sobre esta dificultad, se ha señalado lo siguiente: “es fácil advertir tras el término ‘igualdad’ la alusión a ideas, valores y sentimientos muy dispares, producto de concepciones del mundo, muchas veces, antagónicas”¹⁵.

En un sentido similar, Fernando Rey explica que: “[l]a igualdad supone, en realidad, un criterio histórico, por lo que un mismo *concepto* ha ido conociendo diversas *concepciones*, algunas de ellas no sólo diferentes entre sí sino incluso contradictorias”¹⁶. En esta línea, puede decirse que la reflexión acerca de lo que la igualdad es y lo que supone se ha visto permanentemente influenciada por los valores, principios y derechos que, en cada momento histórico, priman en una determinada sociedad¹⁷.

Así, por ejemplo, la doctrina suele hacer referencia a la concepción aristotélica de la igualdad, cuya formulación más aproximada es la siguiente: “Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece justa, y lo es, en efecto, pero no para todos sino para los desiguales”¹⁸. Esta clásica referencia a la igualdad se configura como un principio de justicia que, de manera muy simplificada, se ha sintetizado en la siguiente expresión: la igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales¹⁹.

¹⁴ LAPORTA, Francisco. “El principio de igualdad... ob. cit., p. 3.

¹⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2.^a ed. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 16-17. Como señala Silvina Ribotta, “...sostener la defensa de la igualdad, por sí solo, no explica demasiado, ya que no responde respecto a qué, sobre qué, para qué, o cómo es el reclamo igualitario”. Y agrega: “[s]e puede decir, forzando el argumento, que todos somos igualitarios en algún sentido, con lo que la afirmación por la igualdad en realidad no dice nada por sí misma”. RIBOTTA, Silvina. “La igualdad en el siglo XX. Un estudio desde las teorías de la justicia igualitarias”. En A.A.V.V. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo IV, Siglo XX, volumen IV. Valores, principios y derechos humanos, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 253-254.

¹⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 45, 2011, p. 168 (cursivas en el original).

¹⁷ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 12.

¹⁸ Aristóteles, cit. por COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 81, 2007, p. 98.

¹⁹ Para María Ángeles Barrère, “[e]sta referencia a la igualdad –proveniente de un clásico y clásica también por el uso que se ha hecho de la misma– implica concebir la igualdad como *igualdad de trato*: la igualdad justa consistirá en *tratar* igual a los iguales y desigual a los desiguales”. BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 9, 2003, p. 2 (cursivas en el original).

Ahora bien, para los fines de esta investigación, resulta especialmente relevante la comprensión moderna de la igualdad, que surgió en un contexto histórico particular: con el nacimiento de los Estados liberales de Derecho²⁰. Refiriéndose a este proceso, M. Carmen Barranco explica que, tras las revoluciones burguesas que se sucedieron en los Estados Unidos de América y en Europa, la igualdad que se plasmó en los textos de derechos humanos se entendía referida a la igualdad formal, con la que se buscaba garantizar la neutralidad del Estado. De este modo, se entendió que “a través del Derecho, no se pueden establecer diferencias entre circunstancias que en los aspectos relevantes son iguales”²¹.

Así, la igualdad surgió como una reivindicación fundamental frente a los privilegios de nacimiento y estatus propios de las sociedades jerárquicas feudales²². Por ello no es casual que el primer artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, exprese lo siguiente: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”²³. A su vez, el artículo 6 de esta misma declaración señala que:

“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes”.

Es importante destacar el cambio radical que la Revolución Francesa introdujo en la sociedad: el individuo dejó de ser un súbdito sobre el que se ejercía poder (Antiguo Régimen) y pasó a ser un sujeto conformador de dicho poder en condiciones de igualdad, es decir, pasó a ser un ciudadano²⁴. Sin embargo, en aquel momento, la ciudadanía aún era una expresión muy limitada del principio de igualdad y una muestra de ello es que

²⁰ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad...* ob. cit., p. 21.

²¹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”. En *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, editado por M. Carmen Barranco Avilés y Cristina Churruza. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 28.

²² ROSENFELD, Michel. “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional” (trad. de Javier Dorado). *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, número 6, 1998, p. 415.

²³ Para Luigi Ferrajoli la igualdad jurídica es precisamente esta igualdad en derechos. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* ob. cit., p. 81.

²⁴ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 77.

sólo eran considerados ciudadanos un número extraordinariamente reducido de individuos: esencialmente los hombres, blancos y propietarios²⁵.

Por eso se dice que el reconocimiento de la igualdad en aquel momento tuvo más que ver con la simplificación de los sistemas jurídicos, que con la igualdad de los ciudadanos²⁶. Esto se debe a que en el contexto de la sociedad estamental del Antiguo Régimen, “[I]a ley aplicable era distinta, y diferente también el tribunal que la aplicaba según la condición personal del destinatario de la norma. A cada estamento correspondían, pues, normas jurídicas diferentes y distintos tribunales”²⁷. Esto dio lugar a la fragmentación del ordenamiento jurídico y a un escenario de inseguridad jurídica que se buscaba revertir.

Es así como surgió la noción de igualdad ante la ley, entendida como “la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales”²⁸; o, dicho de otro modo, “como una identidad de posición de los ciudadanos ante la ley, como una equiparación de situaciones frente a los efectos y alcance de la ley”²⁹. En este plano, la igualdad ante la ley puede ser considerada como una dimensión del valor seguridad jurídica, pues busca crear ámbitos de certeza a fin de que las personas sepan a qué atenerse³⁰. Además, la igualdad ante la ley se identificó con los requisitos de generalidad y abstracción de las normas jurídicas, es decir, “con la exigencia de una tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos que han de servir de base para la atribución de determinadas consecuencias jurídicas”³¹.

En suma, el surgimiento de la igualdad ante la ley estuvo históricamente vinculado a la lucha contra los privilegios y estatus feudales. Asimismo, parece claro que siempre que se siguieran las formalidades establecidas, no se ponía en duda la rectitud y justicia de la

²⁵ *Ibíd.*, p. 87. Ver también FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* ob. cit., p. 80.

²⁶ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad...* ob. cit., p. 21.

²⁷ GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad”. En LÓPEZ GUERRA, Luis et al. *Derecho constitucional. Volumen 1. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 9.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 159.

²⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad...* ob. cit., p. 22.

²⁹ GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad...” ob. cit., p. 159.

³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y otros. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 284.

³¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad...* ob. cit., p. 22. En este mismo sentido, Fernando Rey señala que “[I]a concepción de la igualdad que traen las Revoluciones liberal-burguesas se funda en dos puntos: 1) la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la abolición de todos los privilegios de nacimiento, y 2) la generalidad de la ley”. REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995, p. 43.

ley³². En buena cuenta esto respondía a que, tras la Revolución Francesa, se impuso en Europa continental –y concretamente en Francia– el dogma rousseauiano de la infalibilidad de la ley, de modo que esta era considerada expresión de la voluntad general y de la soberanía del pueblo. Esta manera de concebir la ley cambió con el tiempo y en Europa continental esta variación se vio reflejada en el paso del Estado legal al Estado constitucional de derecho³³. Como señala Gustavo Zagrebelsky, refiriéndose a esta transformación: “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición”³⁴. Y uno de los aspectos que en adelante puede ser objeto de control es precisamente la adecuación de las leyes al principio de igualdad que ha sido consagrado constitucionalmente.

En cuanto al contenido de la igualdad ante la ley, la doctrina coincide generalmente en señalar que esta cuenta con dos componentes primordiales. En primer lugar “la igualdad en la aplicación de la ley”, que impone a los poderes públicos, y en particular al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, la obligación genérica de aplicar las leyes de forma igual en supuestos iguales. Y, en segundo lugar, “la igualdad en la ley” (o en el contenido de la ley), que se dirige principalmente al Poder Legislativo obligándole a tratar por igual a todas las personas al momento de la elaboración de las leyes³⁵.

Dado que el concepto de igualdad –en su proyección jurídica– ha seguido evolucionando, se ha ido superando progresivamente el concepto formal de igualdad ante

³² FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales* (trad. de Vicente Villacampa). Barcelona: Ariel, 1994, p. 19.

³³ En el Estado constitucional de Derecho la Constitución se concibe como la norma jurídica suprema del ordenamiento, cuenta con un cierto grado de rigidez, está dotada de un denso contenido material, es de aplicación directa y está jurisdiccionalmente garantizada. Vid., PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 25-32. Según este autor, dichos rasgos se inscriben en un marco jurídico-político que puede denominarse “constitucionalismo de los derechos”.

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia* (trad. de Marina Gascón). 10.^a ed., Madrid: Trotta, 2011, p. 40. Para Gustavo Zagrebelsky, esta transformación puede ser interpretada como un “cambio genético” con relación al Estado de derecho legislativo (Ibíd., p. 33). Para otros autores, sin embargo, se trataría más bien de una evolución o perfeccionamiento de dos manifestaciones del Estado de Derecho (Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 223 y ss.). Sobre el Estado de Derecho –siguiendo a Elías Díaz– cabe precisar que este presenta cuatro elementos: el imperio de la ley, la separación de poderes, el control de la legalidad de la actuación de la administración y la garantía de los derechos fundamentales (DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1969, p. 31). Además, se ha interpretado que el Estado de Derecho “supone la concurrencia, en el interior del Ordenamiento, de dimensiones formales y materiales, todas ellas inspiradas en la idea de racionalización y limitación del Poder” (ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Razón y voluntad...* ob. cit., p. 18).

³⁵ Cfr. GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad... ob. cit., p. 171.

la ley y adentrándose en el de igualdad material³⁶. Este constituye un paso importante pues la igualdad material (también denominada “sustantiva” o “real”) busca poner de manifiesto que, en la realidad, no todas las personas se encuentran en la misma situación. En el marco de un Estado social de Derecho, esto implica “el deber para los poderes públicos de establecer diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos objetivos sociales”³⁷.

Esta manera de entender la igualdad ha dado lugar a que se incorporen nociones como la de igualdad de oportunidades e igualdad de resultados. Sobre la primera, Norberto Bobbio ha explicado que la igualdad de oportunidades “apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales”³⁸. Por su parte, la igualdad de resultados se corresponde con aquellas medidas que “pretenden de manera directa satisfacer aspectos de la competición o conquistas vitalmente significativas”³⁹. En ese sentido, como explica Rafael de Asís, la diferencia entre la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados puede ser descrita tomando como referente la distinción que existe entre la igualdad en el punto de partida y la igualdad en el punto de llegada, respectivamente^{40 41}.

También dentro de esta evolución, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, tuvo lugar la incorporación de la prohibición de discriminación en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Entre los motivos de discriminación enunciados expresamente figuran: la raza u origen étnico, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social,

³⁶ *Ibíd.*, p. 160.

³⁷ REY MARTÍNEZ, Fernando. *¿De qué hablamos... ob. cit.*, p. 170.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993, p. 78.

³⁹ ASÍS ROIG, Rafael de. “La igualdad en el discurso de los derechos”. En *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, coordinado por José Antonio López García y J. Alberto del Real. Madrid: Dykinson, 2000, p. 163.

⁴⁰ *Ibíd.* Si bien en ocasiones puede ser difícil distinguir la igualdad de oportunidades de la igualdad de resultados, siguiendo a Rafael de Asís y Patricia Cuenca es posible afirmar que, entre ambas, la igualdad de oportunidades es la que cuenta con un uso más consolidado en la práctica jurídica pues “se presenta como justificada desde una óptica universal. Con ello, lo que se quiere afirmar es que es posible defender una igualdad de oportunidades en todo, siendo en cambio difícil defender una igualdad de resultados en todo”. ASÍS, Rafael de y Patricia CUENCA. “La igualdad de oportunidades... ob. cit.”, p. 62.

⁴¹ Otra propuesta en torno a la igualdad sustantiva puede encontrarse en Sandra Fredman, quien concibe la igualdad como un concepto multidimensional que persigue cuatro objetivos superpuestos: a) romper el ciclo de desventaja asociado al estatus o a la pertenencia a determinados grupos; b) promover el respeto de la dignidad, removiendo estereotipos sociales; c) alcanzar un cambio estructural; y, d) promover una participación social y política plena. Vid. FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2ª ed., New York: Oxford University Press, 2011, pp. 25 y ss.

la posición económica, entre otras. Pero ¿cuál es el sentido que debe darse a la prohibición de discriminación? Como se verá en el siguiente apartado, no se trata de una cuestión pacífica.

2. Concepciones de la discriminación

Esta sección lleva por título “concepciones” de la discriminación, a fin de plantear la posible aplicación a este problema de la conocida distinción entre concepto y concepción empleada por Ronald Dworkin a propósito de la interpretación constitucional⁴². Esta misma distinción ha sido posteriormente aplicada por otros autores en el campo de los derechos humanos. Es el caso de Pérez Luño, quien señala que:

“Reducida a sus elementos más simples dicha distinción se cifra en que mientras el *concepto* alude al significado teórico y general de un término, la *concepción* hace referencia a la forma de llevar a la práctica un concepto. Cuando apelo a un concepto –indicará Dworkin– planteo un problema; cuando formulo una concepción intento resolverlo”⁴³.

También Prieto Sanchís ha recurrido a este doble acercamiento para explicar su punto de vista sobre los derechos humanos:

“...la idea que quiero sugerir es que los derechos humanos, como categoría ética, cultural e histórica –es decir, prenortativa– no constituye una concepción cerrada y acabada de la que puedan beber los ordenamientos positivos, sino un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos; y, en consecuencia, no existe una formulación canónica ni una forma exclusiva de respetar las exigencias derivadas de tales derechos”⁴⁴.

Algo similar ocurre con la discriminación pues aún existe cierta ambigüedad en cuanto al sentido que debe dársele. Así, por ejemplo, en el discurso jurídico moderno se suele distinguir entre un “sentido amplio” y un “sentido estricto” de la discriminación. Según esta clasificación –que es una de las más difundidas– la diferencia radica en que mientras la discriminación en sentido amplio hace referencia a toda infracción del principio general de igualdad, la discriminación en sentido estricto se refiere a aquella violación de la

⁴² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, pp. 132 y ss.; *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, pp. 70 y ss.

⁴³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, 1987, p. 47 (cursivas en el original).

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre los derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 91.

igualdad en la que, además, concurre alguno de los criterios de diferenciación prohibidos por el ordenamiento, como son el sexo, la raza, la religión, entre otros⁴⁵.

Sin embargo, no es esta la única clasificación posible pues algún sector de la doctrina se ha referido también al carácter intragrupal o intergrupalo que se puede dar a la discriminación⁴⁶. Por este motivo, a fin de dar cuenta de las diferencias mencionadas, a continuación, se presentan cuatro diferentes usos de la voz discriminación.

a) La discriminación como trato diferenciado (neutro)

La discriminación puede ser entendida como un sinónimo de *diferenciación*, con lo cual no lleva aparejada una connotación positiva o negativa, favorable o desfavorable, justa o injusta. Bajo esta concepción, la voz discriminación puede ser considerada como un término *neutro*⁴⁷.

Esta manera de entender la discriminación se ve reflejada en el uso de expresiones como “discriminación arbitraria” y, en el polo opuesto, “discriminación positiva”. En ambos casos la voz discriminación se presenta como un término neutral y es la presencia de los calificativos “arbitraria” y “positiva” la que pone de manifiesto que la primera, a diferencia de la segunda, constituye una diferenciación no justificada, desfavorable o injusta.

b) La discriminación como diferenciación injusta

Si desde la perspectiva anterior se considera que las palabras *discriminar* y *diferenciar* son neutrales y tienen un mismo significado, existen autores que, por el contrario, establecen una clara diferencia entre ambas.

Es el caso de García Morillo, quien se ha referido a esta cuestión al desarrollar el contenido de la igualdad en la ley, que –como se ha señalado– impone a los poderes públicos, y en particular al Poder Legislativo, la obligación de tratar a todos por igual⁴⁸. Según este autor, dicha exigencia no impide que puedan establecerse tratamientos

⁴⁵ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad...* ob. cit., pp. 14-15; REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental...* ob. cit. p. 56.

⁴⁶ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Igualdad y discriminación positiva...” ob. cit., pp. 10-11.

⁴⁷ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...* ob. cit., p. 19.

⁴⁸ La igualdad en la ley (junto con la igualdad en la aplicación de la ley) constituye uno de los componentes primordiales de la *igualdad ante la ley*. Ver, al respecto, el punto número 1 de este capítulo.

diferenciados; pero siempre que exista una fundamentación objetiva y razonable, de lo contrario, se estaría ante una norma arbitraria y, por tanto, discriminatoria⁴⁹. Así entendida, la discriminación no constituye un término neutro, por el contrario, tiene un significado peyorativo pues se concibe como una diferenciación injusta o arbitraria.

c) La discriminación como fenómeno de carácter intragrupal

La voz discriminación también puede ser usada para designar una ruptura de la igualdad producida en el trato de personas entre las que no se advierten diferencias de estatus o de poder, de ahí que hayan sido calificadas como *intragrupales* pues tienen lugar al interior de un mismo grupo.

Para ilustrar este supuesto, Barrère Unzueta propone el siguiente ejemplo: dos personas, ambos varones, deciden postular a un mismo puesto de trabajo teniendo los mismos méritos y capacidad; sin embargo, la persona encargada del proceso de selección rechaza a uno de los postulantes porque le recuerda a una persona que le resulta antipática. El criterio empleado por la persona encargada del proceso de selección resulta peregrino o caprichoso y el postulante que fue rechazado puede considerar que ha sido injustamente tratado con relación al otro postulante, pero –como señala Barrère Unzueta– esta diferencia injusta no tiene, en principio, una base grupal⁵⁰.

d) La discriminación como fenómeno de carácter intergrupala

La palabra discriminación también puede designar la ruptura de la igualdad que se da en el trato de personas que pertenecen a grupos entre los que sí se advierte una diferencia de estatus o de poder.

⁴⁹ GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad... ob. cit., p. 165. Al reflexionar sobre los límites o fronteras entre un trato diferenciador y un trato discriminatorio, García Morillo precisa lo siguiente: “En conclusión, la cláusula de la igualdad ante la ley no impide, pues, otorgar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos siempre que se den las siguientes condiciones: en primer lugar, que esos ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad razonable y constitucionalmente admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; en tercer lugar, que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación–, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una adecuación interna; en cuarto lugar, en fin, que esa relación sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una manifiesta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en otro caso, el otorgar un trato desigual resultará una discriminación vetada por la Constitución”. *Ibíd.*, pp. 167-168.

⁵⁰ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Igualdad y discriminación positiva... ob. cit., pp. 10-11.

Para ilustrar esta situación se retomará el ejemplo anterior, pero con una importante diferencia: esta vez las dos personas que postulan al mismo puesto de trabajo, teniendo los mismos méritos y capacidad, son un hombre y una mujer. Siguiendo con el ejemplo, en esta oportunidad la persona encargada del proceso de selección decide contratar al postulante hombre y lo hace porque presume que la postulante mujer no podrá dedicar horas extras al trabajo debido a las labores de cuidado que seguramente deberá realizar en su hogar. Este es un supuesto distinto del anterior porque en este caso la postulante mujer no es contratada “por lo que significa e implica social y laboralmente pertenecer al ‘grupo de mujeres’”⁵¹.

Recapitulando, se advierte que con el término *discriminación* se puede hacer referencia a cualquier diferencia de trato (discriminación como diferenciación), pero también se puede hacer referencia a aquellas diferencias de trato no justificadas, desfavorables e injustas (discriminación como trato arbitrario). Asimismo, la discriminación puede ser entendida como un fenómeno de carácter *intragrupal*, esto es, que se proyecta sobre individuos pertenecientes a un mismo grupo; pero también puede tener un carácter *intergrupal*, lo que implica que se proyecta sobre las personas debido a su pertenencia a determinados grupos sociales⁵².

Desde una perspectiva crítica, Barrère Unzueta ha cuestionado el uso de un mismo término para hacer referencia a fenómenos tan distintos. En opinión de la autora el uso de la voz *discriminación* debería quedar reservado para designar aquellas infracciones de la igualdad no justificadas e injustas, perdiendo así su carácter neutral. Asimismo, la discriminación no estaría referida a aquellas desigualdades que se producen entre sujetos de un mismo grupo (desigualdad intragrupal), sino a aquellas que se producen entre individuos pertenecientes a grupos entre los que se advierten diferencias de estatus o de poder (desigualdad intergrupala)⁵³.

Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de esta investigación, se acoge la propuesta de Barrère Unzueta que concibe la discriminación como un fenómeno injusto de carácter intergrupala. A mi juicio, esta concepción es la más compatible con el abordaje

⁵¹ *Ibíd.*, p. 11.

⁵² En este último caso –y atendiendo a la historia de discriminación que pesa sobre determinados colectivos– se suelen considerar como categorías sospechosas: la raza u origen étnico, el sexo, la religión, la edad, el origen nacional, la discapacidad, entre otras. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

⁵³ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Igualdad y discriminación positiva... ob. cit., p. 13.

de la discriminación entendida como un fenómeno de carácter estructural, cuestión sobre la que se volverá al final de este capítulo.

Desde este posicionamiento –y atendiendo a la carga emotiva negativa de la palabra “discriminación”– Barrère Unzueta ha criticado el uso que se hace de expresiones como “discriminación positiva” o “discriminación inversa” para hacer referencia a las medidas de acción afirmativa⁵⁴. Al respecto, cabe precisar que las *acciones afirmativas* (también denominadas *acciones positivas*) son aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto otorgar a ciertos grupos sociales un trato favorable que les permita superar la situación de desigualdad real en que se encuentran. Dado que estas medidas están justificadas, el uso de expresiones como “discriminación positiva” o “discriminación inversa” para designarlas puede dar lugar a confusiones y, en el peor de los casos, puede conducir a que se descarten⁵⁵.

3. Las categorías sospechosas de discriminación

Se denomina “categorías sospechosas” a una serie de criterios de diferenciación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente excluidos o marginados. Tanto a nivel nacional como internacional las normas que prohíben la discriminación (constituciones, tratados, leyes, reglamentos, etc.) suelen incluir una lista enunciativa –no taxativa– de dichos factores.

Por ejemplo, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁶ señala que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en ella “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Una redacción similar tiene el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 18 y ss.

⁵⁵ Por este motivo se ha denunciado que el uso de la palabra “discriminación” en estos casos no sería inocente, sino ideológico, pues estaría orientado a deslegitimar la adopción de este tipo de medidas. *Ibíd.*, pp. 24-25.

⁵⁶ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 diciembre de 1948.

Políticos (PIDCP)⁵⁷ y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁵⁸, entre otros tratados.

Refiriéndose a la experiencia española –que también contiene una lista abierta de categorías sospechosas de discriminación⁵⁹– García Morillo dice lo siguiente: “[p]arece claro que la intención del constituyente es evitar toda discriminación por *cualquier circunstancia personal o social*, entendiendo que tales diferencias de trato carecen, en principio, de una justificación objetiva y razonable”⁶⁰. No obstante, el constituyente ha optado por mencionar expresamente algunos factores que se distinguen por su carácter particularmente odioso y atentatorio contra la dignidad humana,

“...bien porque históricamente han sido con frecuencia causa de discriminación, bien porque su arraigo social les hace particularmente susceptibles de constituir, aún hoy en día, un motivo de discriminación o bien, en fin, porque los sectores en él mencionados se encuentran en una situación fáctica de inferioridad en la vida social”⁶¹.

Pese a los avances que se han producido en esta materia, el ordenamiento jurídico aún muestra dificultades para identificar correctamente los motivos específicos por los que las personas son discriminadas. Como señala Añón Roig “la cuestión nodal sigue siendo la identificación de sujetos, clases y categorías”⁶².

A nivel internacional, en el ámbito del Sistema de Naciones Unidas, el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales se ha referido a esta cuestión en su Observación General N.º 20, al interpretar los alcances del artículo 2.2 del PIDESC⁶³:

⁵⁷ El texto del artículo 2.1 de este PIDCP dice lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁵⁸ El texto del artículo 2.2 del PIDESC establece lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁵⁹ De conformidad con el artículo 14 de la Constitución española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁶⁰ GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad... ob. cit., p. 168 (cursivas en el original).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² AÑÓN ROIG, María José. “Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio”. En *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX. Tomo IV, vol. V, libro II*, coordinado por Alberto Iglesias Garzón, Madrid: Dykinson, 2013, p. 614.

⁶³ Este artículo ha sido citado anteriormente (nota 58).

“El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en ‘otra condición social’ exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”⁶⁴.

A partir de este razonamiento, el Comité ha interpretado que otros posibles motivos prohibidos de discriminación –no expresamente previstos en el PIDESC– serían la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil y situación familiar, la orientación sexual e identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia, la situación económica y social, entre otros⁶⁵.

En la misma observación general, este comité ha interpretado que para determinar si una persona está comprendida en una categoría sospechosa, “la decisión se basará, a menos que exista una justificación para no hacerlo, en la autoidentificación del individuo en cuestión”⁶⁶. Asimismo, ha precisado que dicha pertenencia también incluye:

“...la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos (por ejemplo, el hecho de ser progenitor de un niño con discapacidad) o la percepción por otras personas de que un individuo forma parte de uno de esos grupos (por ejemplo, en el caso de una persona cuyo color de piel se asemeje al de los miembros de un grupo o que apoye los derechos de un grupo o haya pertenecido a ese grupo)”⁶⁷.

De otro lado, resulta relevante examinar cuáles serían las consecuencias prácticas de la identificación de una categoría sospechosa. Para Courtis, entre las consecuencias más frecuentes se encontrarían: “la inversión de la carga probatoria, el establecimiento de una presunción de invalidez de la distinción y la necesidad de justificación estricta de la medida”⁶⁸. Asimismo, la doctrina ha interpretado que la identificación de una categoría sospechosa como criterio de diferenciación resulta relevante en el desarrollo del denominado “juicio de igualdad”.

⁶⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)*. 42º periodo de sesiones, 2009, párr. 27.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 28 y ss.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 16.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ COURTIS, Christian. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”. *Revista Derecho del Estado*, número 24, 2010, p. 122.

Sobre este juicio, cabe precisar que uno de sus esquemas argumentativos más conocidos es el seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que Añón Roig sintetiza de la siguiente manera:

“...el juicio de igualdad comprende fundamentalmente tres fases. *La primera es realmente una pre-fase en la que se debe determinar la intensidad del juicio (estricto, intermedio o de mínimos)*. La segunda fase consiste en que el tribunal aprecie si existe suficiente causa para la acción, si existe una situación de trato desigual que requiere justificación; para ello examina la racionalidad de la norma, su fundamento o razón de ser. En la tercera, el tribunal establece la validez de la justificación y su suficiencia para la distinción. El Tribunal Europeo lo hace sobre la base de dos cuestiones: si la distinción persigue un objetivo legítimo y si existe proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que debe ser realizado”⁶⁹.

Partiendo de este esquema argumentativo –que, como se ha señalado, no es el único⁷⁰– la identificación de una categoría sospechosa de discriminación resulta relevante desde el primer momento porque permite determinar la intensidad que se aplicará al juicio. Siguiendo a Giménez Gluck, esta identificación puede dar lugar a dos niveles de juicios agravados: “un juicio estricto para las normas que perjudican a estos colectivos y un juicio intermedio entre el de ‘mínimos’ y el estricto para las normas que benefician a los mismos”⁷¹.

4. La discriminación y sus calificativos

Esta sección está dedicada a dar cuenta de la amplitud y complejidad que ha ido ganando la prohibición de discriminación en los últimos años a partir de una serie de calificativos que están presentes, de una u otra manera, en las normas, la jurisprudencia y la doctrina. Como se verá, las diversas modalidades de discriminación que a continuación se presentan han ido enriqueciendo la propia comprensión de este concepto.

⁶⁹ AÑÓN ROIG, María José. “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., p. 636 (cursivas agregadas).

⁷⁰ También resulta ilustrativo el trabajo de Bernal Pulido en esta materia pues analiza los criterios desarrollados y aplicados por la Corte Constitucional colombiana en tres diversas versiones del denominado *test* o juicio de igualdad. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. En *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*), editado por Juan Vega y Edgar Corzo, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 57 y ss.

⁷¹ GIMÉNEZ GLUCK, David. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 173.

4.1. Discriminación directa y discriminación indirecta

La discriminación directa hace referencia a aquella situación en la que una persona o grupo de personas recibe un trato diferenciado y perjudicial sobre la base de una categoría sospechosa, la cual es invocada explícitamente como motivo de la distinción o exclusión. También, inversamente, cuando se omite cumplir con una obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente⁷².

De otro lado, se configura un supuesto de discriminación indirecta cuando un tratamiento diferenciado se basa en un motivo aparentemente “neutro”, pero cuya aplicación tiene un impacto perjudicial e injustificado sobre los miembros de un determinado grupo o colectivo protegido por una cláusula antidiscriminatoria⁷³. De ahí que a este tipo de discriminación también se la denomine “de impacto”.

Como señala Barrère Unzueta, la idea de que la discriminación puede ser directa o indirecta pone énfasis en la forma en que se manifiesta la discriminación y contribuye a detectarla⁷⁴. Esto es especialmente relevante en el caso de la discriminación indirecta, que –a diferencia de la discriminación directa– no se presenta generalmente de manera explícita, clara o evidente. Para ilustrar esta afirmación se puede pensar en el siguiente ejemplo.

En un determinado país las escuelas de formación militar establecen como requisito mínimo para el ingreso –entre otras exigencias– medir al menos 1.68 metros de estatura. Esta norma es aparentemente neutra pues, en principio, la estatura no es considerada una categoría sospechosa y se aplicará por igual a todas las personas que decidan postular. Sin embargo, si la estatura promedio en dicho país es de 1.70 metros para los hombres y 1.65 metros para las mujeres, es claro que este requisito tendrá un impacto diferenciado y desfavorable para las mujeres, obstaculizando de manera desproporcionada su ingreso a las escuelas de formación militar. Por tanto, de no existir ninguna causa objetiva y razonable que justifique una exigencia de esta naturaleza, con esta medida se habrá configurado un supuesto de discriminación *indirecta* por razón de sexo.

Un supuesto distinto del anterior se configuraría si las escuelas de formación militar establecieran abiertamente y sin justificación alguna que sólo admitirán a postulantes

⁷² AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., p. 646.

⁷³ *Ibid.*, p. 649.

⁷⁴ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...* ob. cit., p. 24.

hombres, quedando las mujeres expresamente excluidas de la carrera militar. En este caso es evidente que se habría configurado un supuesto de discriminación *directa* por razón de sexo.

Uno de los aspectos a los que la doctrina ha prestado especial atención al hacer referencia a estas dos modalidades de discriminación es la intencionalidad. Así, se podría pensar –atendiendo a sus características– que la discriminación directa es deliberada, mientras que la discriminación indirecta es inconsciente; sin embargo, esto no es exacto⁷⁵. Si se retoma el primer ejemplo propuesto, se advierte que –al menos teóricamente– en dicho supuesto caben ambas posibilidades: que el requisito de la estatura haya sido establecido precisamente con la intención de excluir a un importante número de mujeres; o, por el contrario, que la estatura se hubiera establecido sin tomar en cuenta el impacto que este requisito tendría sobre las postulantes mujeres. En cualquier caso, es decir, haya existido o no intencionalidad, se habría configurado un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo.

Una importante sentencia que la doctrina suele citar al analizar esta cuestión es el caso *Griggs v. Duke Power Company*, resuelto por Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América en el año 1971. Este caso fue promovido, a través de una *class action*⁷⁶, por un grupo de trabajadores afroamericanos que buscaban que se analizara si estaba permitido que un empleador –en este caso una empresa– estableciera, como requisito para la contratación o el ascenso de los trabajadores, exigencias como la de haber completado la educación secundaria o superar determinadas pruebas de inteligencia.

Al analizar el caso, el Tribunal Supremo constató que ninguno de estos dos requisitos era relevante para determinar si el trabajador estaba o no calificado para desempeñar el trabajo. Además, pese a que formalmente dichos requisitos se presentaban como neutros, no lo eran en la práctica pues operaban en perjuicio de los trabajadores afroamericanos, quienes por mucho tiempo tuvieron acceso a una educación de menor calidad debido a la segregación en las escuelas. Por tanto, pese a que el propósito del empleador no hubiera sido discriminar, lo cierto es que se había configurado una barrera arbitraria e innecesaria

⁷⁵ *Ibid.*, p. 25.

⁷⁶ Como explica Barrère Unzueta, “[l]as *class actions* constituyen una institución procesal originaria del *Common law* y de gran importancia en el Derecho estadounidense que capacita a un individuo para actuar en nombre propio y en el de un grupo o ‘clase’ de personas que se encuentran en una situación similar”. *Ibid.*, p. 42.

para el acceso al empleo de la población afroamericana, por lo que esta práctica debía ser removida.

Como señala Barrère Unzueta, con este caso el Tribunal Supremo “empieza a considerar discriminatoria la contratación empresarial en términos de efectos o consecuencias pero, sobre todo, al margen de la intencionalidad”⁷⁷. En ese sentido, “[n]o es que la discriminación indirecta se caracterice por ser *no intencional*, sino –se insiste– por conceptualizarse *al margen* de la intencionalidad discriminatoria”⁷⁸. De ahí que el caso *Griggs v. Duke Power Company* sea considerado un hito importante en la formación del concepto discriminación indirecta⁷⁹.

Actualmente, la clasificación que distingue entre la discriminación directa e indirecta es una de las más difundidas. Así, por ejemplo, estos conceptos se pueden encontrar en el ámbito internacional en tratados como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ICERD)⁸⁰ y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁸¹. En ambas convenciones la discriminación es definida como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en una categoría sospechosa (raza y sexo, respectivamente) que tenga por objeto *o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, de los derechos y libertades en todas las esferas. Así, al tomar en cuenta el resultado (o el impacto) de un tratamiento diferenciado, estos dos instrumentos se remiten a la idea de discriminación indirecta.

Otro instrumento internacional que conviene mencionar es el PIDCP⁸². Si bien este Pacto no contiene una definición del término “discriminación”, el Comité de Derechos

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 42-43.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 43 (cursivas en el original). El caso *Griggs v. Duke Power Company* constituye un ejemplo de aplicación de la teoría norteamericana denominada *disparate impact*, que en el ámbito europeo se considera identificable con el concepto discriminación indirecta, mientras que la teoría del *disparate treatment* se suele identificar con el concepto discriminación directa. Sin embargo, con relación a esta identificación se ha efectuado la siguiente salvedad: “En realidad, cuando la doctrina estadounidense se refiere al *disparate treatment* y al *disparate impact* no habla estrictamente de conceptos, sino de ‘teorías generales’ del Tribunal Supremo sobre lo que constituye discriminación proscrita por el Título VII de la *Civil Right Act*. Sin entrar en la oportunidad del empleo del término ‘teoría’ en este caso, la matización es importante porque la complejidad de ambas figuras es mayor de la que a primera vista pudiera darse a entender hablando simplemente de conceptos”. *Ibid.*, p. 40.

⁷⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando. “¿De qué hablamos... ob. cit., p. 175.

⁸⁰ Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965.

⁸¹ Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

⁸² Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Humanos –creado en virtud del mismo tratado, para supervisar su aplicación– ha tomado como referencia el contenido de las dos convenciones antes mencionadas (ICERD y CEDAW), de manera que también considera como discriminatorio todo tratamiento diferenciado basado en una categoría sospechosa que tenga por objeto *o por resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho o libertad⁸³.

Igualmente, se ha referido a esta cuestión el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, que supervisa la implementación del PIDESC⁸⁴. En su Observación General N.º 20, este comité interpretó que “[t]anto las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto”⁸⁵. Seguidamente señaló que se configura un supuesto de discriminación directa cuando “un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación”⁸⁶. Mientras que la discriminación indirecta “hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación”⁸⁷.

De otro lado, la dicotomía discriminación directa/indirecta también está presente en varias directivas de la Unión Europea⁸⁸. Una de ellas es la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio del año 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Según esta directiva, existe discriminación directa cuando “por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en

⁸³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N.º 18. *No discriminación*. 37º periodo de sesiones, 1989, párr. 6-7.

⁸⁴ Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

⁸⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N.º 20... cit., párr. 10.

⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 10-a. Cabe precisar que, para este Comité, la discriminación es directa cuando la diferencia de trato se funda en alguna categoría sospechosa; y esto puede ocurrir incluso en aquellos casos en que no exista una situación similar comparable. Al respecto, el Comité propone como ejemplo el caso de una discriminación por embarazo.

⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 10-b.

⁸⁸ Como explica Giménez Gluck, estos dos conceptos han estado presentes en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) desde hace varias décadas. Cfr. GIMÉNEZ GLUCK, David. “La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la Multidiscriminación”. En *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, coordinada por Rosario Serra, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 49.

situación comparable”⁸⁹. Adicionalmente, esta directiva señala que se configura un supuesto de discriminación indirecta cuando:

“...una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”⁹⁰.

Definiciones similares se encuentran contenidas en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre del año 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual⁹¹; y en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁹².

Un caso que resulta relevante en este ámbito es el asunto Coleman, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el 17 de julio de 2008⁹³, en respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por Reino Unido. En su sentencia, el TJUE interpretó que la prohibición de discriminación directa por motivos de discapacidad no se circunscribía únicamente a aquellas personas que tuvieran ellas mismas algún tipo de discapacidad. Así, se reconoció que la discriminación por asociación es una forma de

⁸⁹ Artículo 2.2.a. de la Directiva 2000/43/CE.

⁹⁰ Artículo 2.2.b. de la Directiva 2000/43/CE.

⁹¹ A efectos de esta directiva, existirá discriminación directa “cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 [religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual]” (artículo 2.2.a). De otro lado, existirá discriminación indirecta cuando “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: (i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que (ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica” (artículo 2.2.b).

⁹² A efectos de esta directiva, se entenderá por discriminación directa “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable” (artículo 2.1.a). A su vez, se entenderá por discriminación indirecta: “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios” (artículo 2.1.b).

⁹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala). *S. Coleman contra Attridge Law y Steve Law*. Sentencia de 17 de julio de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal – Reino Unido). Asunto C-303/06.

discriminación directa. Esto resultaba muy importante para la resolución del caso, puesto que en el proceso principal la demandante alegaba haber sido discriminada por su empleador debido a que era la madre de un niño con discapacidad.

4.2. Discriminación por indiferenciación

Este tipo de discriminación se configura cuando no se trata de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas o grupos de personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas⁹⁴. Esta es una aproximación que resulta relativamente novedosa porque, como advierte Rafael de Asís, “normalmente se tiende a justificar sólo la diferencia y no el trato uniforme, seguramente por la presencia de la idea de igualdad formal en el propio concepto de Derecho”⁹⁵.

También Cobreros Mendazona se ha referido al cambio que supone la introducción de este concepto, pues “[s]i bien no hay problemas (cumplidos ciertos requisitos) en aceptar que una regulación pueda ser discriminatoria por establecer una determinada diferencia de régimen, sin embargo no se admite que pueda resultar discriminatorio el no diferenciar ante situaciones distintas”⁹⁶. Siguiendo al mismo autor, la aproximación tradicional resulta problemática porque “el trato uniforme de lo diferente no existe como problema jurídico (diluyéndose, a lo más, en una casi inaprensible arbitrariedad legislativa) y el particular afectado se ve muy mermado de vías efectivas de reacción y planteamiento jurisdiccional de su conflicto”⁹⁷.

Un caso en el que se acoge este concepto –aunque sin enunciarlo expresamente– es el asunto *Thlimmenos v. Grecia*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) mediante sentencia de fecha 6 de abril de 2000⁹⁸. La demanda fue promovida por el señor Iakovos Thlimmenos ante la negativa de las autoridades griegas de adjudicarle una plaza de auditor contable debido a que había sido declarado culpable de

⁹⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Pensamiento Constitucional*, número 17, 2012, p. 292.

⁹⁵ ASÍS ROIG, Rafael de. “La igualdad en el discurso de los derechos”. En *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, coordinado por José Antonio López García y J. Alberto del Real. Madrid: Dykinson, 2000, p. 159.

⁹⁶ COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Discriminación por indiferenciación... ob. cit., p. 72.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 78.

⁹⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto Thlimmenos v Grecia* (Solicitud N.º 34369/97), sentencia de fecha 6 de abril de 2000. Entre quienes sitúan este caso como un supuesto de discriminación por indiferenciación figuran: AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., pp. 660-661; COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Discriminación por indiferenciación... ob. cit., pp. 79-86; REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación racial... ob. cit., p. 292.

un delito. Al respecto, cabe efectuar dos precisiones. En primer lugar, que la legislación griega vigente en aquel momento establecía que no podía ser auditor contable quien no cumpliera con los requisitos para acceder a la función pública; y, a su vez, uno de dichos requisitos consistía en no haber sido declarado culpable de ningún delito. En segundo lugar, con relación al delito cometido, es importante señalar que el señor Thlimmenos había sido condenado penalmente por el delito de insubordinación, debido a que se había negado a llevar uniforme militar en una época de movilización general; ello, debido a sus convicciones religiosas, pues era testigo de Jehová.

Al analizar el caso, el TEDH se remitió al artículo 14 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante Convenio Europeo), según el cual el goce de los derechos y libertades reconocidos en dicho convenio, “ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Hasta ese momento, el TEDH había interpretado que se transgredía el citado artículo cuando los Estados trataban de manera diferente a personas en situaciones análogas, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Esta interpretación fue ampliada por el TEDH en esta sentencia, pues señaló que el artículo 14 del Convenio Europeo también se transgrede cuando “sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente o significativamente diferentes”⁹⁹.

Este era precisamente el caso del señor Thlimmenos pues –a juicio del TEDH– no existía justificación objetiva y razonable para no tratarlo de forma diferente que a las demás personas que habían sido condenadas por algún delito. Ello, teniendo en cuenta que la razón por la que el demandante se había rehusado a llevar uniforme militar era debido a sus convicciones religiosas. Por tanto, el TEDH resolvió el caso favorablemente para el demandante y concluyó que se había configurado una violación del artículo 14 del Convenio Europeo en relación con el artículo 9 del mismo tratado, que garantiza el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹⁰⁰.

⁹⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto Thlimmenos v Grecia...* cit., párr. 44.

¹⁰⁰ El artículo 9 de la Convenio Europeo dice lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos.

Siguiendo a Cobreros Mendazona, en este caso se habría configurado un supuesto de “discriminación por indiferenciación en la ley” pues la vulneración fue ocasionada por una ley que no contempló una excepción o un trato diferenciado para un supuesto que lo ameritaba¹⁰¹. En un sentido similar ha opinado Añón Roig, quien considera que la discriminación por indiferenciación es una tipología de discriminación legal, pues es provocada por el propio legislador cuando “al regular un determinado ámbito no hace una diferenciación entre situaciones que exigirían distinto tratamiento”¹⁰². Entonces, el argumento para valorar este tipo de discriminación es –como señala Añón Roig– la consideración de que el legislador no ha tomado en cuenta alguna propiedad relevante, estando constitucionalmente obligado a hacerlo¹⁰³.

Ahora bien, sobre la influencia o consolidación que esta interpretación ha tenido en la posterior jurisprudencia del TEDH, existen posturas dispares a nivel de la doctrina. Así, por ejemplo, Cobreros Mendazona considera que se puede decir con rotundidad que esta sentencia no ha caído en el olvido pues el TEDH la ha tenido presente en casos posteriores, aunque no haya declarado nuevamente la existencia de una violación del artículo 14 del Convenio Europeo por esta causa¹⁰⁴. Para Rey Martínez, por el contrario, no se trata de una doctrina consolidada, pues el TEDH solo la aplicó en este caso con el fin de alcanzar una solución justa: “[m]ás allá de él [del caso *Thlimmenos v. Grecia*], no le aventuro un gran futuro, aunque sean citadas algunas afirmaciones de la Sentencia de modo frecuente”¹⁰⁵, dice el autor.

Asimismo, es importante tener en consideración que no todos los ordenamientos jurídicos reconocen este tipo de discriminación. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha interpretado que la discriminación por indiferenciación resulta ajena al núcleo de protección del artículo 14 de la Constitución española¹⁰⁶. A su juicio, “el principio de igualdad no consagra un derecho a la desigualdad de trato [...], ni ampara la falta de

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los terceros”.

¹⁰¹ COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Discriminación por indiferenciación... ob. cit., p. 83.

¹⁰² AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., p. 660.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 662.

¹⁰⁴ COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Discriminación por indiferenciación... ob. cit., pp. 84-85.

¹⁰⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación racial... ob. cit., p. 292.

¹⁰⁶ Este artículo ha sido citado con anterioridad (nota 59).

distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual”¹⁰⁷.

Finalmente, cabe señalar que desde un punto de vista estructural y a efectos de su enjuiciamiento, la discriminación por indiferenciación puede ser similar a la denominada “discriminación por omisión”¹⁰⁸. Sin embargo, el concepto discriminación por omisión pone el acento en una cuestión distinta a la examinada en esta sección pues evoca el binomio acción/omisión; y, por tanto, enfatiza el hecho de que la discriminación puede tener su origen tanto en un *hacer* como en un *no hacer*¹⁰⁹. El concepto discriminación por indiferenciación –como se ha explicado– evoca otro binomio: que la discriminación no sólo se produce cuando se trata de manera diferente a quienes se encuentran en la misma situación (discriminación por diferenciación), sino también cuando se trata de la misma manera a quienes se encuentran en situaciones sustancialmente distintas (discriminación por indiferenciación)¹¹⁰.

4.3. Discriminación interseccional (o múltiple)

El concepto discriminación interseccional busca poner de manifiesto que los distintos factores de discriminación pueden presentarse *a la vez*, dando lugar a una expresión de la discriminación que, por sus características, merece un análisis particular. En ese sentido, Añón Roig explica que el desarrollo doctrinal de este concepto tiende a subrayar la tesis de que “nos encontramos ante dos o más fuentes de discriminación que al combinarse dan

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia N.º 117/2006, de 24 de abril, FJ 2.

¹⁰⁸ Cfr. BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”. En MESTRE, Ruth (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 58; *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...* ob. cit., p. 34; AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., p. 662; BARRÈRE María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 45, 2011, p. 38.

¹⁰⁹ De ahí que, para Courtis, un ejemplo de discriminación por omisión sea la denegación injustificada de un ajuste razonable en perjuicio de una persona con discapacidad (COURTIS, Christian. “Dimensiones conceptuales... ob. cit., p. 110). Sin embargo, sobre este ejemplo, cabe precisar que en el estado actual del desarrollo de esta cuestión y sobre todo a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la denegación injustificada de un ajuste razonable puede ser considerada una discriminación directa. El calificativo “por omisión” sería, en este caso, un dato adicional acerca del origen de la discriminación (un “no hacer”), pero no sería indispensable para identificar este supuesto como discriminatorio.

¹¹⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación racial... ob. cit., p. 292.

lugar a una situación de desigualdad cualitativamente distinta de la suma de las partes o de las formas de discriminación consideradas por separado”¹¹¹.

Este es un enfoque que resulta relativamente novedoso porque, como señala Rey Martínez, “[t]anto en el Derecho Internacional como en el de los Estados, la prohibición de discriminación se aborda invariablemente a partir del análisis de un solo factor de discriminación (raza, género, discapacidad, etc.) y rara vez combinando varios”¹¹². El concepto discriminación interseccional, por tanto, entraña una crítica a la idea de que la discriminación puede ser analizada como un fenómeno asociado a factores aislados o a lo sumo acumulativos¹¹³.

Un hito importante en la formación de este concepto puede situarse en la década de 1970, en los Estados Unidos de América, donde –primero desde el activismo, luego desde la academia– tuvo lugar una interesante reflexión sobre la forma en que se cruzan, entrelazan o superponen desigualdades basadas en el género, la raza u origen étnico, la clase social, la orientación sexual, etc.

En el ámbito del activismo, esta reflexión ha quedado plasmada en el texto titulado “Un manifiesto feminista Negro”, publicado en el año 1977 por un colectivo denominado *Combahee River Collective*¹¹⁴. En su manifiesto, dicho colectivo hizo referencia a las opresiones múltiples y simultáneas que enfrentan las mujeres afroamericanas y cuestionó las estrategias de lucha existentes hasta ese momento por no tomar en cuenta que los sistemas de opresión están interrelacionados¹¹⁵. En ese sentido, el manifiesto señaló que

¹¹¹ AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 39, 2013, p. 151.

¹¹² REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 84, 2008, p. 254.

¹¹³ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas”. *Revista Vasca de Administración Pública*, número 87-88, 2010, p. 226. Al respecto, Rey Martínez señala que los factores de discriminación suelen ser abordados como si se tratara de rectas paralelas que siempre guardan entre sí la misma distancia y nunca se cortan. REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación múltiple... ob. cit., p. 254.

¹¹⁴ Sobre este colectivo, Platero explica lo siguiente: “El *Combahee River Collective* es un grupo feminista Negro [*sic*] de Boston cuyo nombre proviene de la acción guerrillera concebida y liderada por Harriet Tubman el 2 de Junio de 1863, en la región de Port Royal de Carolina del Sur. Su acción liberó más de 750 esclavos y es la única campaña militar de la historia de América que fue planeada y dirigida por una mujer”. PLATERO, Raquel (Lucas) (ed.). *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, p. 75 (cursivas en el original).

¹¹⁵ COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. “Un manifiesto feminista Negro” (trad. de R. Platero y J. Sáez). En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, p. 75.

ni el feminismo, centrado fundamentalmente en las mujeres blancas¹¹⁶; ni el movimiento de liberación afroamericano, centrado principalmente en los hombres afroamericanos¹¹⁷, podían recoger sus demandas¹¹⁸.

En respuesta a esta situación surgió el denominado Feminismo Negro¹¹⁹, que es un movimiento político que abrió las puertas a un análisis que rompió con la homogeneidad y unidireccionalidad imperante en el abordaje de las situaciones de discriminación¹²⁰. Como señala Platero, visto desde nuestros días, “[e]ste esfuerzo colectivo fue no sólo pionero sino también consciente de que estaban haciendo algo verdaderamente nuevo, y que estaban desafiando la propuesta de lucha basada en las identidades que daban lugar tanto al movimiento Negro como al feminismo”¹²¹.

En el ámbito de la academia, resulta relevante el trabajo realizado por la profesora norteamericana K. Crenshaw, quien a finales de la década de 1980 acuñó el término “interseccionalidad” (*intersectionality*), para hacer referencia a las diferentes formas en que interactúan la raza y el sexo en ámbitos como el laboral¹²² y el de la violencia de género¹²³. Según Crenshaw, dicha interacción genera para las mujeres afroamericanas una

¹¹⁶ Sobre esta crítica, se ha señalado que el feminismo norteamericano privilegiaba el punto de vista de las mujeres blancas, anglosajonas, heterosexuales y de clase media; con lo cual, “el mismo movimiento que pretendía liberar a las mujeres terminaba reproduciendo dentro de sus mismas filas las tendencias racistas y heterosexistas, las jerarquías de clase y los prejuicios étnicos que eran endémicos en la sociedad de los Estados Unidos”. FRASER, Nancy. “Multiculturalidad y equidad entre los géneros: un nuevo examen de los debates en torno a la ‘diferencia’ en EEUU” (trad. de R. J.). *Revista de Occidente*, número 173, 1995, p. 42. En un sentido similar opina J. Fernández: “[c]omo señala bell hooks (1982), buena parte de las feministas blancas dieron por supuesto que al identificarse como oprimidas quedaban liberadas de ser opresoras”. FERNÁNDEZ, Josefina. “Los cuerpos del feminismo”. En *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, compilado por Diana Maffía, Buenos Aires: Feminaria, 2003, p. 138.

¹¹⁷ Sobre el sexismo al interior del movimiento de liberación afroamericano, el manifiesto dice lo siguiente: “La reacción de los hombres Negros [*sic*] hacia el feminismo ha sido claramente negativa [...]. Se dan cuenta que pueden no sólo perder valor y unas aliadas muy trabajadoras para la lucha, sino también pueden ser forzados a cambiar sus formas habituales y sexistas de interacción que oprimen a las mujeres Negras [*sic*.]” COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. “Un manifiesto feminista Negro... ob. cit., p. 83.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 76-77.

¹¹⁹ El manifiesto emplea el término “Negro” en mayúscula. Como explica Platero, con ello se busca expresar la toma de conciencia y reapropiación en positivo de un término que había sido usado como injuria. Vid., PLATERO, Raquel (Lucas). “La interseccionalidad como herramienta de estudio de la sexualidad”. En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, p. 32.

¹²⁰ ROMERO BACHILLER, Carmen. “Enmarañadxs en las sexualidades (reflexiones para tiempos de crisis)”. En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, p. 14.

¹²¹ PLATERO, Raquel (Lucas). “La interseccionalidad... ob. cit., p. 32.

¹²² CRENSHAW, Kimberlé. “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Article 8, pp. 139-167.

¹²³ CRENSHAW, Kimberlé. “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”. *Stanford Law Review*, vol. 43, N.º 6, 1991, pp. 1241-1299. Existe una traducción

experiencia que no puede ser aprehendida desde una mirada tradicional de la discriminación, basada en el análisis de un solo eje o factor de discriminación¹²⁴. Para ilustrar su propuesta, la autora utiliza el ejemplo de la intersección o cruce de calles:

“La discriminación, como el tráfico en una intersección de calles, puede fluir en una y otra dirección. Si un accidente se produce en la intersección, éste puede ser causado por automóviles que provienen de cualquiera de las direcciones y, a veces, de todas ellas al mismo tiempo”¹²⁵.

De manera similar, la discriminación dirigida contra una mujer afroamericana puede ser el resultado de una discriminación por razón de sexo o de raza, o de ambas a la vez. Por este motivo, Crenshaw considera que: “la intersección del racismo y del sexismo en las vidas de las mujeres Negras [*sic*] afectan sus vidas de maneras que no se pueden entender del todo mirando por separado las dimensiones de raza o género”¹²⁶.

En consecuencia, el enfoque interseccional desconfía de la posibilidad de abordar cada factor de discriminación de manera independiente (como si se tratara de una simple suma o adición, que puede desagregarse); y, asimismo, reacciona contra aquellas posturas que afirman la existencia de esencias amplias compartidas por todas las mujeres (como si las mujeres conformaran un colectivo homogéneo, con una única identidad)¹²⁷.

En los últimos años, el tema de la discriminación por más de un motivo se ha seguido debatiendo ampliamente bajo el término “interseccionalidad” y los textos de Crenshaw han constituido –casi invariablemente– el punto de partida para contextualizar el inicio de esta discusión¹²⁸. Sin embargo, no es posible afirmar que actualmente exista un

al castellano Vid. CRENSHAW, Kimberlé. “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color (trad. de R. Platero y J. Sáez). En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, pp. 87-122.

¹²⁴ CRENSHAW, Kimberlé. “Demarginalizing... ob. cit., p. 139.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 149 (traducción propia).

¹²⁶ CRENSHAW, Kimberlé. “Cartografiando los márgenes... ob. cit., p. 89.

¹²⁷ Al enfoque que considera a los factores de discriminación de manera desagregada se le ha denominado “aditivo”. Sobre este enfoque J. Fernández recuerda el siguiente símil: “dirá Elizabeth Spelman (1988), [que] la identidad sea entendida como un collar de cuentas en el que todas las mujeres compartimos el género (una cuenta) pero diferimos con relación a las otras cuentas que lleva ese collar. La cuenta género tiene un lugar privilegiado: todas las mujeres somos oprimidas por el sexismo y algunas lo somos además por la raza, la edad, etc. Este modelo, que Spelman llama *aditivo*, no considera, por ejemplo, las importantes diferencias entre las mujeres blancas y negras en sus experiencias con el sexismo. Un modelo que supuestamente podía explicar las diferencias entre las mujeres, termina ocultándolas o subalternándolas”. FERNÁNDEZ, Josefina. “Los cuerpos del feminismo... ob. cit., pp. 143-144 (cursivas en el original).

¹²⁸ Sin perjuicio de ello, cabe señalar que tanto en Europa como en los Estados Unidos de América existen antecedentes que evidencian que este fenómeno ya venía siendo estudiado desde tiempo atrás, aunque con distintas denominaciones. Cfr. BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “La interseccionalidad... ob. cit., p. 229; SCHIEK, Dagmar y Anna LAWSON (ed.), *European Union Non-Discrimination Law and*

consenso a nivel de la doctrina respecto de la denominación más adecuada para designar este fenómeno. Así, por ejemplo, con relativa frecuencia se pueden encontrar en la literatura sobre la materia expresiones como “discriminación múltiple”, “doble discriminación”, “triple discriminación”, “multidiscriminación”, entre otras denominaciones afines.

En atención a ello, la doctrina ha ensayado algunas clasificaciones y una de las más difundidas es la propuesta por el autor finlandés T. Makkonen, quien distingue entre las discriminaciones múltiples, compuestas, interseccionales y superpuestas¹²⁹. Pese a su importancia, y posiblemente debido a su complejidad, esta tipología ha sido acogida solo parcialmente por otros autores en posteriores trabajos¹³⁰. A continuación, se hará referencia a la discriminación múltiple y a la discriminación interseccional, por ser las dos formas de discriminación más claramente identificables dentro de esta tipología¹³¹.

Para Makkonen se configura un supuesto de discriminación múltiple¹³² cuando una persona es discriminada por distintos motivos que operan en diferentes momentos. El autor pone como ejemplo el caso de una mujer con discapacidad motriz que, en su centro de trabajo, es discriminada en el acceso a un alto cargo directivo por el hecho de ser mujer; y, en otro momento, se ve impedida de acceder a un edificio público porque este no es accesible para personas con silla de ruedas¹³³. De este modo, se reconoce la acumulación de las distintas experiencias de discriminación que una persona puede vivir en diferentes momentos de su vida.

De otro lado se configura un supuesto de discriminación interseccional cuando los distintos motivos de discriminación operan de manera simultánea, de tal manera que no

Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination. Farnham (Surrey): Ashgate, 2011, p. 2.

¹²⁹ MAKKONEN, Timo. *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore*. Institute for Human Rights. Abo Akademi University, 2002, pp. 9-12.

¹³⁰ Cfr. SCHIEK, Dagmar y Anna LAWSON, *European Union...* ob. cit., p. 3; REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación múltiple...” ob. cit., pp. 265-266; COMISIÓN EUROPEA. *Tackling Multiple Discrimination, Practices, policies and laws*. Dirección general de empleo, asuntos sociales e igualdad de oportunidades. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007, pp. 16-17.

¹³¹ La discriminación compuesta y la discriminación superpuesta –en la tipología de Makkonen– presentan características que son difíciles de identificar fuera del plano teórico. Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación múltiple...” ob. cit., pp. 263-266.

¹³² En la tipología de Makkonen expresiones como “doble” o “triple” discriminación tienen un sentido similar (MAKKONEN, Timo. *Multiple, compound...* ob. cit. p. 10). A estas expresiones aún se puede añadir la denominación “discriminación aditiva”, que también ha sido empleada por la doctrina para hacer referencia a este supuesto (SCHIEK, Dagmar y Anna LAWSON, *European Union...* ob. cit., p. 3).

¹³³ MAKKONEN, Timo. *Multiple, compound...* ob. cit., p. 10.

pueden “desenredarse”¹³⁴. Esta vez Makkonen propone como ejemplo el caso de una mujer con discapacidad que es sometida a una operación de esterilización no consentida, situación que lamentablemente no es poco frecuente y que pone de manifiesto una práctica que afecta gravemente los derechos de un grupo de personas en las que concurren simultáneamente dos categorías sospechosas de discriminación: el género y la discapacidad¹³⁵.

Un autor que se ha mostrado en desacuerdo con esta clasificación es Rey Martínez, quien considera que tanto la “discriminación múltiple” como la “discriminación interseccional” hacen referencia a aquel supuesto en el que intervienen *a la vez* dos o más factores de discriminación (lo que para Makkonen sería un supuesto de “discriminación interseccional”)¹³⁶. Para Rey Martínez, los calificativos “interseccional” y “múltiple” son fungibles entre sí, siendo el primero de uso más frecuente en el ámbito anglosajón, mientras que el segundo es más habitual en el ámbito de las instituciones europeas¹³⁷.

Más allá de los desacuerdos que aún existen respecto del uso de estas y otras denominaciones afines, es destacable el esfuerzo que la doctrina ha venido realizando por acuñar un concepto que ponga de manifiesto que los diferentes factores de discriminación pueden concurrir. Como subrayan Rey Martínez y Giménez Gluck, este concepto –que aún dista de ser claro– se ha mantenido en un ámbito más doctrinal y político, que normativo y judicial¹³⁸. Sin embargo, como enseguida se verá, también se ha ido

¹³⁴ SCHIEK, Dagmar y Anna LAWSON, *European Union...* ob. cit., p. 3

¹³⁵ MAKKONEN, Timo. *Multiple, compound...* ob. cit., p. 11. Al respecto, cabe recordar que el Comité de los derechos de las personas con discapacidad ha señalado que “las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada, y con frecuencia se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales. Ciertas jurisdicciones tienen también tasas más altas de imposición de sustitutos en la adopción de decisiones para las mujeres que para los hombres. Por ello, es especialmente importante reafirmar que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas”. COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación General N.º 1. *Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. 11º periodo de sesiones, 2014, párr. 35.

¹³⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación múltiple... ob. cit., pp. 265-267. Para el mismo autor, el hecho de que una persona experimente diversas discriminaciones en diferentes momentos de su vida (lo que Makkonen denomina “discriminación múltiple”), en realidad, da lugar a un supuesto de discriminación singular, que “en cada caso se produce por la existencia de un solo factor de discriminación”. *Ibid.*, p. 266.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 267.

¹³⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando y David GIMÉNEZ GLUCK (coord.). *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*. Madrid: Fundación Ideas, 2010, p. 36.

incorporando en algunos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (tratados y declaraciones)¹³⁹.

Siguiendo un orden cronológico, cabe mencionar –en primer lugar– la Declaración de Beijing, aprobada en el año 1995 durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer¹⁴⁰. En ella los gobiernos manifestaron estar decididos a:

“Intensificar los esfuerzos para garantizar el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las mujeres y las niñas que enfrentan múltiples barreras para lograr su potenciación y su adelanto por factores como la raza, la edad, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión o la discapacidad, o por pertenecer a la población indígena [...]”¹⁴¹.

Al hacer referencia a las múltiples barreras que, en ocasiones, deben enfrentar las mujeres y las niñas para ejercer sus derechos y libertades, la Declaración de Beijing reconoce implícitamente la complejidad de la interseccionalidad¹⁴².

Posteriormente, en el año 2001, se adoptó la Declaración de Durban, durante la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia¹⁴³. Este es considerado el momento fundacional en el uso del concepto “discriminación múltiple” en el ámbito internacional¹⁴⁴, pues en esta declaración se reconoce que factores de discriminación como la raza, el color, el linaje y el origen nacional o étnico, pueden concurrir con otros motivos conexos, como son el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas, el origen social, la situación económica, el nacimiento, etc., dando lugar a “formas múltiples o agravadas de discriminación”¹⁴⁵.

¹³⁹ Sobre la diferencia entre estos dos instrumentos (tratados y declaraciones), se dice que mientras los tratados tienen un carácter obligatorio para las partes, en principio, las declaraciones no tienen este carácter. Sin embargo esta distinción no es tan rígida pues algunas declaraciones, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, han adquirido un carácter vinculante por su uso repetitivo y la convicción de su obligatoriedad. Vid., UPRIMNY, Inés Margarita. “La protección internacional de los Derechos Humanos: el sistema de Naciones Unidas”. En *Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los derechos universales*, editado por Víctor Abramovich, Ximena Erazo y Jorge Orbe, vol. 2, Santiago de Chile: LOM Ediciones; Fundación Henry Dunant América Latina, 2008, p. 26.

¹⁴⁰ Esta conferencia se realizó en Beijing (China), del 4 al 15 de setiembre de 1995, de conformidad con las resoluciones 45/129 y 46/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁴¹ Declaración de Beijing, párr. 4.

¹⁴² BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “La interseccionalidad... ob. cit., p. 245.

¹⁴³ Esta conferencia se celebró en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de setiembre de 2001, de conformidad con la resolución 52/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁴⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación múltiple... ob. cit., p. 254.

¹⁴⁵ Declaración de Durban, párr. 2. Cabe destacar que uno de los informes que se preparó para esta conferencia llevó por título: *Gender and racial discrimination: Report of the Expert Group Meeting*. Este

Otro instrumento internacional que alude a este concepto es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006. En su preámbulo, este tratado señala que los Estados Partes expresan su preocupación por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de “*múltiples o agravadas formas de discriminación* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición”¹⁴⁶. Asimismo, de conformidad con el artículo 6.1 de la CDPD, los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad “están sujetas a *múltiples formas de discriminación* y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁴⁷.

Adicionalmente, la reflexión sobre la interseccionalidad de la discriminación se ha incorporado en una serie de observaciones y recomendaciones generales emitidas por los comités creados para dar seguimiento a los tratados sobre derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas¹⁴⁸, lo que evidencia que en este ámbito existe una clara tendencia a

informe fue preparado por un grupo de personas expertas en la materia, entre ellas K. Crenshaw; y uno de los asuntos tratados fue precisamente el de la interseccionalidad.

¹⁴⁶ Cursivas agregadas.

¹⁴⁷ Cursivas agregadas.

¹⁴⁸ A manera de ejemplo, es decir, sin ánimo exhaustivo, se mencionan a continuación algunas de las observaciones y recomendaciones generales que dan cuenta de ello:

- El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N.º 28 (del año 2000) –relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres– ha reconocido la vinculación que existe entre la discriminación por razón de sexo y los demás tipos de discriminación que enuncia el PIDCP (raza, color, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social) (párr. 30).

- El Comité de derechos económicos, sociales y culturales, en su Observación General N.º 20 (del año 2009), interpreta los alcances del artículo 2.2 del PIDESC, que contiene una relación de motivos de discriminación y concluye con la conocida expresión “o cualquier otra condición social”. El Comité DESC interpreta que esta lista enunciativa comprende –entre otros supuestos– “[la] intersección de dos causas prohibidas de discriminación” (párr. 27).

- El Comité para la eliminación de la discriminación racial, en su Recomendación General N.º 25 (del año 2000), señala que “la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera”. Asimismo, reconoce que existen circunstancias en que la discriminación racial “afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres” (párr. 1). En atención a ello, el Comité CERD se propone aumentar sus esfuerzos por integrar la perspectiva de género en sus métodos de trabajo (párr. 4).

- El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en su Recomendación General N.º 25 (del año 2004), sigue una línea argumentativa semejante a la seguida por los comités anteriormente citados, al reconocer que: “Las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones [...]” (párr. 12). En atención a ello, el Comité CEDAW recomienda a los Estados Partes evaluar la adopción de “medidas especiales de carácter temporal” (también denominadas “acciones afirmativas” o “acciones positivas”) para hacer frente a esta situación (párr. 12 y 38).

reconocer esta forma de discriminación¹⁴⁹. Al respecto, es importante advertir que el uso de los términos por parte de dichos comités ha sido flexible, pues en las diferentes observaciones y recomendaciones generales se ha empleado tanto la expresión “discriminación interseccional” como la expresión “discriminación múltiple” (entre otras denominaciones afines) para hacer referencia al mismo fenómeno¹⁵⁰. Además, si bien esta forma de discriminación no afecta exclusivamente a las mujeres, los comités se han referido a ellas de manera permanente; lo que no parece casual pues, como señala Serra Cristóbal, “en gran parte de los casos que podemos traer a colación, uno de los factores de discriminación que concurren es el del sexo, el hecho de ser mujer”¹⁵¹.

- En el año 2014, el Comité de los derechos del niño y el Comité CEDAW adoptaron una observación o recomendación general conjunta (Observación General N.º 18 y Recomendación General N.º 31, respectivamente) con el objeto de prevenir y eliminar determinadas prácticas nocivas que afectan los derechos de mujeres, niños y niñas. Algunos ejemplos de dichas prácticas son: la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil o forzado, la poligamia, los delitos cometidos por motivos de “honor”, la violencia por causa de la dote, los exámenes de virginidad, el abandono de niñas, las restricciones dietéticas extremas, el castigo corporal, etc. (párr. 7 - 9).

- También en el año 2014, el Comité de los derechos de las personas con discapacidad emitió su primera observación general, en la que reconoció que las mujeres con discapacidad “pueden ser objeto de formas múltiples e intersectoriales de discriminación por motivos de género y de discapacidad” (párr. 35). A manera de ejemplo, el Comité CDPD se refirió a la frecuencia con que las mujeres con discapacidad se ven privadas del control de su salud reproductiva, así como a las elevadas tasas de esterilización forzada cometidas contra ellas. Asimismo, destacó la importancia de que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad sea reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas (párr. 35).

¹⁴⁹ Sobre la importancia de estas observaciones o recomendaciones, Uprimny señala que: “[l]os órganos e instituciones que profieren una interpretación autorizada de las normas de derechos humanos, consolidan criterios que deben ser atendidos por los estados, en razón del principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados y en el marco de las obligaciones de respeto, protección y garantía frente a los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos” (UPRIMNY, Inés Margarita. “La protección internacional... ob. cit., p. 32). En ese sentido, siguiendo a la misma autora, es posible considerar al conjunto de observaciones y recomendaciones generales que emiten los comités como “jurisprudencia internacional”. *Ibid.*

¹⁵⁰ Un ejemplo de ello se puede encontrar en la Observación General N.º 20, del Comité DESC. En el párrafo número 17 de esta observación general se señala lo siguiente: “*Discriminación múltiple* [énfasis en el original]. Algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esa *discriminación acumulativa* [cursivas agregadas] afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla”. Por su parte, la nota número 9 de esta misma observación general emplea la expresión “discriminación interseccional” para hacer referencia a este mismo fenómeno; con lo cual pueden encontrarse hasta tres calificativos de la discriminación (múltiple, acumulativa e interseccional) que son empleados de manera indistinta.

¹⁵¹ SERRA CRISTÓBAL, Rosario. “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”. En *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, coordinado por Rosario Serra, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 15. De la misma autora, ver también: “La discriminación múltiple. ¿Un nuevo enfoque sobre la igualdad?”. En *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, coordinado por Vicente Gimeno Sendra y María Teresa Regueiro García, Madrid: Universitas, 2015, p. 134. Por su parte, Chacartegui Jávega reconoce que esta forma de discriminación no afecta a las mujeres de manera exclusiva; sin embargo —señala— “éstas la sufren con más intensidad como consecuencia de su discapacidad, origen racial o étnico, orientación sexual, edad y, en general, por cualquier factor de discriminación concurrente con el género”. CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo. “Mujer, discriminación múltiple y exclusión social”. En *Mujeres: Luchando por la*

Otro espacio en que este concepto también parece haber ingresado (en este caso bajo la denominación “discriminación múltiple”), es en la agenda del Derecho de la Unión Europea. Así, por ejemplo, entre los considerandos de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio del año 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, se señala que:

“En la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”¹⁵².

En un sentido similar, el concepto “discriminación múltiple” figura también entre los considerandos de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre del año 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual¹⁵³; y en la Decisión del Consejo 2000/750/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación¹⁵⁴. En ambos casos, se señala que las mujeres son a menudo víctimas de discriminaciones múltiples¹⁵⁵.

igualdad, reivindicando la diferencia, editado por Oscar Pérez de la Fuente, Madrid: Dykinson, 2010, p. 39.

¹⁵² Considerando 14 de la Directiva 2000/43/CE.

¹⁵³ El tercer considerando de esta Directiva dice lo siguiente: “En la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”.

¹⁵⁴ Son relevantes los considerandos cuarto y quinto de esta Decisión del Consejo, que señalan lo siguiente: “(4) En la aplicación del programa, la Comunidad persigue, de conformidad con el Tratado, la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular teniendo en cuenta que las mujeres son a menudo víctimas de múltiples discriminaciones. (5) Las distintas formas de discriminación no pueden clasificarse por orden de importancia y son todas ellas igualmente intolerables. El programa está encaminado tanto al intercambio de prácticas correctas ya vigentes en los Estados miembros como al fomento de la elaboración de nuevas prácticas y políticas en la lucha contra la discriminación, incluida la múltiple. La presente Decisión puede contribuir a establecer una estrategia global para luchar contra toda discriminación basada en distintos motivos, que de ahora en adelante debería desarrollarse de forma paralela”.

¹⁵⁵ Sobre las posibles razones que motivaron que se haya puesto especial énfasis en la discriminación por razón de sexo Giménez Gluck señala lo siguiente: “Caben dos interpretaciones para este enfoque centrado de manera tan clara en las mujeres: una estructural y otra coyuntural. Coyunturalmente, el problema al que se debía dar respuesta era la adaptación de las políticas tradicionales de la UE contra la discriminación de la mujer a los nuevos rasgos, por lo que la referencia a la obligación de luchar contra la discriminación múltiple exclusivamente de las mujeres era muy oportuna para calmar la preocupación de los movimientos feministas que temían por un nuevo escenario en el que los nuevos rasgos restaran financiación e intensidad a la lucha contra la discriminación de la mujer. Estructuralmente, además, cabe apreciar que dado que la multidiscriminación es aquella que se produce cuando la persona estigmatizada lo es por dos o más rasgos a la vez, es mucho más probable que dicha discriminación tenga como uno de sus componentes ser mujer, que suponen la mitad de la población y, consecuentemente, la mitad de las personas con discapacidad, la

Cabe también mencionar algunos estudios publicados en esta materia por encargo de la Comisión Europea. Es el caso del informe titulado *Tackling Multiple Discrimination, Practices, policies and laws*, del año 2007, que analiza la interrelación entre diferentes motivos de discriminación (sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual). Asimismo, este informe recomienda dar a conocer el concepto “discriminación múltiple”, llevar a cabo nuevas investigaciones y emitir legislación en la materia¹⁵⁶.

Otro informe lleva por título *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, que pone énfasis en la intersección de la discriminación por razón de sexo con otros factores de discriminación¹⁵⁷. El estudio introductorio de este informe –a cargo de D. Schiek– advierte que la discusión en torno a la denominación “discriminación múltiple” aún se asemeja a un “campo minado”¹⁵⁸; sin embargo, opta por esta denominación por considerarla más general, además de haber sido reconocida en instrumentos internacionales y documentos de la Unión Europea.

Ahora bien, pese a que –como se ha visto– se han producido avances en el reconocimiento de esta forma de discriminación, Giménez Gluck explica que en el ámbito del Derecho de la Unión Europea “los efectos jurídicos del reconocimiento de la multidiscriminación como fenómeno diferenciado de la discriminación por un solo rasgo todavía no han alcanzado ninguna virtualidad, ni en la legislación comunitaria ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”¹⁵⁹. Por este motivo, el autor considera importante que el reconocimiento de este concepto venga acompañado de algún efecto jurídico adicional, por lo que –a manera de ejemplo– señala que la discriminación múltiple podría dar lugar a “la intensificación del juicio de igualdad utilizando la intersección de rasgos para valorar el impacto adverso que funciona en la técnica de la discriminación indirecta”¹⁶⁰. Otra posibilidad es que la discriminación múltiple sea tomada en cuenta

mitad de los miembros de una religión minoritaria, la mitad de las personas homosexuales, etc.”. GIMÉNEZ GLUCK, David. “La legislación... ob. cit., pp. 57-58.

¹⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Tackling Multiple Discrimination...* ob. cit., pp. 53-54.

¹⁵⁷ BURRI, Susanne, Dagmar SCHIEK y The European network of legal experts in the field of gender equality. *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?* European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹⁵⁹ GIMÉNEZ GLUCK, David. “La legislación... ob. cit., p. 69.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 66.

(junto con otros factores, como el daño producido o la prolongación en el tiempo de la discriminación) para la imposición de indemnizaciones más elevadas¹⁶¹.

También Añón Roig se ha referido a los efectos que tendría el reconocimiento de este concepto. Así, por ejemplo, la autora considera que tener en cuenta la interseccionalidad de la discriminación permitiría fortalecer los argumentos que sirven para identificar patrones de discriminación¹⁶². Además, en opinión de la autora, la incorporación de este concepto pondría en entredicho la necesidad de contar con un “término de comparación”¹⁶³, que es un elemento argumentativo que suele exigirse en el juicio de igualdad¹⁶⁴. Esto se debe a que ante un supuesto de discriminación interseccional (o múltiple) se hace difícil identificar situaciones que puedan ser consideradas comparables.

Finalmente, algunos autores se han referido también a las posibles dificultades y/o riesgos que podría traer consigo la incorporación de este concepto. Es el caso de Rey Martínez, quien advierte que:

“...la identificación de una larga lista de discriminaciones múltiples, y además abierta en el tiempo, combinando género, grupo étnico, edad, discapacidad, religión y convicciones, orientación sexual, etc., amenaza con disolver la propia entidad del concepto de discriminación múltiple. Si hay tantas discriminaciones múltiples (en la realidad, casi todas las discriminaciones son múltiples), ¿cómo podemos definir en qué casos se requiere un tratamiento específico?”¹⁶⁵

Adicionalmente, Rey Martínez señala que uno de los riesgos que pesan sobre este concepto es que puede dar lugar a una jerarquización de situaciones de discriminación, así como de las necesidades de los grupos sociales en situación de vulnerabilidad¹⁶⁶. En un sentido similar, Barrère y Morondo alertan sobre el riesgo de crear un modelo de políticas de igualdad de tipo “competitivo”¹⁶⁷. De ahí que –como apunta Chacartegui

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 68.

¹⁶² AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio... ob. cit., p. 151.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 141. Sobre la exigencia de aportar un “término de comparación, García Morillo explica lo siguiente: “[se] exige que quien alega una violación del principio de igualdad –esto es, quien diga haber sido tratado de distinta forma que aquellos que se encuentran en idéntica situación que él– deba aportar lo que se denomina un *tertium comparationis*, un término de comparación. En efecto, siendo la diferencia de las situaciones de hecho lo que da lugar a la diferenciación admisible y excluye la discriminación, corresponde a quien afirma haber sido tratado desigualmente suministrar un término comparativo que permita llegar a la conclusión de que ha sido tratado de forma injustificadamente desigual que otros que se hallan en idéntica situación y, por ende, de que ha sido discriminado (SSTC 14/85, caso Alexander y 2/97, caso Fidalgo)”. GARCÍA MORILLO, Joaquín. La cláusula general de igualdad... ob. cit., p. 166.

¹⁶⁴ Al denominado “juicio de igualdad” se ha hecho referencia en la parte final del punto 3 de este capítulo.

¹⁶⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. “La discriminación múltiple... ob. cit., p. 271.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 256.

¹⁶⁷ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subdiscriminación... ob. cit., p. 37.

Jávega– los legisladores y jueces no hayan sido particularmente proclives a reconocer esta forma de discriminación por temor a “abrir la caja de Pandora” y verse desbordados por las demandas de numerosos subgrupos¹⁶⁸.

En suma, si bien la incorporación del concepto discriminación interseccional (o múltiple) ofrece diversas posibilidades para el análisis de los fenómenos discriminatorios y de lucha contra ellos, las estrategias jurídicas para hacerle frente, así como las dificultades y/o riesgos que entraña esta aproximación, forman parte de un debate aún inconcluso.

4.4. Discriminación estructural (o sistémica)

Al hablar de este concepto la doctrina plantea que existen ciertas problemáticas respecto de las cuales la concepción tradicional de la discriminación puede resultar insuficiente¹⁶⁹. Esto se debe a que las causas y manifestaciones de la discriminación suelen estar atravesadas por complejas prácticas sociales que llevan a que determinados grupos sociales no gocen de sus derechos de la misma forma en que lo hacen otros grupos en la sociedad. Esta situación se considera el resultado de una subordinación sistemática que el Derecho no suele captar, al menos no en su versión liberal tradicional.

Al respecto, Barrère señala que si bien la igualdad liberal se predica universalista, lo cierto es que –como se ha explicado en la primera parte de este capítulo– esta fue edificada sobre determinadas características que constituyeron a los sujetos de la igualdad como hombres, blancos y propietarios (aun cuando esta selección no fuera explicitada abiertamente)¹⁷⁰. Asimismo, la idea de igualdad que ha tenido mayor influencia en la cultura jurídica dominante es aquella que la concibe como igualdad de trato y no como igualdad de estatus (entendido en sentido amplio, como conjunto de oportunidades, recursos, ocupaciones, posiciones y poder)¹⁷¹.

¹⁶⁸ CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo. “Mujer, discriminación múltiple... ob. cit., p. 43.

¹⁶⁹ NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación... ob. cit. p. 172.

¹⁷⁰ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Igualdad y discriminación positiva... ob. cit., p. 7. Refiriéndose a esta misma cuestión, M. C. Barranco señala que: “En definitiva, el titular abstracto de derechos, sobre el que se construye el modelo liberal, coincide en el imaginario colectivo con el hombre, burgués, blanco, heterosexual, económicamente independiente, y, podríamos añadir, física y socialmente independiente”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Diversidad de situaciones y universalidad de derechos*. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 14-15.

¹⁷¹ AÑÓN ROIG, María José. “Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica”. En *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, editado por Miguel Ángel Ramiro y Patricia Cuenca, Madrid: Dykinson, 2010, p. 132.

Considerando lo anterior, para Añón Roig, la expresión “discriminación estructural” (o sistémica) da cuenta del tipo de desigualdad que deriva de la influencia de los valores sociales dominantes surgidos del falso universalismo que atraviesa el diseño de la titularidad de los derechos; y que se ve reflejada en una serie de parámetros sociales dominantes en cada contexto¹⁷². Desde esta perspectiva, la autora señala que el concepto discriminación estructural (o sistémica) constituye “una propuesta doctrinal dirigida a redefinir el concepto jurídico tradicional de discriminación y a dar cabida en su denotación a la noción de opresión intergrupal”¹⁷³.

Por tanto, con este concepto se buscaría hacer referencia a aquellas situaciones de desigualdad social, de subordinación o de dominación, en las que resulta difícil individualizar una conducta discriminatoria determinada pues “[s]e trata de dinámicas sociales reiteradas que llevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos, incluso en ausencia de motivos discriminatorios explícitos amparados por el derecho”¹⁷⁴.

Existen algunos ejemplos que evidencian que algunas dimensiones de este concepto se han incorporado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido es usual citar a la CEDAW, que contiene una invocación a los Estados para que establezcan medidas orientadas a eliminar estereotipos de género¹⁷⁵. Al respecto, se ha señalado que este tratado “refleja las ideas de que el origen de la discriminación contra la mujer se encuentra en el modo en el que la sociedad está organizada y de que solo apuntando a esa organización es posible hacerle frente”¹⁷⁶.

Una referencia expresa a este concepto puede encontrarse en la Observación General N.º 20 del Comité DESC, adoptada en el año 2009, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. En esta observación general se desarrolla una

¹⁷² AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., p. 662.

¹⁷³ AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio... ob. cit., p. 147.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 148.

¹⁷⁵ El artículo 5.a de la CEDAW establece lo siguiente: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

¹⁷⁶ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad... ob. cit., pp. 29-30.

serie de conceptos vinculados a la no discriminación, entre ellos el de “discriminación sistémica”¹⁷⁷:

“Discriminación sistémica

12. El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”¹⁷⁸.

También el comité CERD se ha referido expresamente a este concepto en la Recomendación General N.º 34, relativa a la discriminación racial contra afrodescendientes, adoptada en el año 2011. En ella se señala que:

“El racismo y la *discriminación estructural* contra afrodescendientes, enraizados en el infame régimen de la esclavitud, se manifiestan en situaciones de desigualdad que afectan a estas personas y que se reflejan, entre otras cosas, en lo siguiente: el hecho de que formen parte, junto con las poblaciones indígenas, de los grupos más pobres de la población; sus bajas tasas de participación y representación en los procesos políticos e institucionales de adopción de decisiones; las dificultades adicionales a que hacen frente en el acceso a la educación, la calidad de esta y las posibilidades de completarla, lo que hace que la pobreza se transmita de generación en generación; el acceso desigual al mercado del trabajo; el limitado reconocimiento social y la escasa valoración de su diversidad étnica y cultural, y su desproporcionada presencia en la población carcelaria”¹⁷⁹.

Adicionalmente, el Comité CERD señala que para poner fin a la situación de discriminación estructural descrita, es necesario que los Estados Partes adopten urgentemente medidas especiales (o medidas de acción afirmativa)¹⁸⁰.

Por su parte el Comité CEDAW, en su Recomendación General N.º 30, adoptada en el año 2013, señaló que “[l]as obligaciones de los Estados partes en virtud de la Convención [se refiere a la CEDAW] les exigen ocuparse de todas las violaciones de los derechos de la mujer, además de la *discriminación estructural* subyacente por razón de

¹⁷⁷ El comité emplea la expresión “discriminación sistémica”, que a nivel de la doctrina es considerada un sinónimo de “discriminación estructural”.

¹⁷⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)*. 42º periodo de sesiones, 2009, párr. 12 (énfasis en el original).

¹⁷⁹ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación General N.º 34. *Discriminación racial contra afrodescendientes*. 79º periodo de sesiones, 2011, párr. 6.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 7.

sexo y género que sustentó dichas violaciones”¹⁸¹. Asimismo, en la Recomendación General N.º 33, adoptada en el año 2015, el Comité CEDAW se refirió a los obstáculos y restricciones que impiden a las mujeres acceder a la justicia en pie de igualdad. Según el Comité:

“Esos obstáculos se producen en un contexto *estructural de discriminación y desigualdad*, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no [se] ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres”¹⁸².

Por último, cabe mencionar que, en el año 2016, el Comité CDPD adoptó la Observación General N.º 3, sobre las mujeres y niñas con discapacidad. En esta observación general se reconoce que la discriminación puede adoptar muchas formas, siendo una de ellas la discriminación estructural o sistémica, que –tratándose de las mujeres y niñas con discapacidad– puede manifestarse de la siguiente manera:

“La discriminación estructural o sistémica, se manifiesta a través de patrones ocultos o encubiertos de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias y normas y/o reglas sociales discriminatorias. La fijación de estereotipos de género y discapacidad nocivos, que pueden dar lugar a ese tipo de discriminación, está inextricablemente vinculada a la falta de políticas, reglamentos y servicios específicos para las mujeres con discapacidad [...]. Asimismo, las prácticas nocivas están estrechamente vinculadas a las funciones asignadas a cada género y las relaciones de poder creadas por la sociedad, y las refuerzan, y pueden reflejar percepciones negativas o creencias discriminatorias sobre las mujeres con discapacidad...”¹⁸³.

Estos son solo algunos ejemplos que ponen de manifiesto que el concepto “discriminación estructural” ha cobrado interés en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Algo similar viene ocurriendo a nivel de la doctrina¹⁸⁴.

¹⁸¹ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General N.º 30. *Sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos*. 56º periodo de sesiones, 2013, párr. 77 (cursivas agregadas).

¹⁸² COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General N.º 33. *Sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. 61º periodo de sesiones, 2015, párr. 3.

¹⁸³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación General N.º 3. *Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*. 2016, párr. 17.

¹⁸⁴ Al respecto, resultan ilustrativos varios de los trabajos de María Ángeles Barrère, Dolores Morondo, María José Añón, María del Carmen Barranco, Neus Torbisco, Roberto Saba, Claudio Nash, Valeska David y Christian Courtis que se citan en esta investigación.

Por este motivo, el segundo capítulo tiene por objeto profundizar en este concepto, así como en las consecuencias jurídicas que tendría su incorporación en el campo del Derecho. Finalmente, en el tercer capítulo se examinará si este concepto (o alguna de sus dimensiones) se ha incorporado al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y si su incorporación ha sido positiva para el fortalecimiento de la respuesta jurídica del sistema frente a la discriminación (o si se requieren cambios para mejorar esta respuesta).

CAPÍTULO 2

APROXIMACIÓN DOCTRINAL AL CONCEPTO “DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL”. UN CONCEPTO EN FORMACIÓN

En el capítulo anterior se realizó un recorrido a través de los distintos calificativos que acompañan a la voz discriminación (directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional o múltiple y estructural o sistémica); recorrido que ha permitido evidenciar la forma compleja, y muchas veces sutil, en que se configura la discriminación en la sociedad. Entre los calificativos examinados, el binomio discriminación directa e indirecta es el que mayor difusión y aceptación ha alcanzado en el campo del Derecho. Los demás supuestos –no menos importantes– aún aguardan un mayor desarrollo en el ámbito de lo jurídico.

En este capítulo se llevará a cabo una aproximación doctrinal al concepto discriminación estructural a fin de conocer la preocupación que lo sustenta, así como sus características y posibilidades. Como se ha señalado en el capítulo anterior, este concepto ha ido ganando interés a nivel de la doctrina y también en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; sin embargo, es importante recordar que se trata de un concepto que se encuentra aún en formación y, por tanto, no es posible afirmar que exista a nivel de la legislación, jurisprudencia o doctrina una definición consolidada acerca de lo que significa y la respuesta jurídica que merece. De ahí que resulte de interés profundizar en él y a ello, precisamente, está dedicado este segundo capítulo.

1. Las raíces filosóficas del concepto

En este punto se busca explorar el origen filosófico del concepto discriminación estructural, para lo cual se tomará en cuenta el desarrollo doctrinal que existe en la materia. La elección de esta fuente responde a que este concepto surge de la doctrina, como una aproximación crítica que busca redefinir el concepto jurídico tradicional de la discriminación, a fin de dar cabida en él a la noción de opresión intergrupal¹⁸⁵. Dos autoras que actualmente vienen trabajando esta propuesta son María Ángeles Barrère y

¹⁸⁵ AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio”. En *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX. Tomo IV, vol. V, libro II*, coordinado por Alberto Iglesias Garzón, Madrid: Dykinson, 2013, p. 662.

Dolores Morondo, quienes han defendido la idea de ampliar el significado de la discriminación hasta incorporar en él la idea de “poder sobre” (o de opresión intergrupala)¹⁸⁶.

Dado que en varios momentos de este capítulo se hará referencia a la propuesta de estas dos autoras (así como a las fuentes que inspiran dicha propuesta), conviene efectuar dos precisiones iniciales. En primer lugar, que si bien Barrère y Morondo reconocen el uso de la expresión “discriminación estructural”, proponen el uso de un nuevo término para designar a la discriminación así entendida: “subordiscriminación”¹⁸⁷. En el presente trabajo, sin embargo, se ha optado por emplear la expresión “discriminación estructural” y también (aunque en menor medida) la expresión “discriminación sistémica”, por ser las que mayor presencia tienen a nivel de la doctrina y también –como se ha señalado en el primer capítulo– a nivel de Naciones Unidas, pues esta es la terminología que viene siendo empleada por los comités DESC, CERD, CEDAW y CDPD¹⁸⁸.

En segundo lugar, cabe precisar que la visión de Barrère y Morondo entronca con el pensamiento crítico en general; y, en particular, con el iusfeminismo de los Estados Unidos de América de las últimas décadas¹⁸⁹. Por tanto, se basan en categorías analíticas entre las que el sistema sexo-género ocupa un papel determinante; asimismo, en la elaboración de su propuesta se refieren a las aportaciones de tres autoras feministas norteamericanas: Iris Marion Young, Catharine MacKinnon y Kimberlé Williams Crenshaw. Más adelante se hará referencia al trabajo más representativo de estas tres

¹⁸⁶ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 45, 2011, p. 17.

¹⁸⁷ *Ibid.*; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho antidiscriminatorio y sus límites*. Lima: Grijley, 2014, pp. 23-24.

¹⁸⁸ Ver, al respecto, el punto 4.4 del capítulo 1.

¹⁸⁹ Con relación al feminismo y, específicamente, al iusfeminismo Barrère precisa lo siguiente: “Como es sabido, el feminismo no es una corriente de pensamiento homogénea, pero, a pesar de la pluralidad de perspectivas o tendencias feministas, es posible hablar del feminismo en singular o, si se quiere, en general. Este acuerdo de fondo permite definir al feminismo, además de como una práctica social (como ‘movimiento’), como un *corpus* teórico basado en una postura crítica o de transformación de la realidad que: 1) partiendo de que las mujeres viven una historia inacabada de discriminación respecto de los hombres; 2) sostiene que esa discriminación impregna las estructuras sociales de todo tipo (económicas, jurídicas, familiares, culturales, ideológicas, etc.); y 3) considera que la lucha contra esa discriminación exige un esfuerzo de análisis y revisión de (y desde) todos los ámbitos disciplinares o del saber. Cuando esta corriente crítica intenta transformar la realidad y la cultura jurídicas como instancias productoras y reproductoras de la discriminación y –a mayor razón– es protagonizada por quien se ha instruido en la enseñanza y práctica jurídicas, se puede hablar de ‘feminismo jurídico’ o ‘iusfeminismo’”. BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación”. En *Mujeres, derechos y ciudadanía*, coordinado por Ruth Mestre, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 47 (cursivas en el original).

autoras, aunque no para reconstruir la evolución de su pensamiento, sino para analizar su influencia en la visión de la discriminación que aquí se examina.

De otro lado, en este capítulo también se tomarán en cuenta aquellas propuestas que desde la doctrina se han elaborado en torno a la idea de “desigualdad estructural”. Es el caso de Roberto Saba, quien reconstruye la noción usualmente aceptada de igualdad (entendida como trato no arbitrario) para capturar en ella los problemas de desigualdad estructural que enfrentan determinados grupos sociales¹⁹⁰. El autor parte del reconocimiento de la existencia de normas y prácticas sociales que posicionan a ciertos grupos en una situación de desventaja; y, en respuesta, propone una noción de igualdad que se caracteriza por incorporar una exigencia dirigida al desmantelamiento de situaciones de subordinación. En ese sentido, Roberto Saba articula su propuesta asociando la noción de igualdad con el principio de no sometimiento¹⁹¹.

La noción de desigualdad estructural también puede encontrarse en Neus Torbisco, quien identifica la desigualdad estructural como un problema para la democracia. Según esta autora, “una serie de dinámicas sociales reiteradas conducen a la persistencia de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos, incluso en ausencia de motivos discriminatorios explícitos”¹⁹². Esto genera una serie de limitaciones que hacen que sea muy difícil para los miembros de los grupos subordinados ejercer influencia en la esfera pública y en la acción política, lo que socava la confianza entre los diversos grupos que componen una comunidad política¹⁹³.

Tanto Roberto Saba como Neus Torbisco se remiten en sus escritos al pensamiento del autor norteamericano Owen Fiss, por lo que también se hará referencia a la propuesta de este último autor en aquellos aspectos que guarden relación con el objeto de este capítulo,

¹⁹⁰ Cfr. SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores (Ebook), 2016, pp. 24 y ss.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁹² TORBISCO CASALS, Neus. “La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia”. En *Los límites de la democracia*, AAVV, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 39. La descripción de Neus Torbisco respecto de la desigualdad estructural es semejante a la forma en que María José Añón concibe la discriminación estructural o sistémica. Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 39, 2013, p. 148.

¹⁹³ TORBISCO CASALS, Neus. “La institucionalización de la diferencia... ob. cit., pp. 47 y 55.

principalmente, en relación con aquello que él denomina el “principio de apoyo a los grupos desaventajados”¹⁹⁴.

Considerando lo anterior, a continuación, se examinarán aquellas preocupaciones que están en el origen o en la base del concepto discriminación estructural (o sistémica). Asimismo, de manera paralela, se expondrán aquellos argumentos que, desde una perspectiva crítica, cuestionan la mirada –por así decirlo– “tradicional” (formal, liberal) de la discriminación por no tomar en cuenta aspectos como la dimensión colectiva o grupal de la discriminación y las relaciones de poder que existen entre los diferentes grupos sociales.

1.1. La crítica al individualismo y la importancia de la dimensión colectiva o grupal de la discriminación

Uno de los aspectos de la discriminación que se destaca con el calificativo “estructural” es su faceta o dimensión colectiva o grupal. Esto supone un desafío en el ámbito de lo jurídico pues, como explica María José Añón, “el concepto de discriminación utilizado en los textos legales y jurisprudenciales interpreta la discriminación como un conflicto entre individuos concretos y tiende a convertir el problema en una cuestión intersubjetiva”¹⁹⁵. Si bien la autora reconoce que existen algunos avances, puntualiza que “[e]l reconocimiento de la dimensión colectiva o grupal de la discriminación ha ido arraigando en una cultura jurídica que, sin embargo, se encuentra impregnada de categorías jurídicas individuales”¹⁹⁶.

En un sentido similar, Judith Squires considera que la lógica de la igualdad desarrollada a través de los mecanismos judiciales se ha limitado a un modelo individualizado de igualdad, en el que las cortes de justicia buscan combatir la discriminación que deriva de prácticas injustas. Sin embargo, estas mismas cortes están escasamente preparadas para implementar un concepto de igualdad basado en grupos (*group-based*) y para abordar los aspectos estructurales más complejos de la

¹⁹⁴ FISS, Owen. “Grupos y la cláusula de igual protección” (trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino). En *Derecho y grupos desaventajados*, compilado por Roberto Gargarella, Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 159 y ss.

¹⁹⁵ AÑÓN ROIG, María José. “Discriminación racial: El racismo institucional desvelado”. En *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, editado por Federico Arcos Ramírez, Madrid: Dykinson, 2016, p. 145.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

discriminación¹⁹⁷. Al reflexionar sobre esta misma cuestión, María Ángeles Barrère señala que un aspecto que dificulta la identificación de la discriminación como una cuestión colectiva o grupal es que con frecuencia se manifiesta o se percibe como un asunto individual¹⁹⁸.

Para Roberto Saba el problema radica en que el principio de igualdad ante la ley, entendido como no discriminación, tiene su raíz en una versión individualista de los derechos, lo que a su juicio responde a dos consideraciones. En primer lugar, a una visión descontextualizada de la situación de cada individuo, que se opone a una visión “sociológica o contextualizada” que permitiría tomar en cuenta la pertenencia del individuo a un determinado grupo; lo que resulta relevante pues las personas reciben ciertos tratos como consecuencia de su pertenencia a determinados grupos sociales¹⁹⁹. En segundo lugar, el autor advierte que esta versión individualista requiere una supuesta intención de discriminar (que se reconoce a partir de la irrazonabilidad del criterio de diferenciación seleccionado); sin embargo –como se ha visto– pensar la discriminación únicamente como un acto (u omisión) intencional no resulta adecuado porque la prohibición de discriminación también alcanza a aquellas prácticas que, sin buscarlo, tienen efectos adversos para determinados grupos²⁰⁰.

Estas consideraciones oponen resistencias a la introducción de la discriminación estructural en el campo del Derecho, pues se piensa que “resulta más ‘acomodado’ a los sistemas jurídicos limitar la interpretación de la discriminación a una desigualdad interindividual y, en última instancia, intencional y ello, incluso allí donde ha sido introducida la modalidad indirecta de discriminación”²⁰¹.

Sobre el elemento de la intencionalidad se volverá más adelante. En este punto me interesa destacar que en el origen del concepto discriminación estructural puede encontrarse una crítica al individualismo y, paralelamente, una postura a favor de reconocer y dar mayor relevancia a la dimensión colectiva o grupal de la discriminación. Esta afirmación, sin embargo, merece una mayor explicación, sobre todo porque el

¹⁹⁷ SQUIRES, Judith. “Intersecting Inequalities”. *International Feminist Journal of Politics*, volumen 11, número 4, 2009, p. 507.

¹⁹⁸ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997, p. 27.

¹⁹⁹ SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal...* ob. cit., p. 41.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ AÑÓN ROIG, María José. Prólogo. En *Mujeres, derechos y ciudadanías*, coordinado por Ruth Mestre i Mestre, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 14.

término “individualismo” es excesivamente ambiguo y tiene una fuerte carga emotiva (tanto positiva como negativa)²⁰².

En ese sentido, conviene precisar que la versión individualista de la no discriminación, que Roberto Saba critica, no se asocia con una perspectiva holista; y, por eso, no liberal. El autor parte de reconocer a las personas como fines en sí mismas y valiosas en términos individuales (no “sacrificables” por el bienestar del grupo como totalidad). La crítica de este autor se dirige más bien hacia la falta de atención al contexto y a los efectos del trato dispensado, así como a la visión de la situación de la persona desconectada de su pertenencia al grupo²⁰³.

En un sentido similar, María José Añón opina que aquello que resulta verdaderamente importante en esta materia es que se tome en cuenta que la discriminación estructural tiene una faceta o dimensión colectiva o grupal definitoria. Ciertamente, esto no implica descartar que las personas individualmente consideradas puedan experimentar la discriminación estructural, pues sí lo hacen. Lo que se quiere decir es que la razón por la que esto sucede es porque comparten o se les atribuye unas características, rasgos o prejuicios propios de una colectividad²⁰⁴.

Si bien en la construcción de esta crítica la doctrina suele referirse constantemente al concepto “grupos” o, más precisamente, “grupos sociales”, este concepto no resulta del todo preciso o determinado en su teorización. Por este motivo, a continuación esta cuestión será examinada con mayor detalle; y, en un segundo momento, se establecerá una conexión entre los grupos sociales y los estereotipos que causan discriminación.

²⁰² Respecto de la carga emotiva positiva, Jesús González Amuchástegui señala que el individualismo “evoca la defensa de las personas y de su autonomía frente al Estado y otras comunidades con vocación totalitarista, al tiempo que refleja el igual respeto al que son acreedores todos los seres humanos”; mientras que su carga emotiva negativa “sugiere igualmente una defensa de intereses egoístas de minorías privilegiadas frente a los intereses de la generalidad, así como una concepción atomística y conflictiva de la sociedad que ve en todo ser humano un competidor cuando no un enemigo”. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 119.

²⁰³ SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal...* ob. cit., p. 41.

²⁰⁴ AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio...” ob. cit. p. 134. Según esta autora, la tesis de la dimensión grupal de la discriminación se ha visto oscurecida por la afirmación de que las demandas de los grupos desaventajados solo pueden articularse a través de derechos colectivos (su opinión, como se ha señalado, es otra). Al respecto, Añón recuerda que la discusión sobre la categoría “derechos colectivos” ha enfrentado de forma excesivamente dicotómica a liberales y comunitaristas.

1.1.1. El concepto “grupos sociales”

Al hablar de discriminación se suele considerar –por ejemplo– que las mujeres, los hombres, las personas que comparten una misma raza u origen étnico, las personas que comparten una misma religión, etc. conforman grupos sociales²⁰⁵. Como contraejemplo, se podría pensar en un grupo de productores que son diferenciados por una ley o por una práctica estatal para efectos de otorgar un subsidio²⁰⁶. Esta última situación difícilmente reflejaría el sentido en el que aquí se habla de grupos sociales. Entonces, ¿qué se entiende por este concepto?

Siguiendo a Owen Fiss, “un grupo social es más que una serie de individuos que, por tomar un ejemplo extremo, se encuentran, por azar, en la misma esquina, en el mismo momento”²⁰⁷. Según este autor, un grupo social se caracteriza porque, en primer lugar, constituye una entidad que tiene una existencia y una identidad propia, distinta de la de sus miembros; por consiguiente, es posible hablar de un grupo social sin referirse a los miembros particulares que lo componen. En segundo lugar, entre el grupo social y sus miembros existe un nivel de interdependencia, pues su identidad y bienestar se encuentran interrelacionados. En ese sentido, se advierte que “[l]os miembros del grupo se autoidentifican –explican quiénes son– refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo”²⁰⁸.

Otra autora muy influyente en esta materia es Iris Marion Young, para quien un grupo social es “un colectivo de personas que se diferencia de al menos otro grupo a través de formas culturales, prácticas o modos de vida”²⁰⁹. Desde esta perspectiva, un grupo social es una expresión de las relaciones sociales, pues existe solo en relación con al menos otro grupo. Además, no se trata de simples agregados de individuos pues un elemento que

²⁰⁵ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...* ob. cit. p. 26.

²⁰⁶ COURTIS, Christian. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”. *Revista Derecho del Estado*, número 24, 2010, p. 113.

²⁰⁷ FISS, Owen. “Grupos y la cláusula de igual protección...” ob. cit., p. 138.

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 138-139. Para Fiss, además de las características mencionadas, las personas afroamericanas presentan otras dos: “La primera es que los afroamericanos se encuentran en una posición socioeconómica muy mala [...], y además han estado ocupando dicha posición durante siglos. En algún sentido, podría decirse que constituyen, en Norteamérica, una clase inferior permanente. Son estas dos características –la posición ocupada por el grupo, y el tiempo durante el cual el mismo ha ocupado dicha posición– lo que justifica que se defiendan los esfuerzos por mejorar el estatus del grupo”. *Ibid.*, p. 140.

²⁰⁹ YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia* (trad. de Silvina Álvarez). Madrid: Cátedra, 2000, p. 77.

distingue a los grupos sociales es que existen afinidades específicas entre quienes los integran, debido a sus experiencias o formas de vida similares.

La visión de Young acerca de los grupos sociales supone una crítica a quienes los conciben como conjuntos o como asociaciones, conceptos que la autora considera metodológicamente individualistas. Si se piensa en términos de conjuntos –señala–, las personas podrían agruparse atendiendo a un gran número de atributos compartidos, como el color de los ojos, la marca del automóvil que conducen, la calle en la que viven, etc.; pero un grupo social se define principalmente por un sentido de identidad. Incluso en aquellos casos en que los atributos objetivos son una condición necesaria para considerar a una persona como parte de un grupo, “son la identificación con una cierta categoría social, la historia común que genera la categoría social y la autoidentificación las que definen al grupo como grupo”²¹⁰.

Con relación a las asociaciones, Young señala que estas se caracterizan por organizarse formalmente, como ocurre con un club, un partido político, una iglesia, un colegio o un sindicato, donde los individuos son anteriores a las asociaciones y las integran voluntariamente. Algo distinto ocurre con los grupos sociales, en cuyo caso se podría decir –siguiendo a la misma autora– que una persona “se descubre a sí misma como miembro de un grupo al que experimenta como si hubiera existido siempre”²¹¹.

Otro aspecto que conviene precisar respecto de la propuesta de Young es que ella no considera que la pertenencia a un determinado grupo social sea inmutable; por el contrario, la autora señala que muchas mujeres se identificaron como lesbianas después de haberse identificado como heterosexuales. Asimismo, refiere que cualquier persona que viva un tiempo suficientemente largo se identificará como una persona adulta mayor. Lo que para Young resulta fundamental es que en estos casos dichos cambios se experimentan como transformaciones en la propia identidad.

La autora también advierte que los grupos sociales no son en sí mismos homogéneos, pues las personas que los integran no tienen una naturaleza común compartida. Esta heterogeneidad se hace especialmente evidente en sociedades grandes y complejas, en que las diferencias de grupo se cruzan unas con otras. Así, por ejemplo, refiriéndose a la sociedad norteamericana, la autora señala que las personas afrodescendientes no

²¹⁰ *Ibid.*, p. 79.

²¹¹ *Ibid.*, p. 82.

conforman un grupo único, con una vida en común; pues al igual que otros grupos raciales o étnicos, se diferencian por la edad, el género, la clase, la religión, la nacionalidad, etc.²¹²

Finalmente, cabe señalar que, pese a su importancia, la visión de Young acerca de los grupos sociales no está exenta de dificultades. Una de ellas es apuntada por Nancy Fraser, quien si bien reconoce el atractivo de esta propuesta, también advierte que puede resultar problemático invocar un único concepto (el de grupo social) para cubrir un número tan amplio y diverso de fenómenos²¹³. Esta observación –que también puede ser extendida a Fiss²¹⁴– alerta sobre el riesgo de que, implícitamente, se tome como referente a determinados grupos sociales, proyectando sus características sobre todos los demás. Eventualmente, esto podría motivar que no se haga justicia a los distintos tipos de colectividad²¹⁵.

En lo sucesivo, se seguirá de cerca la concepción que Fiss y Young tienen acerca de los grupos sociales. Esto supone reconocer que los grupos sociales no constituyen meros agregados de individuos y que las personas que los integran suelen compartir un sentido de identidad que, en parte, es determinado por el estatus que el grupo ocupa en la sociedad. Ahora bien, esto no implica restar importancia a la advertencia de Fraser, por el contrario, resulta fundamental que se incluyan varios modos distintos de colectividad, sin que un único paradigma eclipse a los demás²¹⁶.

²¹² Esta preocupación ocupa un lugar central en la propuesta de Kimberlé Crenshaw. A esta autora se ha hecho referencia en el punto 4.3 del primer capítulo y se retomará en el punto 2.2.3 del presente capítulo.

²¹³ FRASER, Nancy. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"* (trad. de Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997, p. 260.

²¹⁴ Sobre el particular, Fiss señala que “[s]ería el primero en admitir que trabajar con el concepto grupo resulta problemático, y mucho más que hacerlo con el concepto de individuo, por ejemplo. En algunos casos, en efecto, resulta extremadamente difícil determinar si ciertos sujetos en particular son miembros o no del grupo; o si una determinada serie de personas constituye un grupo social”. FISS, Owen. “Grupos y la cláusula de igual protección... ob. cit., p. 139.

²¹⁵ FRASER, Nancy. *Iustitia Interrupta...* ob. cit., pp. 260-261. Según Fraser, la argumentación de Young no escapa a este reproche pues tácitamente privilegia el grupo social basado en la cultura, con lo cual el grupo étnico se convierte en paradigma.

²¹⁶ Una polémica que aquí no se buscará resolver, pero que no puede dejar de plantearse, guarda relación con el hecho de que a nivel de la doctrina existe una discusión en torno a si las mujeres pueden ser consideradas un grupo. Ello resulta discutible sobre todo si se tiene en cuenta que las mujeres “[s]on la mitad de la humanidad y más o menos la misma composición al interior de la mayor parte de las sociedades” (AÑÓN ROIG, María José. “El acceso de las mujeres migrantes a los derechos humanos: la igualdad inacabada”. *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, volumen 17, número 2, 2010, p. 245). No obstante, para los efectos de esta investigación se considerará a las mujeres como un grupo social, en el sentido que ha sido desarrollado en este punto.

1.1.2. Grupos sociales y estereotipos que causan discriminación

Siguiendo a Rebecca Cook y Simone Cusack un estereotipo puede ser entendido como “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir”²¹⁷. A manera de ejemplo las autoras citan expresiones como “todos los adolescentes son irresponsables”, “las mujeres son cuidadoras por naturaleza”, “los hombres son fuertes físicamente” y “la maternidad es el rol y destino natural de la mujer”²¹⁸. En todos estos casos existe la presunción de que las personas que integran dichos grupos sociales poseen determinados atributos, características o roles. El problema radica en que estas presunciones ignoran las necesidades, deseos, habilidades y circunstancias individuales de cada persona, lo que genera un impacto negativo en su capacidad para crear o formar sus propias identidades, así como para construir y tomar decisiones sobre sus propios proyectos de vida²¹⁹.

Para ilustrar esta preocupación, se podría pensar en el caso de una trabajadora mujer que postula a un puesto de mayor responsabilidad en su centro laboral; pero cuya candidatura es descartada por la parte empleadora, que prefiere que el puesto sea ocupado por un postulante varón. Esta decisión pudo haber estado motivada por estereotipos de género²²⁰, es decir, por aquello que significa e implica socialmente pertenecer al “grupo hombres” y al “grupo mujeres”²²¹. Por ejemplo, la persona encargada de realizar el proceso de selección pudo haber considerado que las responsabilidades familiares de la postulante mujer, atendido a sus roles de esposa y madre, serían un inconveniente para trabajar horas extras y realizar constantes viajes de negocios fuera de la ciudad. Asimismo, pudo haber considerado que el trabajo estaría mejor en manos de una persona altamente competitiva, firme e incluso agresiva en los negocios, características que socialmente se asocian más a los hombres que a las mujeres. Como se ha explicado, de

²¹⁷ COOK, Rebecca J. y Simone CUSACK. *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales* (trad. de Andrea Parra). Bogotá: Profamilia, 2010, p. 11.

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 11 y ss.

²¹⁹ *Ibid.*, pp. 13-14.

²²⁰ Al respecto, se ha interpretado que “[l]os estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales”. *Ibid.*, p. 23.

²²¹ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...* ob. cit. p. 27.

judicializarse, este caso posiblemente sería percibido como un asunto individual, pese a tener una base grupal definitoria²²².

Desde la doctrina se ha conectado la preocupación por los estereotipos sociales con la reflexión acerca de la vulnerabilidad en el campo de los derechos humanos²²³. Si bien no es el propósito de esta investigación profundizar en el concepto de vulnerabilidad –que por su amplitud merecería un análisis específico– considero importante destacar que una de sus acepciones la vincula con una tendencia a la discriminación estructural²²⁴.

Al respecto, cabe precisar que si bien en un primer momento la vulnerabilidad se hacía depender únicamente de una condición personal compartida con los miembros de un grupo, esta visión parece haber cedido su lugar para dar paso a una perspectiva que toma en cuenta la forma en que la sociedad está organizada. Para M. Carmen Barranco este cambio es atribuible al punto de inflexión que, en materia de derechos humanos, representa la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)²²⁵. Refiriéndose a este cambio de paradigma, Agustina Palacios explica que “[s]i en el modelo rehabilitador la discapacidad era atribuida a una patología individual, en el modelo social se interpreta como el resultado de las barreras sociales y de las relaciones de poder, más que de un destino biológico ineludible”²²⁶. La aplicación de este nuevo paradigma a la reflexión sobre la vulnerabilidad implica que esta última

²²² *Ibid.*, pp. 27 y ss.

²²³ Cabe precisar que la vulnerabilidad puede asumir sentidos parcialmente diferentes atendiendo a su ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, en el ámbito de la acción humanitaria y de la atención en caso de desastres, predomina la perspectiva de la vulnerabilidad como exposición a riesgos; mientras que, cuando se trata de derechos humanos, cobra sentido otra acepción de la vulnerabilidad que la vincula con una “tendencia a la discriminación”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”. En *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, editado por M. Carmen Barranco Avilés y Cristina Churruca Muguruza. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 17-19.

²²⁴ *Ibid.*, p. 26.

²²⁵ Siguiendo a M. Carmen Barranco este cambio de paradigma se articula sobre tres elementos: “El primero de ellos es la revisión de la teoría de la justicia basada en derechos; el segundo tiene que ver con la aplicación del enfoque basado en derechos al tratamiento de la discapacidad; por último, la Convención introduce un concepto social, y no individual, de discapacidad”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad... ob. cit., p. 22.

²²⁶ PALACIOS, Agustina. “Personas con discapacidad y derechos humanos”. En *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX. Tomo IV, vol. V, libro II*, coordinado por Alberto Iglesias Garzón, Madrid: Dykinson, 2013, p. 963. Algunas claves para entender el significado de este modelo pueden encontrarse en Paul Abberley, quien propone aplicar a este ámbito el concepto de opresión, lo que implica que las desventajas que enfrentan las personas con discapacidad están relacionadas con una ideología o un conjunto de ideologías que no son ni naturales ni inevitables; y que sitúan a las personas con discapacidad en una posición inferior en la sociedad en relación con otros grupos sociales. Además, es posible identificar que existe algún beneficiario de este estado de cosas. Cfr. ABBERLEY, Paul. “The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability”. *Disability, Handicap and Society*, volumen. 2, número 1, 1987, p. 7.

“está ideológicamente justificada, de forma que no tiene por qué ser natural e inevitable; y además, que ‘alguien’ obtiene beneficios de la situación de desventaja”²²⁷.

Con esta nueva visión, la vulnerabilidad asociada a la discapacidad pasa a ser contemplada como una desventaja de carácter social “resultado de la situación de ausencia de poder y de subordinación en la que se encuentra el colectivo”²²⁸. De ahí que algunos autores definan la discapacidad como una forma específica de opresión social²²⁹. Siguiendo a Patricia Cuenca, ello implica entender que la discapacidad es socialmente creada como una forma de opresión social institucionalizada (al igual que el racismo o el sexismo); y, asimismo, permite calificar de estructural, institucional o sistémica la discriminación que enfrentan las personas con discapacidad²³⁰.

En este orden de ideas, M. Carmen Barranco señala que la vulnerabilidad, concebida como una tendencia a la discriminación estructural, “hunde sus raíces en la presencia de estereotipos sociales que asignan a las personas discriminadas roles de subordinación”²³¹. Asimismo, la autora advierte que las teorías de los derechos se han venido articulando sobre dos presupuestos que las hacen impermeables a la vulnerabilidad así entendida: el individualismo y la definición de la libertad política como no-interferencia.

No me referiré aquí al segundo presupuesto pues la definición de la libertad política como no-interferencia será examinada en el siguiente punto. Con relación al primer presupuesto (y toda vez que, como se ha explicado, el término individualismo no tiene un significado unívoco) cabe precisar que, en este contexto, se dice que las teorías basadas en derechos son individualistas en el sentido que “los seres humanos son capaces de elegir y de responsabilizarse por la acción elegida. De ello depende la agencia moral y, por tanto, la atribución de derechos”²³². Por este motivo, cuando a partir de los estereotipos sociales se niega a las personas la capacidad de elegir, se les está negando también uno de los atributos que se consideran definitorios de la dignidad humana²³³. Esto ha llevado a que se justifique una serie de restricciones y exclusiones, por ejemplo, contra mujeres,

²²⁷ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad... ob. cit., p. 26.

²²⁸ CUENCA GÓMEZ, Patricia. “Discapacidad, normalidad y derechos humanos”. En *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, editado por M. Carmen Barranco y Cristina Churrucá, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 89.

²²⁹ Vid. ABBERLEY, Paul. “The Concept of Oppression... ob. cit.

²³⁰ CUENCA GÓMEZ, Patricia. “Discapacidad, normalidad... ob. cit., p. 89.

²³¹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad... ob. cit., p. 30.

²³² *Ibid.*

²³³ Cfr. *Ibid.*

niños y niñas, personas con discapacidad, personas mayores, etc., que incluso han sido convalidadas jurídicamente.

Los estereotipos sociales, por tanto, plantean un importante desafío para el Derecho y sus operadores, que corren el riesgo de reproducirlos. Esto se debe a que los estereotipos no necesariamente se atribuyen de manera consciente o voluntaria. Como señalan Cook y Cusack “[e]l acto de estereotipar puede estar tan embebido en nuestro tejido perceptivo, nuestro modo de pensar y categorizar, que no tenemos conciencia de ello. Así, no lo diagnosticamos como un problema que requiera remedio legal o de otro tipo”²³⁴. Por este motivo, es importante examinar los contextos en los que dichos estereotipos funcionan, la forma en que se han perpetuado, así como en qué medida contribuyen a la estratificación social o a la subordinación de determinados grupos sociales²³⁵.

Al poner énfasis en la dimensión colectiva o grupal de la discriminación y tener en cuenta las relaciones de poder que existen entre los diferentes grupos sociales, el concepto discriminación estructural busca hacer frente a este desafío.

1.2. La crítica a la libertad política como no-interferencia y la importancia de la libertad como no dominación

Roberto Saba conecta la reflexión en torno a la desigualdad estructural con la idea de “libertad respeto de cualquier opresión”²³⁶. Para ilustrar su propuesta, el autor cita a Mariano Moreno, uno de los líderes de la revolución independentista argentina, quien en el año 1810 proyectó un decreto en el que, de manera muy gráfica, explicaba que “cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan”²³⁷. Para Moreno, la idea de igualdad debía ser construida sobre el rechazo de la opresión y, por tanto, no existía contradicción sino una estrecha vinculación entre igualdad y libertad.

²³⁴ COOK, Rebecca J. y Simone CUSACK. *Estereotipos de género...* ob. cit., p. 16. En este mismo sentido, las autoras señalan que “nuestros diarios encuentros con los estereotipos son, con frecuencia, invisibles. Cuando los estereotipos han estado socialmente arraigados por generaciones o cuando han dominado los diferentes sectores o sociedades, con frecuencia operan de una forma que no detectamos”. *Ibíd.* p. 37.

²³⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 70-71. Tarea nada sencilla si se tiene en cuenta, por ejemplo, que “[l]a eliminación de algunas de las más ocultas y a la vez más generalizadas formas de discriminación contra las mujeres exige la deconstrucción de los estereotipos de género, los cuales son notablemente resilientes y resistentes a ser erradicados o reformados”. *Ibíd.*, p. 2.

²³⁶ SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal...* ob. cit., p. 43.

²³⁷ Citado por Roberto Saba. *Ibíd.*, p. 24.

Dado que en este punto se buscará conectar la idea de libertad con la idea de discriminación estructural, es importante señalar que es prácticamente unánime que en las reflexiones sobre derechos humanos se establezca una vinculación entre estos derechos (es decir, los derechos humanos) y el valor de la libertad; sin embargo, esta unanimidad cesa cuando se trata de determinar qué se entiende por libertad²³⁸. En atención a ello, entre todas las posibles aproximaciones a la libertad y las propuestas para su comprensión, aquí se prestará atención al concepto de libertad adecuado para el lenguaje político.

1.2.1. Las concepciones negativa y positiva de la libertad. Crítica a la libertad como no-interferencia

Un aspecto al que necesariamente se ha de prestar atención al hablar de libertad en el lenguaje político es que el uso de este término es tan frecuente como ambiguo²³⁹. Como sucede con otros términos, esta ambigüedad es en parte atribuible a su carga emotiva; pero también a que se trata de un concepto al que recurren distintas tradiciones políticas, desempeñando la libertad un papel distinto en cada una de ellas²⁴⁰.

Uno de los ensayos más influyentes sobre el tema lleva por título “*Two Concepts of Liberty*” y está basado en una lección inaugural impartida por Isaiah Berlin en el año 1958 en la Universidad de Oxford²⁴¹. Este ensayo establece una diferencia entre dos sentidos distintos de la libertad: la libertad negativa y la libertad positiva²⁴².

²³⁸ Cfr. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Libertad”. En *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, dirigido por Juan José Tamayo Acosta, Navarra: Editorial Verbo Divino, 2005, p. 77.

²³⁹ LAPORTA, Francisco. “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, número 52, 1983, pp. 23 y ss.

²⁴⁰ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 5, número 9, 2000, p. 67.

²⁴¹ Para Francisco Laporta este ensayo constituye un punto de referencia ineludible. Cfr. LAPORTA, Francisco. “Sobre el uso del término ‘libertad’... ob. cit. p. 24.

²⁴² Antes que Isaiah Berlin, otro autor que también abordó la idea de libertad a partir de una dicotomía es Benjamin Constant, quien en el año 1819 estableció una distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos. La primera consistía en “la participación activa y constante en el poder colectivo”; mientras que la segunda, en “el disfrute pacífico de la independencia privada”. CONSTANT, Benjamin. “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos” (trad. de Carlos Patiño Gutiérrez). *Libertades*, año 1, número 3, 2013, p. 88. Sobre los contenidos de la libertad en Benjamin Constant, Vid., RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel. “Benjamin Constant: Estado liberal de Derecho y derechos humanos”, en A.A.V.V. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III, Siglo XIX, Vol. II, Libro II. La filosofía de los derechos humanos, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 761-772.

El primero de estos dos sentidos guarda relación con la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto sufro la interferencia de las demás personas? Esta pregunta es relevante porque, desde el punto de vista de la libertad negativa, una persona será libre en la medida que nadie interfiera en su actividad. En otras palabras, la libertad alude a aquel espacio en el cual una persona puede actuar sin ser obstaculizada por las demás personas. Dice Berlin: “Cuanto mayor sea el espacio de no interferencia mayor será mi libertad”²⁴³.

Un aspecto que resulta llamativo de la libertad considerada en este sentido (libertad como no-interferencia) es que no tiene una conexión lógica con la democracia o el autogobierno. A fin de ilustrar esta afirmación, el autor señala que así como la democracia puede ser compatible con el establecimiento de una serie de obstáculos o interferencias a la actuación de las personas, también podría existir un déspota con espíritu liberal que conceda a sus súbditos un gran espacio de no-interferencia. En esta medida, “[e]l autogobierno puede, como mucho, proporcionar una protección mayor de las libertades civiles que otros regímenes, y como tal ha sido defendido por los liberales. Pero no hay una conexión necesaria entre libertad individual y el gobierno democrático”²⁴⁴.

A diferencia de la libertad negativa, la libertad positiva sí guarda relación con el deseo de ser gobernado por uno mismo; y, en ese sentido, aparece en la respuesta a las siguientes preguntas: ¿por quién soy gobernado? o ¿quién me dice lo que tengo que hacer y dejar de hacer? Si bien la respuesta a estas preguntas puede solaparse en alguna medida con aquello que significa la libertad negativa, se trata de dos cuestiones distintas. El sentido positivo de la libertad se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo (libertad como autodominio) y puede expresarse de la siguiente manera: “Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mi propios actos voluntarios y no de los de otros hombres”²⁴⁵.

Este último sentido de la libertad adquiere un significado peyorativo en Berlin²⁴⁶, pues se plantea la imagen de un sujeto escindido en dos y en lucha consigo mismo: de un lado, el yo dominante o auténtico identificado con la razón; y, de otro lado, el yo abandonado

²⁴³ BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (trad. de Ángel Rivero Rodríguez). Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 49.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 58.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 60.

²⁴⁶ Cfr. LAPORTA, Francisco. “Sobre el uso del término ‘libertad’... ob. cit. pp. 26 y ss.; BARRANCO AVILÉS, M. Carmen. “Notas sobre la libertad republicana... ob. cit. p. 69.

a sus deseos y pasiones. Entre ambos existe una diferencia que puede ampliarse aún más si se hace coincidir al primero con algo que va más allá del individuo; por ejemplo, un grupo, una iglesia, el Estado, etc. El autor advierte que una vez que se adopta este punto de vista, se está en posición de ignorar los deseos expresos de los individuos, “de intimidarles, de oprimirlos y torturarlos en nombre de sus ‘verdaderos’ yoes y por su bien”²⁴⁷ (según Berlin, esta suplantación estaría en el núcleo de las teorías políticas de la autorrealización). Considerando lo anterior, el autor se inclina a favor de la libertad negativa, tras advertir que la libertad positiva le ha llevado a conclusiones iliberales.

Hasta aquí las concepciones negativa y positiva de la libertad en Isaiah Berlin. Ahora bien, teniendo en cuenta esta distinción, conviene recordar que los derechos humanos surgen como una teoría vinculada al liberalismo político; y, en esta medida, a la idea de libertad en sentido negativo (o como no-interferencia). Como explica M. Carmen Barranco, desde este modelo “se considera que los derechos articulan una barrera en torno al titular dentro de la cual su voluntad es soberana”²⁴⁸.

Sin embargo, una lectura de los derechos que los conciba únicamente como instrumentos a través de los cuales se busca garantizar un ámbito de libre disposición individual (exento de interferencias del Estado y de particulares) es difícilmente compatible con la preocupación en torno a la discriminación estructural²⁴⁹. Esto se debe a que, “cuando los estereotipos convierten a unas personas en dependientes de otras, los derechos sirven para legitimar y consolidar las relaciones de poder que se producen en espacios privados”²⁵⁰.

²⁴⁷ BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad...* ob. cit. p. 63.

²⁴⁸ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad...” ob. cit., p. 30.

²⁴⁹ Y es también incompatible con el modelo contemporáneo de derechos. Al respecto, M. Carmen Barranco señala que “los derechos no pueden ser articulados únicamente como barreras, ni siquiera los tradicionalmente considerados derechos civiles. De este modo, se entiende que la diferencia entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales haya perdido en parte su sentido en favor de la indivisibilidad y la interdependencia”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 143.

²⁵⁰ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad...” ob. cit., p. 30. Como se ha explicado, la autora vincula la reflexión sobre la vulnerabilidad en el campo de los derechos humanos con los problemas de discriminación estructural; pero identifica dos presupuestos sobre los cuales se han articulado las teorías de los derechos humanos que las hacen “impermeables” a la vulnerabilidad así entendida (es decir, como tendencia o propensión a la discriminación estructural). Uno de estos presupuestos es el individualismo –al que se ha hecho referencia en el punto 1.1 de este capítulo– y el segundo es la idea de la libertad política como no-interferencia, que se aborda en este punto.

Teniendo en cuenta que la concepción negativa de la libertad, entendida como ausencia de interferencia, no necesariamente permite reconocer y hacer frente a las relaciones de poder que se producen en los espacios considerados privados (como el hogar, la familia, etc.), cabe efectuar la siguiente pregunta: ¿de qué otra manera podría entenderse la libertad política de modo que su comprensión resulte más compatible con la idea de discriminación estructural? En el siguiente punto se buscará responder a esta pregunta.

1.2.2 La libertad como no-dominación

En este punto se hará referencia al pensamiento de Philip Pettit respecto de la libertad como no-dominación, que representa una concepción intermedia entre aquello Isaiah Berlin denomina libertad negativa y libertad positiva. En ella confluyen algunas características de las dos concepciones anteriores: al igual que la libertad negativa, la libertad como no-dominación se enfoca en la ausencia de un elemento; y, al igual que en la libertad positiva, se pone el foco en la dominación (no en la interferencia)²⁵¹.

Al hablar de dominación, Pettit explica que el agravio que tiene en mente es el de tener que vivir a merced de otros, de manera que seamos vulnerables a algún mal que otras personas estén en posición de infligirnos arbitrariamente. Algunos ejemplos que menciona el autor son los siguientes:

“Es el agravio expresado por la mujer que se halla en una situación tal, que su marido puede pegarle a su arbitrio, sin la menor posibilidad de cambiar las cosas; por el empleado que no osa levantar la queja contra su patrono, y que es vulnerable a un amplio abanico de abusos, insignificantes unos, serios otros, que su patrono pueda arbitrariamente perpetrar; por el deudor que tiene que depender de la gracia del prestamista, del banquero de turno, para escapar al desamparo manifiesto o a la ruina; y por quienes dependen del bienestar público, que se sienten vulnerables al capricho de un chupatintas para saber si sus hijos van o no a recibir vales de comida”²⁵².

²⁵¹ PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (trad. de Toni Domènech). Barcelona: Paidós, 1999, pp. 40-41. Al reflexionar sobre esta cuestión, Quentin Skinner señala que sería injusto con Berlin decir que no se dio cuenta de la existencia de una tradición que conceptualiza la idea de libertad (en particular la libertad negativa) como ausencia de dependencia: “Berlin dedica mucha atención en la parte final de su ensayo a lo que describe como ‘la búsqueda del reconocimiento’, y se pregunta explícitamente si no sería ‘natural o deseable decir que la demanda de reconocimiento y posición es una demanda de libertad en un tercer sentido’. Sin embargo, planteada esta cuestión, Berlin responde con seguridad que no puede sostenerse coherentemente tal tercer concepto de libertad. Hablar de la dependencia social o política como falta de libertad, escribe, es confundir la libertad con otros conceptos...”. SKINNER, Quentin. “La libertad de las repúblicas: ¿un tercer concepto de libertad?” *Isegoría*, número 33, 2005, pp. 38-39.

²⁵² PETTIT, Philip. *Republicanism...* ob. cit., p. 22.

Los ejemplos mencionados por Pettit dan cuenta de la diferencia que existe entre la libertad entendida como no-interferencia y la libertad como no-dominación. En efecto, si se acoge la primera concepción, las situaciones aquí descritas no serían incompatibles con la libertad negativa a menos que cada una de estas personas sufra activamente algún tipo de interferencia. Por el contrario, si se acoge la segunda concepción de la libertad, los individuos que se encuentren en situaciones como las descritas —es decir, en situaciones en las que sufren dominación— carecen de libertad.

Dicho esto, conviene precisar que —siguiendo a Pettit— una situación de dominación se caracteriza porque alguien tiene la capacidad de interferir de manera arbitraria en determinadas elecciones que otra persona pudiera realizar²⁵³. Si bien, en el límite, la dominación quedaría ejemplificada por la relación entre el amo y el esclavo o el amo y el siervo; en la actualidad, no resulta difícil identificar otras relaciones de poder que coinciden con el sentido que aquí se atribuye a la dominación. Siguiendo con los ejemplos arriba mencionados, es el caso del “marido que puede golpear a su esposa por desobedecer sus instrucciones, sujeto cuando mucho a la tibia censura del vecindario; el patrono que puede despedir caprichosamente a sus empleados, apenas azorado tras la decisión”. O también del “maestro que puede castigar a sus discípulos, a la menor excusa o pretendida excusa; el carcelero que puede convertir en un infierno las vidas de los reclusos, a cara descubierta y sin necesidad de disimulo”²⁵⁴.

Un aspecto que conviene precisar respecto de la propuesta de Pettit, es que el autor vincula la libertad como no-dominación con la tradición republicana, que —a su juicio— ha venido moldeando muchas de las instituciones que se asocian con la democracia. En uno de sus escritos, el autor expresa esta vinculación de la siguiente manera:

“Como republicanos podemos saber lo que en última instancia queremos conseguir con la organización y la acción política dentro de nuestra comunidad doméstica. Diría que deseamos establecer un goce de las libertades básicas de las personas en condiciones de igualdad, garantizado por un orden público que a su vez esté sujeto a un control igualmente

²⁵³ Según Pettit, hay tres aspectos a considerar en una relación de dominación: “Prescindiendo de matices en la formulación de estos aspectos, diremos que alguien tiene poder de dominación sobre otro, en la medida que: 1. tiene capacidad para interferir, 2. de un modo arbitrario, 3. en determinadas elecciones que el otro pueda realizar”. *Ibid.*, p. 78.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 84-85.

compartido; si se quiere, deseamos promover la igual libertad como no dominación en las esferas privada y pública”²⁵⁵.

El republicanismo representa una corriente de pensamiento con raíces en la antigüedad clásica y que comenzó a “renacer” a finales del siglo XX²⁵⁶. Si bien el significado del republicanismo no es del todo preciso²⁵⁷, en Pettit este adquiere un significado contrario a toda dominación. Como reconoce el autor, esta concepción no debió ser un problema para el pensamiento republicano premoderno, en la medida que solo alcanzaba a una reducida élite de ciudadanos; pero se hizo demasiado exigente cuando, desde finales del siglo XVIII, se fue haciendo cada vez más evidente que la ciudadanía debía extenderse más allá del ámbito de los varones blancos propietarios.

De manera retórica, Pettit se pregunta cómo habría de esperarse que en este nuevo contexto el Estado garantizara el disfrute de un estatus no-dominado, por ejemplo, a los empleados, cuando la noción de empleo prevalente entrañaba una sujeción a la voluntad del patrono. Algo semejante ocurría con las mujeres: ¿cómo podía esperarse que el Estado les asegurara el disfrute de un estatus no-dominado si la idea recibida era que las mujeres estaban sujetas al arbitrio del padre o del esposo? No resulta extraño, por tanto, que la concepción republicana de la libertad, entendida como no-dominación, fuera desplazada por la concepción (menos exigente) de libertad como no-interferencia²⁵⁸.

A mi juicio, la idea de discriminación estructural y la idea de libertad como no-dominación (que Pettit se propone recuperar) tienen algo en común: comparten la preocupación por la experiencia de subordinación que enfrentan las personas²⁵⁹, por tanto, existe compatibilidad entre ambas propuestas. Esta conexión se pone especialmente de

²⁵⁵ PETTIT, Philip. “Recuperar la economía: el mercado como *res publica*”. *Revista de Economía Institucional*, volumen 15, número 28, 2013, p. 372.

²⁵⁶ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 161.

²⁵⁷ Al respecto, Gargarella señala lo siguiente: “Hasta cierto punto, el significado propio del republicanismo resulta demasiado vago e inasible (y quizá resida en dicha vaguedad parte del atractivo repentino generado por esta corriente). Alexander Hamilton pudo afirmar, al respecto, que la noción de republicanismo a la que se apelaba en su tiempo, era empleada con demasiados sentidos diferentes; y John Adams confesaba no haber llegado a entender nunca el significado de dicho término (más aún, sostenía que nadie que él conociese había alcanzado tal entendimiento). De todos modos, tampoco es cierto que nos encontremos frente a una situación de indeterminación radical”. *Ibíd.* p. 162.

²⁵⁸ PETTIT, Philip. *Republicanism...* ob. cit. pp. 13 y 71-75.

²⁵⁹ Dice Pettit, “[p]uesto que la experiencia de la subordinación está tan extendida, espero que los lectores compartan conmigo la intuición de que tiene que haber algo atractivo en el tipo de libertad que, exigiendo que no seas dominado por otro, te capacita para mirar de frente a los demás. Me anima en esa esperanza la convicción de que esa es en realidad la forma en que los republicanos tradicionales concibieron la libertad cuando arguyeron que su antónimo era la esclavitud o la sumisión, y cuando dibujaron como el gran mal a evitar la exposición a la voluntad arbitraria de otro”. *Ibíd.*, pp. 12-13.

manifiesto si se tiene en cuenta que el fenómeno de la discriminación estructural tiene la virtualidad de presentar como una opción y, por tanto, como algo voluntario y de responsabilidad puramente individual, decisiones que están fuertemente condicionadas por la forma en que la sociedad está organizada²⁶⁰. Como señala Añón Roig: “[e]l problema decisivo derivado de la subordinación es presentar como una opción libre y voluntaria lo que son decisiones fuertemente condicionadas” –y agrega– “[l]a nueva ‘ciudadanía estratificada’ oculta la aparición del viejo concepto de súbdito: alguien que está sometido a las reglas pero no decide sobre ellas”²⁶¹. Esta crítica también está presente en la noción de libertad entendida como no dominación.

Finalmente, considero oportuno precisar que la libertad así entendida (como no-dominación) no necesariamente es la única concepción de la libertad compatible con la noción de discriminación estructural²⁶². En todo caso, lo que se ha buscado poner de manifiesto en este punto es que entre estas dos ideas (libertad como no-dominación y discriminación estructural) existe una congruencia teórica, cuestión que resulta de interés si se tiene en cuenta que sobre la relación entre igualdad y libertad se ha escrito profusamente, pues las implicaciones de esta relación forman parte de un debate aún inacabado.

1.3. La crítica a la idea de imparcialidad o neutralidad y la incorporación a la noción de discriminación de los conceptos de opresión, dominación y/o subordinación

En el primer capítulo se hizo referencia a la visión formal de la igualdad, que pretende ser imparcial, neutral, libre de prejuicios y “ciega” a las diferencias, lo que podría ser su mayor virtud; pero es también fuente de dificultades. Este último aspecto puede verse

²⁶⁰ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto *Gruber* del TJCE”. En *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, coordinado por M. Ángeles Barrère y Arantza Campos, Madrid: Dykinson, 2005, p. 157.

²⁶¹ AÑÓN ROIG, María José. “Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica”. En *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, editado por Miguel Ángel Ramiro y Patricia Cuenca, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 137-138.

²⁶² Por ejemplo, la reflexión en torno a la discriminación estructural no sería incompatible con la idea de “libertad social, política y jurídica”, expresada por Gregorio Peces-Barba, que tiene como ámbito de acción la sociedad civil, el poder y el derecho. Según el autor, existen tres modalidades de aplicación de la libertad: a) protectora, b) promocional y c) de participación; definiéndose la libertad como “una condición imprescindible para la acción del hombre en la vida social, a través del Derecho, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana, o en todo caso hacer los máximos esfuerzos para ello. Es el camino más adecuado, con independencia de que no pueda garantizar los resultados”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y otros. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 228.

reflejado en el siguiente ejemplo, que es relatado por Roberto Saba²⁶³. En los Estados Unidos de América en la década de 1970, a fin de evitar prácticas discriminatorias en la conformación de las orquestas, las audiciones se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato o candidata de los miembros del jurado examinador. Incluso se ponían alfombras en el piso para que no fuera posible deducir el sexo de la persona por el sonido de sus pasos. De este modo, se buscaba garantizar que el proceso de selección no se viera influenciado por consideraciones ajenas al talento de la persona, como el sexo, la raza u origen étnico, la religión, el origen nacional, la apariencia externa, etc.

Si bien esta estrategia –en apariencia neutral, imparcial y desprejuiciada– podía evitar algún tipo de trato discriminatorio, los resultados seguían siendo adversos para determinados grupos sociales. Por ejemplo, las mujeres seguían estando infrarrepresentadas. Esto se debía a que las mujeres no se presentaban como aspirantes (o se presentaban en menor medida), lo que si bien puede ser percibido como una decisión personal (como una autoexclusión), en realidad responde a un determinado contexto social. A esto se refiere Roberto Saba cuando, siguiendo con el ejemplo, señala que:

“...algunas sociedades asignan informalmente a las mujeres un rol social limitado, por ejemplo, a las actividades domésticas. Si damos por sentado que –hasta el momento de la selección bajo análisis– la mayoría de las orquestas no contaba con mujeres, éstas podrían haber supuesto que, incluso de ser aceptadas, su situación no sería sencilla, ya que deberían enfrentar prejuicios y maltratos cotidianos en el ejercicio de sus obligaciones. Ahora supongamos que las cosas suceden de este modo y que los postulantes para la orquesta, cuyos rostros son invisibles para los jurados del otro lado de la mampara opaca, son todos varones. ¿Podríamos afirmar sin algún grado de duda que esa selección ha sido totalmente neutral?”²⁶⁴

La opacidad de la mampara, que constituye una metáfora sobre la pretendida neutralidad e imparcialidad de las leyes, no parece una estrategia adecuada para enfrentar una gran cantidad de situaciones en las que existen ciertas condiciones y prácticas sociales que perjudican a los miembros de determinados grupos sociales. En efecto, la idea según la cual solo las aptitudes y capacidades personales deben determinar las diferencias en la asignación y participación de los bienes sociales termina reforzando el *statu quo* al no tomar en cuenta la existencia de grupos sociales subordinados²⁶⁵.

²⁶³ SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal...* ob. cit., p. 38.

²⁶⁴ *Ibid.*, pp. 46-47.

²⁶⁵ NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En *Derechos Humanos y Juicio Justo*, editado por Claudio Nash e Ignacio Mujica,

Por este motivo, autoras como María Ángeles Barrère y Dolores Morondo han buscado que la prohibición de discriminación tome en cuenta este contexto e incorpore nociones como la de opresión, dominación y/o subordinación. Respecto de la propuesta de estas dos autoras, cabe precisar que su pensamiento se inscribe en el discurso sobre el poder tal como este ha sido teorizado por buena parte del pensamiento crítico, es decir, en términos de opresión y/o dominación²⁶⁶. Asimismo –como se ha mencionado anteriormente– para la formulación de su propuesta, se remiten a los textos de tres autoras feministas norteamericanas: Iris Marion Young, Catharine MacKinnon y Kimberlé W. Crenshaw²⁶⁷. En este punto se hará referencia a las aportaciones de las dos primeras en aquellos aspectos que inspiran la visión de Barrère y Morondo sobre la discriminación estructural o –para emplear la terminología propuesta por las autoras– la “subordiscriminación”²⁶⁸.

Otro autor cuyo pensamiento se tendrá en cuenta para el desarrollo de este punto es Owen Fiss. Algunas piezas de su pensamiento pueden encontrarse en los textos de autores como Roberto Saba y Neus Torbisco, quienes al reflexionar sobre la desigualdad estructural, se han referido a los diferentes estatus que se crean y reproducen a partir de la pertenencia de las personas a determinados grupos, conduciendo a relaciones de subordinación difíciles de encausar jurídicamente²⁶⁹.

1.3.1. Las cinco caras de la opresión en la propuesta de Iris Marion Young

En el año 1990 Iris Marion Young publicó un libro titulado *Justice and the Politics of Difference*. En él la autora sostiene que una concepción de la justicia debería comenzar por los conceptos de opresión y dominación, en lugar de centrarse en la distribución; pues un cambio como éste “saca a relucir cuestiones relativas a la toma de decisiones, la división del trabajo y cultura, que pesan sobre la justicia social, pero que a menudo son

Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas – COLAM, Organización Interamericana Universitaria, 2010, pp. 174.

²⁶⁶ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subordiscriminación... ob. cit., p. 18.

²⁶⁷ La primera de ellas es filósofa política y las dos últimas, juristas.

²⁶⁸ En este punto no se hará referencia al pensamiento de Crenshaw pues su propuesta está más bien relacionada con el concepto de “interseccionalidad”. Sin perjuicio de ello, más adelante se retomarán sus aportaciones pues se advierte que las reflexiones en torno a la discriminación interseccional y estructural, si bien son distintas, están conectadas. Ver, al respecto, el punto 2.2.3 de este capítulo.

²⁶⁹ Vid. TORBISCO CASALS, Neus. “La institucionalización de la diferencia... ob. cit., p. 46; SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal...* ob. cit., p. 46. Ambos autores emplean la expresión “desigualdad estructural” y no “discriminación estructural”. Si bien se trata de expresiones distintas, en el marco de esta investigación han sido consideradas expresiones afines en el entendido que la idea de igualdad y de no discriminación están conectadas; y que una modificación en la forma en que se concibe la primera tendría un efecto transformador en la forma en que se concibe la segunda.

ignoradas en las discusiones filosóficas”²⁷⁰. Si bien la autora reconoce que las injusticias distributivas pueden contribuir a las diferentes formas de opresión que existen en la sociedad (o pueden ser su consecuencia), puntualiza que la opresión implica estructuras sociales y relaciones que van más allá de la distribución²⁷¹.

Se hace necesario, por tanto, precisar qué entiende Young por opresión y por dominación. Respecto del primer concepto, la autora reconoce que en su uso tradicional “opresión” significa el ejercicio de la tiranía por un grupo gobernante; y, en ese sentido, se trata de un término que conlleva una fuerte connotación de conquista y dominación colonial. Sin embargo, refiriéndose al contexto de la sociedad norteamericana, la autora señala que el significado de la opresión ha ido cambiando a partir de las reivindicaciones de los grupos sociales de izquierda de las décadas de los años sesenta y setenta. En su nuevo uso –explica– “la opresión designa las desventajas e injusticias que sufre alguna gente no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las prácticas cotidianas de una bien intencionada sociedad liberal”²⁷². Según este nuevo uso, la tiranía de un grupo gobernante sobre otro grupo social sin duda puede considerarse opresivo; pero también – y aquí reside la novedad– los impedimentos sistemáticos que sufren determinados grupos sociales.

Considerando lo anterior, Young señala que la opresión consiste en “procesos institucionales sistemáticos que impiden a alguna gente aprender y usar habilidades satisfactorias y expansivas en medios socialmente reconocidos”; o también “procesos sociales institucionalizados que anulan la capacidad de las personas para interactuar y comunicarse con otras o para expresar sus sentimientos y perspectiva sobre la vida social en contextos donde otras personas puedan escucharlas”²⁷³.

De otro lado, con relación a la dominación, Young explica que:

“La dominación consiste en la presencia de condiciones institucionales que impiden a la gente participar en la determinación de sus acciones o de las condiciones de sus acciones. Las personas viven dentro de estructuras de dominación si otras personas o grupos pueden

²⁷⁰ YOUNG, Iris Marion. *La justicia...* ob. cit., p. 12. Sobre el dilema redistribución-reconocimiento, Vid., FRASER, Nancy. *Iustitia Interrupta...* ob. cit. pp. 17 y ss.

²⁷¹ Sobre este aspecto de la propuesta de Young, se ha señalado que “[r]educir la justicia a los criterios sobre distribución de bienes impide ver la dominación y la opresión como formas de injusticia y ha constituido un obstáculo para visualizar ambas como fenómenos estructurales”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Condición humana y derechos humanos...* ob. cit. p. 144.

²⁷² YOUNG, Iris Marion. *La justicia...* ob. cit., p. 74.

²⁷³ *Ibid.*, p. 68.

determinar sin relación de reciprocidad las condiciones de sus acciones, sea directamente o en virtud de las consecuencias estructurales de sus acciones. La democracia social y política en su expresión más completa es el polo opuesto de la dominación”²⁷⁴.

Si bien Young considera que existen razones para establecer diferencias entre estos dos conceptos –opresión y dominación– también reconoce que ambos pueden superponerse. En ese sentido, señala que la opresión normalmente incluye o implica la dominación, es decir, “obliga a la gente oprimida a seguir reglas fijadas por otras personas”²⁷⁵. Sin embargo, no ocurre lo mismo a la inversa, pues no toda persona sujeta a dominación está también oprimida. Respecto de esta última afirmación, la autora explica que las estructuras jerárquicas de toma de decisiones que existen en la sociedad hacen que la mayor parte de las personas estén sujetas a la dominación en algún aspecto importante de sus vidas; no obstante, muchas de esas personas disfrutaban de un significativo apoyo institucional que hace posible que puedan desarrollar y ejercer sus capacidades, así como su habilidad para expresarse y ser oídas. No se encontrarían, por tanto, en situación de opresión.

Atendiendo al lugar central que ocupa la opresión en la propuesta de Young y a la influencia que dicha propuesta ha ejercido en otras investigaciones²⁷⁶, se efectuará aquí un mayor desarrollo acerca de su significado y de las formas que esta adopta. Según la autora, la opresión es un término que designa una familia de conceptos y condiciones que pueden ser divididas en cinco categorías a las que denomina “las cinco caras de la opresión”. Estas son: la explotación, la marginación, la carencia de poder, el imperialismo cultural y la violencia. En esta sección, se describirá brevemente en qué consiste cada una de ellas.

Sobre la primera, Young señala que la explotación se configura a partir de la existencia de un proceso sostenido de transferencia de los resultados del trabajo de un grupo social en beneficio de otro. Asimismo, explica que la explotación determina relaciones sociales

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ Por mencionar solo algunos ejemplos, Barnes y Mercer se refieren a las cinco caras de la opresión propuestas por Young al analizar la opresión que enfrentan las personas con discapacidad, Vid. BARNES, Colin y Geof MERCER. *Disability*. Cambridge: Polity, 2003, pp. 21-22. Este concepto también está presente en una reciente investigación doctoral en la que se analizan las situaciones de opresión que enfrentan las mujeres con discapacidad (especialmente en materia de derechos sexuales y reproductivos). Vid., SERRA, María Laura. *Mujeres con discapacidad y situaciones de opresión. Deconstrucción feminista: desestabilizando las jerarquías de los dominios de poder*. Tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, pp. 48 y ss.

de poder y desigualdad entre los grupos sociales: “Estas relaciones de poder se producen y reproducen a través de un proceso sistemático en el cual las energías de las personas desposeídas se dedican por completo a mantener y aumentar el poder, categoría y riqueza de las personas poseedoras”²⁷⁷.

Otra forma de opresión es la marginación, en virtud de la cual un grupo social es expulsado de la participación útil en la sociedad. Esto puede ocurrir, por ejemplo, con aquellos grupos sociales que el sistema de trabajo no puede o no quiere emplear (personas con discapacidad, personas mayores, etc.), generando para estas personas graves privaciones materiales. Pero el daño causado por la marginación no se agota en las privaciones materiales y, a manera de ejemplo, Young señala que las personas mayores (incluso en aquellos casos en los que cuentan con los bienes materiales para llevar una vida confortable) experimentan las injusticias de la marginación bajo la forma de aburrimiento, inutilidad y falta de autoestima²⁷⁸.

En tercer lugar, la autora se refiere a la carencia de poder, que es una forma de opresión que se suma a la explotación en el caso de las personas no profesionales. Para explicar esta forma de opresión Young propone pensar en las personas profesionales, quienes si bien en muchos casos no cuentan con el poder para decidir políticas o resultados, sí tienen autoridad o poder sobre otras personas, disponen de cierta autonomía laboral y cuentan con espacio para la creatividad. Esto no ocurre con las personas no profesionales, quienes no cuentan con autoridad o poder incluso en este sentido de mediación; sobre ellas se ejerce el poder sin que puedan ejercerlo y deben aceptar órdenes mientras que rara vez tienen la posibilidad de darlas. La carencia de poder designa, por tanto, una posición en la división del trabajo y también en la vida social, siendo algunas de las injusticias

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 88. Un elemento interesante en la propuesta de Young es que identifica algunas formas de explotación específicas. Por ejemplo, la autora señala que las mujeres son explotadas en el sentido marxista (en la medida que son trabajadoras asalariadas); pero también “experimentan formas específicas de explotación de género en las cuales se consumen sus energías y su poder –a menudo sin que se repare en ello y sin que se sepa– generalmente en beneficio de los hombres, liberándolos para que se ocupen de trabajos más importantes y creativos, reforzando su estatus o el ambiente que los rodea, o suministrándoles servicios sexuales y emocionales”. Young también se refiere a la explotación racial, señalando que ahí donde existe racismo “existe la presunción, más o menos aceptada, de que los miembros de los grupos raciales oprimidos son o deberían ser sirvientes de quienes –o de algunos de quienes– se ubican en el grupo privilegiado. En la mayoría de las sociedades blancas racistas esto significa que mucha gente blanca tiene sirvientes domésticos de piel oscura o amarilla, y hoy en día en Estados Unidos subsiste una significativa estructuración racial del servicio doméstico privado”. *Ibíd.*, pp. 91-92.

²⁷⁸ *Cfr. Ibíd.*, pp. 94-98.

asociadas a ella: la inhibición en el desarrollo de capacidades, la falta de poder para tomar decisiones en la vida laboral y la exposición a un trato no respetuoso a causa del estatus²⁷⁹.

Dicho esto, cabe precisar que un elemento que tienen en común las tres formas de opresión hasta aquí desarrolladas (explotación, marginación y carencia de poder), es que se refieren a la división social del trabajo, es decir, a quién trabaja para quién, quién no trabaja y cómo el contenido del trabajo define la posición que se ocupa en la sociedad.

Las dos últimas formas de opresión a las que hace referencia Young son bastante distintas de las anteriores. El imperialismo cultural, que es la cuarta forma de opresión, supone la imposición de la experiencia y cultura de un grupo social sobre otros. Así, mientras que las expresiones culturales de los grupos dominantes son percibidas como normales o como representativas de toda la humanidad, las de los grupos no dominantes son reconstruidas como inferiores o como desviaciones. Muchas veces los grupos no dominantes son señalados como “los otros”, sus perspectivas particulares se hacen invisibles y sobre ellos se construyen una serie de estereotipos negativos que permean en la sociedad a tal punto que terminan por no cuestionarse²⁸⁰.

La quinta –y última– forma de opresión que menciona Young es la violencia. Pero no cualquier tipo de violencia, sino aquella que es ejercida de manera sistemática contra los miembros de un determinado grupo social por el solo hecho de ser miembros de ese grupo. Por ejemplo, la autora señala que es sorprendentemente habitual la violencia cometida contra las mujeres, las personas afrodescendientes, árabes o latinas, las mujeres lesbianas, los hombres gay, entre otros grupos sociales²⁸¹. Entonces, lo que hace de la violencia una cara de la opresión (y no solo una acción individual moralmente mala) es el contexto que la rodea, que la hace posible y hasta aceptable como práctica social.

Estas cinco formas de opresión son presentadas por Young a manera de criterios para determinar si un grupo social está oprimido, o no, y en qué medida lo está. Desde esta

²⁷⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 99-102.

²⁸⁰ A manera de ejemplo, Young señala –en evidente tono irónico– lo siguiente: “Del mismo modo que cualquiera sabe que la Tierra gira alrededor del Sol, cualquiera sabe que la gente gay es promiscua, que los indígenas son alcohólicos y que las mujeres son aptas para el cuidado de los niños. Los hombres blancos, por otra parte, en la medida en que están libres de señales de grupo, pueden ser individuos”. *Ibíd.*, p. 104.

²⁸¹ Al respecto, Young puntualiza lo siguiente: “A menudo quienes son observadores no se sorprenden ante la violencia porque es un hecho frecuente y se la ve como una posibilidad constante en el horizonte del imaginario social. Aun en el caso de que sean atrapados, quienes han perpetrado actos de violencia o acoso dirigidos a grupos, a menudo no reciben ningún castigo o reciben solo castigos leves; en ese sentido la sociedad hace que sus actos sean aceptables”. *Ibíd.*, p. 109.

perspectiva, cualquiera de ellas –explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia– es suficiente para afirmar que un grupo está oprimido; aunque, ciertamente, es posible que algunos grupos sociales enfrenten más de una forma de opresión o incluso todas ellas²⁸².

Asimismo –siguiendo a Young– la opresión se concibe como un concepto estructural en la medida que no es el resultado de las intenciones de un tirano, ni tampoco de las elecciones o políticas de unas pocas personas, sino el resultado de prácticas cotidianas de un amplísimo número de personas que no tienen malas intenciones (porque consideran que están haciendo simplemente su trabajo o viviendo su vida) y que, por tanto, no se conciben a sí mismas como agentes de opresión²⁸³. Sus causas están insertas “en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas”²⁸⁴. De ahí que difícilmente la opresión pueda eliminarse sustituyendo a un gobernante por otro, o modificando algunas leyes, pues “las opresiones son sistemáticamente reproducidas en las más importantes instituciones económicas, políticas y culturales”²⁸⁵.

Asimismo, es importante tener en cuenta que, en la visión de Young, la opresión implica relaciones entre grupos, aunque –como ha sido dicho– un grupo oprimido no requiere necesariamente tener un grupo opresor correlativo que le oprima de manera consciente e intencional. Sin embargo, esto último no implica negar que, de hecho, algunos grupos sean beneficiarios de la opresión de otros grupos sociales; y, al respecto,

²⁸² Young plantea los ejemplos siguientes: “Todos o casi todos los grupos que los movimientos sociales contemporáneos afirman que están oprimidos, soportan el imperialismo cultural. Las otras opresiones que experimentan pueden variar. La gente de clase obrera, por ejemplo, es explotada y carece de poder, pero si tiene trabajo y es blanca no experimenta la marginación ni la violencia. Los hombres gay, por su parte, no son explotados ni carecen de poder por el hecho de ser gays, pero experimentan de manera muy marcada el imperialismo cultural y la violencia. De manera similar, las personas judías y árabes, en tanto grupos, son víctimas del imperialismo cultural y la violencia, al tiempo que muchos miembros de estos grupos también soportan la explotación y la carencia de poder. La gente mayor es oprimida a través de la marginación y el imperialismo cultural, y esto ocurre también con la gente discapacitada [sic] física o mentalmente. En tanto grupo, las mujeres están sujetas a explotación en razón de género, a la carencia de poder, al imperialismo cultural y a la violencia. En los Estados Unidos el racismo condena a la marginación a muchas personas negras y latinas, y pone en situación de riesgo a muchas más, a pesar de que muchos miembros de estos grupos se libran de dicha condición; a menudo los miembros de estos grupos sufren las cinco formas de opresión”. *Ibíd.*, p. 112.

²⁸³ Esto es válido también para la dominación. En otra parte del texto Young precisa que la dominación tiene un componente estructural porque las limitaciones que las personas experimentan a causa de ella son generalmente el producto intencionado o no intencionado de las acciones de mucha gente; asimismo, señala que “[e]l funcionamiento estructurado de la dominación, cuyos recursos utilizan las personas poderosas, debe entenderse como un proceso”. *Ibíd.* pp. 58-59.

²⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 74-75.

²⁸⁵ *Ibíd.*, p. 75.

la autora afirma que: “por cada grupo oprimido existe un grupo *privilegiado* en relación con el primero”²⁸⁶.

Presentados los aspectos más importantes de la propuesta de Young, conviene señalar que algunas piezas de su pensamiento han inspirado la visión de María Ángeles Barrère y Dolores Morondo acerca de la discriminación. Al respecto, estas dos autoras señalan lo siguiente:

“En definitiva, el meollo del concepto de opresión para Young –y, podríamos añadir, del concepto de discriminación para nosotras– lo constituirían las profundas injusticias enraizadas en normas y estereotipos que sufren algunos grupos, que estructuran al Estado y al mercado, y que no resultan necesariamente evidentes o intencionales”²⁸⁷.

Si bien en el párrafo citado Barrère y Morondo se refieren únicamente a la opresión, más adelante también hacen referencia a la dominación, siendo llamativo que las autoras opten por separar ambos conceptos mediante una barra oblicua, sugiriendo –a mi entender– que si bien opresión y dominación son dos conceptos diferentes, para efectos de su propuesta puede emplearse uno u otro (o ambos)²⁸⁸. El texto al que se hace referencia es el siguiente:

“La opresión/dominación de Young designa el *sistema* estructurado del poder que se despliega como un proceso de acciones de mucha gente no siempre identificada. Pues bien, las acciones de quienes dominan en un sistema estructurado de poder constituirían lo que aquí entendemos por discriminación. Enclavada en este marco conceptual, la discriminación constituirá la manifestación individualizada de un sistema de opresión/dominación”²⁸⁹.

Por tanto, si bien la discriminación puede ser reconducida a un acto individual (el acto de quienes oprimen o dominan), lo que resulta novedoso en esta aproximación es que se toma en cuenta el marco en el que se inserta la discriminación y este marco se presenta como un proceso conformado por las acciones y omisiones de mucha gente que no necesariamente tiene la intención de oprimir o dominar. Este proceso da cuenta de las relaciones de poder que existen entre los diferentes grupos sociales pues arroja resultados sistemáticamente desventajosos para algunos de ellos. De ahí que Young haya señalado

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 76 (cursivas en el original).

²⁸⁷ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subdiscriminación... ob. cit. p. 19.

²⁸⁸ Como se ha explicado anteriormente, si bien Young distingue los conceptos de opresión y dominación, también reconoce que ambos pueden superponerse. Cfr. YOUNG, Iris Marion. *La justicia...* ob. cit., p. 68.

²⁸⁹ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subdiscriminación... ob. cit., p. 20.

que “la opresión es una condición de grupos”²⁹⁰; y esta caracterización grupal de la opresión resulta fundamental para Barrère y Morondo, pues ambas autoras entienden que la discriminación está referida a los grupos sociales oprimidos²⁹¹.

Si bien es importante la influencia que ha tenido el pensamiento de Young en la visión de la discriminación de Barrère y Morondo, existe un punto de desencuentro entre ambas propuestas que resulta oportuno mencionar. Young evita abordar la opresión en el modo que lo han hecho otras teorías, es decir, construyendo un sistema de opresión separado por cada grupo oprimido: racismo, sexismo, clasismo, heterosexismo, discriminación por edad, entre otros²⁹². Para Young existe un doble problema en considerar la opresión de cada grupo como una estructura o sistema particular y unificado: de un lado, “esta manera de concebir la opresión no logra dar cabida a las similitudes y superposiciones que se verifican en las formas de opresión de grupos diferentes”; mientras que, de otro lado, “dicha concepción representa falsamente la situación de todas las personas que son miembros de algún grupo como si fueran iguales”²⁹³.

A diferencia de Young, para Barrère y Morondo la referencia a estructuras de opresión sí resulta una cuestión central para la conceptualización de la discriminación; y, en ese sentido, expresan lo siguiente: “la discriminación enraíza en la opresión, pero las diversas caras de ésta no minimizan la necesidad de contar con estructuras/categorías/ejes para identificarla”²⁹⁴. Para Barrère y Morondo dichas estructuras (categorías o ejes) son importantes en la medida que sirven como “marco interpretativo” de la opresión y –atendiendo a los riesgos sobre los que advertía Young– señalan que no tienen por qué funcionar como compartimentos estancos. Así, a manera de ejemplo, las autoras se refieren a la importancia que ha tenido el sistema sexo-género para el feminismo (del cual se declaran deudoras) y para su concepto de discriminación²⁹⁵. Con el objeto de profundizar en esta cuestión, centran su atención en la aportación de la jurista feminista Catharine MacKinnon, como se verá en el siguiente punto.

²⁹⁰ YOUNG, Iris Marion. *La justicia...* ob. cit., p. 73.

²⁹¹ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subdiscriminación... ob. cit., p. 20. En ese sentido, las autoras precisan lo siguiente: “nuestro concepto de discriminación no va referido sólo a los grupos, ni tan siquiera a lo que Young denomina grupos sociales sino, más concretamente, a los *grupos sociales oprimidos*”. *Ibid.*, p. 21 (cursivas en el original).

²⁹² No obstante –como advierten Barrère y Morondo– en algún momento Young reconoce que: “La raza es una estructura de opresión al menos tan básica como la clase o el género” YOUNG, Iris Marion. *La justicia...* ob. cit., p. 91.

²⁹³ *Ibid.*, p. 111.

²⁹⁴ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subdiscriminación... ob. cit., p. 23.

²⁹⁵ *Ibid.*

1.3.2. El enfoque de la dominación en la propuesta de Catharine A. MacKinnon

Catharine A. MacKinnon es una de las autoras más influyentes del feminismo radical de los Estados Unidos de América²⁹⁶, situándose su objeto de atención, de elaboración teórica y de reivindicación en el ámbito de lo jurídico²⁹⁷. Un aspecto de su propuesta que Barrère y Morondo consideran fundamental para conceptualizar la discriminación es la crítica al principio de igualdad tal como lo entiende la cultura jurídica hegemónica, es decir, como igualdad de trato²⁹⁸.

Esta crítica puede encontrarse en su texto “*Difference and Dominance: On Sex Discrimination*”²⁹⁹, basado en una conferencia impartida en el año 1984, cuyas ideas fueron retomadas posteriormente, en el libro titulado “*Toward a Feminist Theory of State*”, publicado en el año 1989. En estos trabajos MacKinnon señala que la ley relativa a la discriminación sexual en los Estados Unidos de América ve la igualdad y el género como cuestiones de similitud (*sameness*) y de diferencia, respectivamente: “la igualdad es una equivalencia, no una distinción, y el género es una distinción, no una equivalencia”³⁰⁰. Siendo así, la autora advierte una contradicción en el principio de igualdad de género, que puede ser planteada en los términos siguientes:

“El mandato legal de igualdad de tratamiento –norma sistémica y doctrina legal específica– se convierte en una cuestión de tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales, mientras que los sexos se definen socialmente como tales por su mutua diferenciación. [...]. Así se crea una tensión interna entre este concepto de igualdad, que presupone la identidad [³⁰¹], y este concepto de sexo, que presupone la diferencia”³⁰².

²⁹⁶ Una forma de caracterizar el feminismo radical es en oposición al feminismo liberal: “Para el feminismo liberal, el problema de la desigualdad entre los sexos es que la ley y la costumbre distribuyen a los sexos en dos papeles sexuales arbitrarios e irracionales que limitan el potencial humano. Para el feminismo radical, el sexo es una división sistemática del poder social, un principio social inseparable del sexo de los individuos, aplicado en detrimento de las mujeres porque sirve a los intereses de los poderosos, de los hombres. En la perspectiva radical, el sexismo no es sólo una disparidad con la que debe acabarse, sino también un sistema de subordinación que hay que destruir”. MACKINNON, Catharine A. *Hacia una teoría feminista del Estado* (trad. de Eugenia Martín). Madrid: Cátedra, 1995, p. 88.

²⁹⁷ Cfr. BELTRÁN PEDREIRA, Elena. “Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, editado por Elena Beltrán y Virginia Maquieira, Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 231. Para Owen Fiss, Catharine MacKinnon ha jugado un papel casi arquitectónico en el pensamiento feminista. FISS, Owen. “¿Qué es el feminismo?” (trad. de Roberto Michele). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 14, 1993, p. 319.

²⁹⁸ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subordiscriminación... ob. cit., p. 24.

²⁹⁹ MACKINNON, Catharine A. *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, pp. 32-45.

³⁰⁰ MACKINNON, Catharine A. *Hacia una teoría feminista...* ob. cit. p. 393.

³⁰¹ MacKinnon emplea el término “*sameness*”, que Eugenia Martín traduce como “identidad”; pero que también puede ser traducido como “similitud”.

³⁰² MACKINNON, Catharine A. *Hacia una teoría feminista...* ob. cit. p. 393.

De esta manera, el principio de igualdad de género que el Estado pretende garantizar se convierte en “una contradicción en los términos, una especie de oxímoron”³⁰³. Planteado así el problema, la autora examina críticamente los dos caminos que se han ensayado hacia la igualdad entre hombres y mujeres: la vía de la similitud y la vía de la diferencia.

Siguiendo la primera vía –la similitud– se diría que, dado que las mujeres no son diferentes a los hombres, ellas merecen todo lo que ellos tienen. Esta vía se presenta como “neutra”; y, en su expresión más fuerte, supone una prohibición para el establecimiento de cualquier tipo de diferencia en función del sexo. Pero la neutralidad no parece ser una estrategia adecuada en todos los casos; y uno de los ejemplos a los que se apela con mayor frecuencia es el embarazo. Entonces, se proporciona una ruta alternativa: la vía de la diferencia. Esta segunda vía suele ser considerada una excepción a la auténtica igualdad (entendida como igualdad formal) y se caracteriza porque admite el establecimiento –por ejemplo– de compensaciones o de acciones afirmativas.

Al examinar ambos caminos MacKinnon advierte que aquello que se considera una similitud y aquello que se considera una diferencia está mediado por el poder. Una muestra de ello es que se mide en función de la correspondencia (o falta de correspondencia) de las mujeres con relación a los hombres. En ese sentido, estas dos estrategias lejos de ser neutrales encubren la realidad del género como sistema de jerarquía social; y con ello el hecho de que el hombre ha llegado a ser la medida de todas las cosas: “sus necesidades de salud definen en buena medida la cobertura de los seguros, sus biografías diseñadas socialmente definen las expectativas del puesto de trabajo y las pautas de una carrera de éxito [...], sus experiencias y obsesiones definen el mérito [...]”³⁰⁴. Dicho esto, la autora se pregunta ¿por qué hay que ser igual a un hombre para conseguir lo mismo que un hombre consigue por el solo hecho de serlo?³⁰⁵

Considerando lo anterior, MacKinnon se muestra crítica con la aparente objetividad y neutralidad de las normas jurídicas y propone un enfoque que tome en cuenta que tanto la igualdad como el género son cuestiones de poder. Esta aproximación, que la autora

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid., p. 408.

³⁰⁵ Cabe precisar que para MacKinnon, “el sexo en la naturaleza no es una bipolaridad, es un continuo; es la sociedad la que lo convierte en una bipolaridad”. Ibid., p. 423.

denomina “enfoque de la dominación” (*dominance approach*) parte de reconocer la existencia de sistemas de dominación³⁰⁶. Para Barrère y Morondo:

“Aquí radica, en nuestra opinión, el *quid* de la cuestión: en que ese punto de partida (conceptualizar la igualdad como indiferenciación, haciendo abstracción de los sistemas de dominación) se presenta como neutro (que es como gran parte de la doctrina concibe a lo jurídico), cuando en realidad es político. Habida cuenta de ello, el problema no es la utilización del término discriminación para hacer referencia a la ruptura de la igualdad (algo perfectamente asumible desde la óptica de la dominación de MacKinnon), sino que el concepto de igualdad de la cultura liberal no tiene en cuenta los sistemas de dominación”³⁰⁷.

Se plantea, por tanto, la sustitución del concepto estrecho (formal, liberal) de discriminación por el de dominación³⁰⁸. Por consiguiente, este enfoque se centra en aquellos abusos que afectan a las mujeres por consideraciones de género y que, desde una perspectiva liberal, no se interpretan como problemas concernientes a la igualdad. Es el caso, por citar solo algunos ejemplos, de la feminización de la pobreza, la prostitución, la pornografía, la violación sexual, entre otros. Asimismo, el enfoque de MacKinnon se muestra crítico con la realidad y no tiene como propósito formular estándares abstractos; en ese sentido, se trata de un proyecto “más jurisprudencial que formulado”³⁰⁹.

1.3.3. La subordinación y los grupos desaventajados en la propuesta de Owen Fiss

También en Owen Fiss puede encontrarse una postura crítica respecto de la visión tradicional de la igualdad. En efecto, en un texto titulado “*Groups and the Equal Protection Clause*”, publicado en el año 1976, el autor analiza la cláusula de igual protección prevista en la Constitución de los Estados Unidos de América y señala que el principio antidiscriminatorio (que se vincula al concepto de igual tratamiento) no constituye su mejor interpretación. Para este autor una mejor forma de interpretar la

³⁰⁶ MACKINNON, Catharine A. *Feminism Unmodified...* ob. cit., p. 40.

³⁰⁷ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subordiscriminación... ob. cit., p. 27.

³⁰⁸ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 34, 2016, p. 29.

³⁰⁹ MACKINNON, Catharine A. *Feminism Unmodified...* ob. cit., p. 40 (traducción propia). En este punto existe alguna discrepancia entre la visión de MacKinnon y la de Barrère y Morondo. A diferencia de la primera, las dos últimas autoras consideran que “un Derecho antidiscriminatorio inspirado en el *dominance approach* no tiene por qué renunciar, ni a la formulación de categorías legales, ni a la elaboración de reglas o de modelos. Tampoco pensamos que su carácter ‘más jurisprudencial que formulado’ lo haga más sustantivo ni, por último, y en definitiva, que deba de limitarse a exponer lo que les ha sucedido a las mujeres”. BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subordiscriminación... ob. cit., p. 27.

cláusula constitucional de igual protección es a través del reconocimiento de lo que él denomina el “principio de apoyo a los grupos desaventajados”³¹⁰.

Al desarrollar su propuesta, Fiss parte de reconocer que la igualdad es una idea relativa, por lo que considera que la preocupación constitucional por ella debe estar dirigida a aquellas leyes o prácticas que afectan a un grupo especialmente desaventajado, en el sentido que agravan o perpetúan su posición o estatus subordinado. A manera de ejemplo se refiere a las personas afroamericanas en Norteamérica y propone tener en cuenta tres características relevantes: a) que constituyen un grupo social; b) que se trata de un grupo social que ha estado en una situación de subordinación prolongada; y, c) que el poder político de este grupo se encuentra severamente limitado. Dado que se trata de un grupo social especialmente desaventajado, es merecedor de protección³¹¹.

Un caso que resulta ilustrativo en esta materia es *Brown v Board of Education of Topeka* (en adelante “caso *Brown*”), resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el año 1954³¹². Los hechos que dieron origen al caso pueden sintetizarse de la siguiente manera: en determinados estados de Norteamérica las escuelas públicas venían rechazando las solicitudes de admisión de estudiantes afroamericanos en aplicación de normas que establecían o permitían la segregación racial. Ello motivó que los estudiantes, a través de sus representantes legales, solicitaran ante los tribunales de justicia ser admitidos en dichas escuelas; sin embargo, en la mayoría de los casos sus demandas fueron rechazadas al amparo de una doctrina segregacionista que suele sintetizarse con la expresión: “separados pero iguales”.

Si bien inicialmente la doctrina “separados pero iguales” había sido acogida por el propio Tribunal Supremo en el caso *Plessy v. Ferguson* (del año 1896), el caso *Brown* supuso un importante giro a favor de la lucha contra la discriminación racial pues la sentencia concluyó que la segregación en el campo de la enseñanza pública resultaba contraria a la Constitución³¹³.

³¹⁰ FISS, Owen. “Grupos y la cláusula de igual protección... ob. cit., pp. 159 y ss.

³¹¹ *Ibid.*, p. 144.

³¹² Cfr. BELTRÁN, Miguel y Julio GONZÁLEZ. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 284-291.

³¹³ El Tribunal Supremo se refirió especialmente a la cláusula de igual protección establecida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.

De esta manera, el caso *Brown* fue el punto de partida para una serie de cambios que con el tiempo se extendieron a todas las esferas de la vida pública de los Estados Unidos de América; no en vano se ha señalado que constituye una de las sentencias que más ha afectado la vida de los ciudadanos y ciudadanas de dicho país³¹⁴. Sin perjuicio de ello –siguiendo a Fiss– se puede decir que existía una cierta ambigüedad en la identificación de aquello que, de conformidad con esta sentencia, no estaba bien.

Por un lado, se podría entender que en este caso el error radicaba en haber recurrido a la raza como criterio para asignar oportunidades educativas, pues eso introducía un elemento de inequidad individual, en otras palabras, se consideraba injusto no admitir a un estudiante debido a su raza ya que ese criterio no tenía relevancia alguna para predecir su desempeño académico. Pero, de otro lado, también se podría entender que el problema “no consistía en el recurso al criterio racial en sí mismo o en la injusticia individual a que ese uso podía dar lugar, sino antes bien en la estructura social que creaba y sostenía: la subordinación de los negros”³¹⁵. El autor complementa esta segunda interpretación señalando que “[e]l criterio racial se usaba para perpetuar una estructura de castas que tenía su origen en la esclavitud y cuyo propósito era convertir a los negros en parias”³¹⁶.

Con relación a la primera interpretación –que Fiss no comparte–, cabe señalar que esta es la aproximación que suele estar presente cuando se hace referencia a la discriminación en el campo del Derecho. Siguiendo a María Ángeles Barrère, la crítica a esta aproximación puede sintetizarse de la siguiente manera:

“[...] es necesario poner de relieve que el hacer referencia a la discriminación (como se suele hacer y, característicamente en el Derecho) en términos genéricos de sexo, raza religión, etc. implica, de alguna manera, ‘ocultar’ que la discriminación no afecta al sexo, en abstracto (o a todos los sexos, todas las razas, todas las religiones, etc.), sino al sexo femenino, a la raza negra, a la etnia gitana, a la religión judía, etc.”³¹⁷

Una opinión similar puede encontrarse en Neus Torbisco:

“Para decirlo sin rodeos, existen jerarquías de estatus en todas las democracias occidentales que sugieren que es mejor ser cristiano que musulmán, blanco que negro, heterosexual que homosexual, hombre que mujer, etc. Estas concepciones basadas en prejuicios infundados

³¹⁴ BELTRÁN, Miguel y Julio GONZÁLEZ. *Las sentencias básicas...* ob. cit. p. 275.

³¹⁵ FISS, Owen. “Prólogo. Cómo hacer para que la Constitución sea una verdad viviente” (trad. de Gabriela Ubaldini). En SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2016, p. 11.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...* ob. cit., p. 28.

estratifican a la sociedad y degradan y estigmatizan a los poseedores de identidades devaluadas”³¹⁸.

Como se ha explicado, en la propuesta de Fiss la preocupación central reside en el estatus de los grupos especialmente desaventajados y, en ese sentido, el autor considera que ha de juzgarse inconstitucional cualquier norma o práctica estatal que agrave la posición de subordinación de alguno de estos grupos sociales.

Finalmente, considero importante realizar un breve recuento de las ideas centrales examinadas en este punto. En primer lugar, se ha explorado la crítica a la idea de neutralidad o imparcialidad que, desde una perspectiva tradicional, más cercana al pensamiento liberal clásico, se atribuye al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación³¹⁹. La formulación de esta crítica parte de reconocer que los grupos sociales no comparten un mismo estatus, sino que entre ellos existen relaciones de poder que –ante la aparente neutralidad e imparcialidad de las normas– tienden a perpetuarse. Esta cuestión ha sido teorizada por autores como Young, MacKinnon y Fiss a partir de nociones como la de opresión, dominación y/o subordinación. Asimismo, se han formulado propuestas que permitan responder a esta situación, como el principio de apoyo a los grupos desaventajados.

De otro lado, se advierte que la expresión “discriminación estructural” no está presente en estos autores, posiblemente debido al alcance limitado que tradicionalmente se ha atribuido al concepto de discriminación³²⁰. Es el caso de Fiss, quien se muestra crítico con quienes sostienen sus argumentos en el principio de no discriminación y califica esta opción como “una estrategia retórica”, tal como se desprende del siguiente fragmento:

“Obviamente, muchos feministas, aun aquellos de los sectores más radicales, todavía sostienen sus argumentos en términos de discriminación, pero creo que esta actitud responde simplemente a una estrategia retórica para hacer que su posición aparezca como

³¹⁸ TORBISCO CASALS, Neus. “La institucionalización de la diferencia... ob. cit., p. 47.

³¹⁹ En este marco, tanto la igualdad como la prohibición de discriminación se entienden referidas a la igualdad formal o igualdad de trato.

³²⁰ Refiriéndose a la postura de dos de los autores aquí mencionados, Roberto Saba señala lo siguiente: “Fiss y MacKinnon rechazan la versión de la igualdad asociada a la idea de no discriminación porque no incorpora el dato sociológico de la situación social de las mujeres como grupo desplazado por el resto de la sociedad (que en este caso son los varones). A diferencia de la noción de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado sobre prejuicios), la versión de la igualdad como no sometimiento refiere a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto”. SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal...* ob. cit., p. 46.

más aceptable para aquellos formados en la ortodoxia de la tradición antidiscriminatoria”³²¹.

Es posible que, como señala Fiss, el uso de la voz discriminación tenga un carácter estratégico, pues su prohibición ya está consolidada en el campo del Derecho. La alternativa consiste en incorporar directamente a este campo nociones como la de opresión, dominación y/o subordinación. Entre estas dos alternativas, aquí se ha puesto énfasis en la primera debido a que –como se ha visto en el primer capítulo– el concepto “discriminación estructural” (o “discriminación sistémica”) ya se viene utilizando en el ámbito del Sistema de Naciones Unidas, en particular, por los comités encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados en materia de derechos humanos³²². En el tercer capítulo de este trabajo se volverá sobre esta cuestión a fin de examinar si este concepto –o alguna de las dimensiones de este concepto– se ha incorporado en el ámbito del Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

2. Principales características, alcances y dimensiones de la discriminación estructural

En el punto anterior se hizo referencia a las principales reflexiones, críticas y propuestas que están en el origen o en la base filosófica del concepto discriminación estructural. Cada una de ellas expresa una preocupación por determinados aspectos que la mirada –por así decirlo– “tradicional” (formal, liberal) de la discriminación no estaría captando.

Asimismo, dichas críticas permiten identificar, en positivo, algunos elementos que este concepto pone de relieve, como: la dimensión colectiva o grupal de la discriminación; la importancia de que el Derecho pueda captar las relaciones de poder que existen entre los diferentes grupos sociales; la manera difusa en que se reproducen estas relaciones de poder en la sociedad, pues atraviesan todos sus ámbitos, expresándose en estereotipos, normas, pautas, roles, etc. que se repiten sistemáticamente (y de manera no necesariamente consciente, sino porque han sido interiorizados en nuestro proceso de socialización). Si este marco no fuera tomado en cuenta, las decisiones de las personas se

³²¹ FISS, Owen. “¿Qué es el feminismo?... ob. cit., p. 323.

³²² Es el caso de las observaciones y recomendaciones generales emitidas por los Comités DESC, CERD, CEDAW y CDPD. Ver, al respecto, el punto 4.4 del primer capítulo.

presentarían como auténticamente libres, cuando en realidad están condicionadas³²³. Sobre estos rasgos se volverá a continuación.

2.1. La discriminación como estructura y como proceso

Siguiendo a Barrère, subrayar el carácter “estructural” de la discriminación implica principalmente hacer referencia a situaciones que se reproducen sistemáticamente en las principales instituciones económicas, políticas y culturales. Además, “que no es necesario identificar un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que basta con que salga beneficiado con la opresión del otro”, y finalmente, “la imposibilidad de ser analizada en términos de acumulación de actos discriminatorios individuales”³²⁴. De ahí que para esta autora buena parte de las realidades que se evocan con la expresión “discriminación estructural” (acuñada fuera del contexto jurídico disciplinar) no tengan cabida dentro del concepto de discriminación prevista por el Derecho porque no resultan imputables a comportamientos o prácticas individualizadas y concretas³²⁵.

Sobre el uso del calificativo “estructural” cabe precisar que, en general, cuando se apela a él desde la filosofía, la teoría social y la política, los autores o autoras lo hacen con el propósito de establecer una diferencia con aquellos patrones o relaciones que tienen un carácter transitorio, accidental o son socialmente superficiales³²⁶. Sin embargo, por lo general, no se suele explicar el significado que se da a esta expresión.

Teniendo en cuenta esta omisión, y a fin de no incurrir en ella, considero importante precisar que –siguiendo a Young– el calificativo estructural puede entenderse referido a un conjunto de procesos que se refuerzan unos con otros, ya sea habilitando o constriñendo las acciones individuales en múltiples formas. Con relación a las causas de estos procesos, es importante destacar que estas no son atribuibles a las preferencias o elecciones individuales de las personas; tampoco a la mala suerte o a un accidente. Por el

³²³ La doctrina identifica estos rasgos como elementos integrantes del concepto discriminación estructural. Vid., BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subordiscriminación... ob. cit., p. 14; AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., pp. 663-664.

³²⁴ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 9, 2003, p. 14.

³²⁵ *Ibid.*, p. 17.

³²⁶ YOUNG, Iris Marion. “Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice”. *The Journal of Political Philosophy*, volumen 9, número 1, 2001, p. 2.

contrario, sus causas descansan en las instituciones sociales, sus reglas y relaciones; así como en las decisiones de terceras personas³²⁷.

El término estructural, por tanto, pone énfasis en la forma en que se relacionan un conjunto de estereotipos, normas, pautas, roles, así como las acciones individuales de una gran cantidad de gente, generando consecuencias colectivas no intencionadas. Se trataría, por tanto, del resultado de procesos sociales difusos y sistémicos; de ahí que también se emplee la expresión “discriminación sistémica” para hacer referencia a la discriminación así entendida³²⁸. Estos rasgos se ponen especialmente de manifiesto cuando se constata que las estructuras sociales no limitan a las personas de manera directa, sino indirecta y acumulativa, como limitarían a un ave los alambres de una jaula: “Considerados uno por uno, ningún alambre es capaz de evitar que un pájaro vuele. Es la relación conjunta de los alambres lo que impide el vuelo”³²⁹.

Además, se dice que las consecuencias son no intencionadas porque las personas persiguen sus propias finalidades, a menudo de forma descoordinada, generando resultados que incluso pueden ser opuestos a los esperados. Un símil al que apela Young guarda relación con el tráfico; pues aun si cada persona condujera su coche siguiendo las reglas de tránsito, el número de vehículos, el tamaño de las calles y las obstrucciones del camino podrían motivar grandes atascados. Así, “al intentar cumplir sus objetivos legítimos [los individuos] se pueden ver envueltos en consecuencias no intencionadas e indeseables si se contempla desde un punto de vista estructural”³³⁰.

Un elemento que conviene destacar –dado que anteriormente no ha sido suficientemente desarrollado– es que, desde esta perspectiva, la discriminación no se concibe como un acto individual sino como un proceso. Esto supone un cambio en la noción de discriminación usualmente aceptada en el campo del Derecho. Por ejemplo, en el ámbito internacional el uso más difundido de la voz discriminación es el que se recoge

³²⁷ *Ibid.*, p. 8

³²⁸ Vid. AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., p. 662; COURTIS, Christian. “Dimensiones conceptuales... ob. cit., p. 111.

³²⁹ YOUNG, Iris Marion. *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata, 2011, p. 76. Young toma la analogía del pájaro y la jaula de Marilyn Frye.

³³⁰ *Ibid.*, p. 84.

en la Observación General N.º 18 del Comité de Derechos Humanos, que señala lo siguiente³³¹:

“...el Comité considera que el término ‘discriminación’, tal como se emplea en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], 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”³³².

Las expresiones “distinción, exclusión, restricción o preferencia...” contenidas en esta definición evocan la idea de un tratamiento diferenciado. Sin embargo, como se ha señalado, a partir del calificativo “estructural” la discriminación se concibe de una manera más compleja: no como un acto individual, sino como un proceso.

Esta manera de entender la discriminación –como un proceso– puede ser ilustrada a partir de dos ejemplos propuestos por Young; el primero de ellos guarda relación con la raza y el segundo con el género. Con relación al primero, refiriéndose a los Estados Unidos de América, la autora señala que una serie de políticas en materia de vivienda, unidas a prácticas discriminatorias individuales fundadas en estereotipos raciales, han dado lugar a un alto nivel de segregación residencial. Esto quiere decir que, en la práctica, las personas afroamericanas y latinas han quedado confinadas en aquellos barrios que las personas blancas prefieren evitar, convirtiéndolos en una suerte de guetos. Como consecuencia de ello resulta difícil atraer nuevas inversiones pues estos inmuebles han perdido valor y los propietarios no tienen incentivos para realizar un mantenimiento adecuado. También los políticos suelen ser poco receptivos ante sus demandas; y, dado que la pobreza está más focalizada, los efectos de una recesión económica son más graves, con lo cual los negocios quiebran o se trasladan a lugares más prósperos. A partir de la confluencia de las acciones y procesos descritos, la educación escolar, la seguridad, la limpieza pública, etc. se brindan de manera deficiente y las personas que viven en estos

³³¹ Esta manera de entender la discriminación toma en cuenta la forma en que conceptualizan la discriminación la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

³³² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N.º 18. *No discriminación*. 37º periodo de sesiones, 1989, párr. 7 (cursivas agregadas).

barrios tienen pocas posibilidades de acceder a una educación de calidad y conseguir un buen empleo³³³.

El segundo ejemplo guarda relación con el género. En la sociedad –señala Young– existen determinadas expectativas en torno a quiénes deben hacerse cargo del cuidado del hogar y del cuidado de otras personas (como niños, niñas, personas con discapacidad, personas mayores, etc.). Estas labores se suelen asignar a las mujeres, quienes las realizan sin recibir compensación formal alguna³³⁴. Paralelamente, en el ámbito del mercado laboral se tiene la expectativa de contar con personas disponibles para trabajar cuarenta horas a la semana (o más) durante todo el año. Esta expectativa y la anterior modelan un escenario que es poco favorable para que las mujeres asuman trabajos a tiempo completo, por tanto, la alternativa en el mercado laboral consiste en asumir trabajos a tiempo parcial o por horas, lo que supone menores ingresos y menores expectativas de ascenso. Cuanto menor es la remuneración, mayor es la dependencia económica de las mujeres respecto del salario de su cónyuge o compañero, lo que puede generar un desequilibrio de poder en la relación. Además, si la pareja llegara a separarse, el sistema de justicia (que no es inmune a las expectativas sociales acerca de las labores de cuidado) posiblemente encargaría a la madre el cuidado de los hijos o hijas. No es difícil imaginar, atendiendo a la confluencia de las acciones y los procesos descritos, que en estas circunstancias tanto la mujer como sus hijos o hijas pueden llegar a enfrentar una situación de vulnerabilidad frente a la pobreza³³⁵.

Los ejemplos propuestos constituyen una muestra de la forma en que los diferentes agentes sociales actúan desde posiciones constituidas relacionamente, de acuerdo con reglas y expectativas profundamente arraigadas en la sociedad. El problema radica en que actuando de esta manera reproducen pautas de opresión y dominación, las cuales tienden a institucionalizarse, puesto que están presentes en normas, símbolos culturales, procesos de toma de decisión, etc. Además, como se ha señalado, los individuos que actúan dentro

³³³ YOUNG, Iris Marion. “Equality of Whom... ob. cit., p. 11.

³³⁴ Young se refiere al trabajo doméstico no remunerado, que es aquel que se da en contextos familiares (no en el marco de una relación laboral).

³³⁵ YOUNG, Iris Marion. “Equality of Whom... ob. cit., pp. 10-11. En la elaboración de este último ejemplo Young sigue de cerca a Susan Okin. Ejemplos semejantes también pueden encontrarse en: BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 9, 2003, pp. 9-10.

de este marco –inclusive los miembros de los grupos oprimidos– contribuyen a reforzar y perpetuar estas relaciones de poder, a menudo de forma no intencionada³³⁶.

Identificado el sentido del concepto “discriminación estructural” cabría preguntar si constituye una categoría jurídica independiente y situada al mismo nivel que otros conceptos jurídicos como el de “discriminación directa” y “discriminación indirecta”, o si ocupa un lugar distinto (y cuál sería este). Esta es una reflexión que puede encontrarse en María José Añón, quien refiriéndose a esta cuestión ha señalado lo siguiente: “no pretendo sostener que el concepto de ‘discriminación estructural’ sea reconocido como una categoría jurídica independiente y situada al mismo nivel que el concepto jurídico de discriminación indirecta”³³⁷. Para esta autora la discriminación estructural constituye más bien un estándar interpretativo adicional, que apoya o complementa el concepto jurídico de discriminación indirecta, dándole una mayor fuerza o justificación³³⁸.

Tampoco María Ángeles Barrère concibe la discriminación estructural como un nuevo tipo de discriminación. Como se ha señalado anteriormente, su propósito es sentar las bases para un modelo de Derecho antidiscriminatorio crítico, en el que ocupa un lugar central la reflexión deconstructiva proveniente de la teoría feminista³³⁹. Por consiguiente, para esta autora adoptar una perspectiva estructural significa reconocer que en nuestras sociedades existen relaciones de poder intergrupales que se reproducen sistemáticamente³⁴⁰. Esta es una aproximación que también puede encontrarse en Dolores Morondo³⁴¹.

Por tanto, al hablar de discriminación estructural no parece que nos encontremos ante un nuevo tipo de discriminación (equiparable al binomio discriminación directa e indirecta), sino más bien ante un nuevo marco para comprender la discriminación. Y, de ser adoptado, este nuevo marco tendría un impacto en la forma en que el ordenamiento jurídico capta y aborda el problema de la discriminación en sus diferentes modalidades, tal como se verá a continuación.

³³⁶ TORBISCO CASALS, Neus. “La institucionalización de la diferencia... ob. cit., p. 46.

³³⁷ AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio... ob. cit., p. 147.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho antidiscriminatorio...* ob. cit., p. 10.

³⁴⁰ *Ibid.*, pp. 20-24

³⁴¹ BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subdiscriminación... ob. cit., pp. 39-40.

2.2. La discriminación estructural como marco para comprender las demás formas de discriminación

Si se admite que el concepto discriminación estructural ofrece un nuevo marco para comprender la discriminación, resulta oportuno explorar cuáles serían las consecuencias de adoptar este punto de vista. En atención a ello, en esta sección se analizará el concepto discriminación estructural en su relación con el binomio discriminación directa e indirecta, que ha sido examinado en el primer capítulo. Asimismo, se reflexionará en torno a si este concepto ofrece un nuevo marco para captar y responder de una manera más depurada a la denominada discriminación por indiferenciación, menos consolidada en el campo del Derecho. Finalmente, se hará referencia a la discriminación interseccional, que tiene la particularidad de que también puede ser concebida como un enfoque o perspectiva de análisis³⁴².

2.2.1. La discriminación estructural y el binomio discriminación directa e indirecta

En el primer capítulo de este trabajo se hizo referencia tanto a la discriminación directa como a la indirecta; y se señaló que esta constituye una de las clasificaciones más difundidas en el ámbito de lo jurídico. La principal diferencia entre ambas radica en que la primera supone un tratamiento diferenciado y perjudicial basado en una categoría sospechosa (raza, origen étnico, sexo, religión, etc.); mientras la segunda se presenta formalmente como un trato neutral, siendo en su impacto donde puede advertirse la discriminación, pues tiene un efecto perjudicial sobre determinados grupos sociales³⁴³.

Entre ambas, es la discriminación directa la que suele presentar menores dificultades para su identificación; y, en ese sentido, se podría pensar que no requiere de un marco interpretativo adicional –como el que proporciona el concepto discriminación estructural– para ser adecuadamente abordada por el Derecho. Sin embargo, aun en estos casos el concepto discriminación estructural puede ofrecer un cambio de enfoque. En efecto, desde esta perspectiva, un acto identificado como discriminatorio formará parte de un proceso social más amplio, que no afecta a todos los grupos sociales en igual

³⁴² AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio... ob. cit., p. 151; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho antidiscriminatorio...* ob. cit., p. 24.

³⁴³ AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., pp. 645-654.

medida, sino a aquellos que se encuentran en situación de opresión, dominación y/o subordinación.

Para ilustrar esta afirmación me remito al asunto Coleman, resuelto por el TJUE en el año 2008³⁴⁴. Como se recordará, en este caso la señora Coleman alegaba haber sido discriminada por su empleador por ser la madre de un niño con discapacidad, viéndose obligada a dejar su trabajo. En su sentencia, el TJUE interpretó que la prohibición de discriminación directa por motivos de discapacidad alcanzaba también a la señora Coleman, reconociendo así la discriminación por asociación. Sin embargo, el TJUE no tomó en cuenta los patrones sociales de discriminación relacionados con el género que presumiblemente estuvieron también presentes en el caso, al atribuirse socialmente a las mujeres (en este caso a la madre) la responsabilidad principal por las labores de cuidado de las personas dependientes (en este caso un hijo con discapacidad). A mi juicio, el marco interpretativo que proporciona el concepto discriminación estructural habría permitido tener en cuenta este elemento y, por tanto, llevar a cabo un análisis más profundo de la discriminación.

De otro lado, en el caso de la discriminación indirecta la aplicación de este concepto también tiene una gran importancia puesto que, para valorar el impacto desigual de una medida, es posible y conveniente tener en cuenta el contexto social en el que esta se enmarca. Así, siguiendo a María José Añón:

“...el enfoque desde la discriminación estructural puede ser entendido como un estándar interpretativo adicional a la discriminación indirecta, porque encontramos razones de mayor peso o más justificadas si a la explicación que aporta la discriminación indirecta le sumamos o le incorporamos otras razones de apoyo que se encuentran en el concepto de discriminación estructural...”³⁴⁵.

Un caso hipotético que en el primer capítulo se propuso al momento de caracterizar la discriminación indirecta consiste en el establecimiento, por parte del Estado, de una estatura mínima como requisito para ingresar a las escuelas de formación militar³⁴⁶. Vista en abstracto esta constituye una medida aparentemente neutra pues, en principio, no

³⁴⁴ A este caso se hizo referencia en el punto 4.1 del primer capítulo.

³⁴⁵ AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio...” ob. cit., p. 147. En este mismo sentido Añón señala que: “[...] frente a los límites que exhibe el derecho antidiscriminatorio, cabe apelar a otros argumentos que encuentran su origen en enfoques más complejos que atienden a las estructuras sociales donde se dan estatus de subordinación”. *Ibíd.*, p. 142.

³⁴⁶ Ver, al respecto, el punto 4.1 del primer capítulo.

invoca ninguna categoría sospechosa como criterio de diferenciación. No obstante, siguiendo con el ejemplo, las estadísticas ponían de manifiesto que la estatura exigida se encontraba por encima de la estatura promedio de las mujeres y por debajo de la estatura promedio de los hombres, con lo cual tenía un impacto desproporcionado en perjuicio de las primeras.

Analizar este caso desde la perspectiva de la discriminación estructural supondría tener en cuenta factores como los siguientes: que históricamente la carrera militar ha estado reservada para el grupo social hombres; que el físico de los hombres ha definido por mucho tiempo los estándares en cuanto al peso, talla, fuerza física, resistencia, etc. que se esperan del personal militar; que a pesar de que las mujeres ya son admitidas en las escuelas de formación militar, se suele privilegiar a aquellas que más se ajustan al patrón masculino; que no se ve con sorpresa que la incursión de las mujeres en la carrera militar sea más bien excepcional, pues ellas siguen siendo socializadas para realizar labores de cuidado y para sumir un rol que suponga dar vida (no para quitarla).

De esta manera, el concepto discriminación estructural puede contribuir a enriquecer el análisis de una situación en la que se configura un supuesto de discriminación indirecta, permitiendo identificar aquellos estereotipos, normas, pautas, roles, etc. que refuerzan el estatus de subordinación que determinados grupos sociales ocupan en la sociedad.

2.2.2. Discriminación estructural y discriminación por indiferenciación

Como se ha explicado anteriormente, la discriminación por indiferenciación se configura cuando no se diferencia ante situaciones distintas. Esta aproximación resulta novedosa porque tradicionalmente el trato uniforme no se considera un problema jurídico, de ahí que normalmente el trato uniforme no se justifique; y más bien se tienda a justificar solo el trato diferenciado³⁴⁷.

Dado que no todos los ordenamientos jurídicos reconocen la denominada “discriminación por indiferenciación”³⁴⁸, considero que esta puede adquirir una

³⁴⁷ ASÍS ROIG, Rafael de. “La igualdad en el discurso de los derechos”. En *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, coordinado por José Antonio López García y J. Alberto del Real. Madrid: Dykinson, 2000, p. 159.

³⁴⁸ En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la discriminación por indiferenciación resulta ajena al núcleo de protección del artículo 14 de la Constitución española. Ver, al respecto, el punto 4.2 del primer capítulo.

importancia mayor si se adopta el punto de vista de la discriminación estructural. Esto se debe a que para la discriminación estructural el trato uniforme sí se considera un problema jurídico pues en la base de este concepto existe una crítica a la aparente neutralidad e imparcialidad del Derecho. Además, el concepto discriminación estructural exige reconocer que los diferentes grupos sociales no ocupan un mismo estatus en la sociedad (no están situados, por así decirlo, de manera horizontal o en un mismo plano), sino que entre ellos existen diferencias de poder que se expresan en relaciones de opresión, dominación y/o subordinación.

No establecer diferencias en estas circunstancias puede considerarse una convalidación tácita del escenario descrito, lo que no resultaría compatible con los compromisos adoptados por los Estados en relación con los derechos humanos. En este contexto, el marco interpretativo que proporciona el concepto discriminación estructural se vuelve determinante para justificar la adopción de medidas de acción afirmativa e incluso para considerarlas exigibles³⁴⁹, perdiendo así su carácter excepcional.

Al reflexionar sobre esta cuestión, María Ángeles Barrère señala que las acciones afirmativas deberían estar dirigidas a combatir la subordinación estructural de ciertos grupos sociales; sin embargo, reconoce que lograr un acuerdo sobre cómo se concibe esa desigualdad y qué medidas son aptas para corregirla es una cuestión difícil de resolver³⁵⁰. Pese a la dificultad anotada, una lectura conjunta de la discriminación estructural y la discriminación por indiferenciación permitiría demandar al Estado una respuesta más activa frente a aquellas situaciones que exigen un tratamiento distinto (diferenciado) y que, sin embargo, no suelen ser captadas por el Derecho.

En buena cuenta, el discurso de la discriminación estructural proporciona argumentos adicionales para la adopción de medidas de acción afirmativa y también para justificar que cuando estas no se adoptan existe discriminación por indiferenciación.

2.2.3. Discriminación estructural y discriminación interseccional

Así como la discriminación estructural, la discriminación interseccional tiene la particularidad de que también puede ser concebida como un enfoque o perspectiva de

³⁴⁹ Vid., COURTIS, Christian. “Dimensiones conceptuales... ob. cit., p. 111; NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación... ob. cit., pp. 176-177.

³⁵⁰ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Problemas del Derecho antidiscriminatorio... ob. cit., p. 22.

análisis³⁵¹. Como se ha explicado, históricamente, suele atribuirse al *Combahee River Collective* el interés por las denominadas “opresiones múltiples y simultáneas” (*manifold and simultaneous oppressions*), expresión que es utilizada en su texto titulado “Un Manifiesto Feminista Negro” publicado por primera vez en los Estados Unidos de América en el año 1977³⁵².

Algunos años más tarde, en el ámbito de la academia, Kimberlé W. Crenshaw reflexionó sobre esta cuestión bajo el concepto de “interseccionalidad”³⁵³. Algunos de sus trabajos, publicados a finales de los años ochenta e inicios de los noventa, analizan la respuesta que se venía dando a la problemática de la violencia de género contra las mujeres afroamericanas³⁵⁴. Asimismo, la autora distingue al menos dos tipos de interseccionalidad: la “estructural” y la “política”.

Al abordar la interseccionalidad estructural, Crenshaw señala que “raza, género y clase están interrelacionados, como evidencia la fuerte correlación entre ser mujer de color y ser pobre”³⁵⁵. En tal sentido, la autora hace referencia a un estudio que realizó en casas de acogida para mujeres víctimas de violencia en comunidades minoritarias de Los Ángeles, California (Estados Unidos de América). Ahí observó cómo la agresión física que llevaba a las mujeres a buscar protección era, en la mayoría de los casos, una manifestación de la subordinación en la que vivían. No era poco frecuente, por tanto, que las mujeres tuvieran a su cargo la responsabilidad del cuidado de niños y niñas, tuvieran trabajos precarios o estuvieran desempleadas y fueran pobres. La situación era aún más grave en el caso de mujeres inmigrantes porque muchas veces su permanencia en el país dependía precisamente de su agresor³⁵⁶. Y si a esto se sumaban las barreras lingüísticas,

³⁵¹ AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio... ob. cit., p. 151; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho antidiscriminatorio... ob. cit., p. 24.*

³⁵² COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. “Un manifiesto feminista Negro” (trad. de R. Platero y J. Sáez). En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, p. 75.

³⁵³ A esta autora también se ha hecho referencia en el primer capítulo, en el punto correspondiente a la discriminación interseccional.

³⁵⁴ CRENSHAW, Kimberlé. “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color” (trad. de R. Platero y J. Sáez). En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, pp. 87-122.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 91.

³⁵⁶ Al respecto, Crenshaw plantea el siguiente ejemplo: “...tomemos la Enmienda al Fraude en el Matrimonio que se hizo a la Ley de Inmigración de 1986. Bajo la disposición sobre el fraude de matrimonio en la ley, una persona que emigra a los Estados Unidos para casarse con un ciudadano o ciudadana estadounidense o residente permanente tenía que estar ‘adecuadamente’ casada durante dos años antes de poder solicitar el estatus de residente, momento en el que ambos cónyuges solicitaban la residencia. Se podía predecir que, en esas circunstancias, muchas mujeres inmigrantes podrían tener dificultades para

las posibilidades de que estas mujeres encontraran protección se reducían drásticamente, pues las casas de acogida carecían de personal y recursos bilingües.

De otro lado, al abordar la interseccionalidad política, Crenshaw subraya el hecho de que las mujeres afroamericanas están situadas dentro de al menos dos grupos subordinados, los cuales con frecuencia persiguen agendas políticas enfrentadas. A manera de ejemplo, la autora relata que en una ocasión intentó revisar las estadísticas de las que disponía el Departamento de Policía de Los Ángeles, sobre el índice de intervenciones en casos de violencia doméstica desagregadas por distrito. Dado el grado de segregación racial que existía en Los Ángeles, la autora tenía la expectativa de que dichos datos pudieran ofrecerle un panorama, al menos aproximado, de los arrestos por grupos raciales. Sin embargo, dicha información le fue negada por la policía bajo el siguiente argumento:

“El representante del LAPD [Departamento de Policía de Los Ángeles] me explicó que una de las razones para no darme esta información era que los activistas en violencia doméstica, tanto de dentro como de fuera del departamento temían que las estadísticas reflejaran el volumen de la violencia doméstica en las comunidades minoritarias, y estaban preocupados por las interpretaciones que podría haber si estos datos se publicaran de forma sesgada...”³⁵⁷.

En buena cuenta, lo que le preocupaba a la policía era que dichos datos pudieran ser empleados para calificar la violencia doméstica como un problema propio de determinadas minorías. Y este era un asunto que no sólo preocupaba a la policía. También los representantes de varias comunidades se oponían a que esta información se hiciera pública pues les preocupaba que los datos: “representasen injustamente a las comunidades Afro-Americanas y latinas, apareciendo como personas extremadamente violentas, y reforzando potencialmente los estereotipos que se podrían usar en su contra y reforzar las prácticas policiales discriminatorias”³⁵⁸.

Si bien Crenshaw reconoce que el temor a que las estadísticas fueran mal empleadas era fundado, señala que no se puede pasar por alto que, con el propósito de combatir las

dejar incluso a la pareja más violenta, por el miedo a ser deportadas” (Ibíd., p. 93). Si bien esta norma fue posteriormente modificada y se estableció una dispensa en casos de violencia doméstica, Crenshaw señala que en muchos casos la situación de las mujeres inmigrantes no mejoró sustancialmente porque muchas de ellas no lograban cumplir las condiciones establecidas en dicha norma (se requería, por ejemplo, informes y declaraciones juradas de la policía, de personal de salud, de personal educativo, de agencias de servicios sociales, etc.).

³⁵⁷ Ibíd., p. 99.

³⁵⁸ Ibíd., p. 100.

creencias negativas que pesaban sobre los miembros de determinadas comunidades, se estaba ocultando o dejando de lado una información muy relevante que podía contribuir a que se abordara de mejor manera la situación de las mujeres víctimas de violencia de género en dichas comunidades³⁵⁹.

La tensión descrita constituye una muestra de los desafíos que surgen a partir del reconocimiento de la discriminación estructural, sobre todo cuando este reconocimiento se da en contextos en los que la discriminación también puede ser calificada como “interseccional”.

3. Los desafíos que trae consigo la incorporación de este concepto

La incorporación del concepto discriminación estructural supone algunos desafíos para el campo del Derecho. Estos desafíos se desprenden de aquellos elementos que caracterizan este concepto y que pueden sintetizarse de la siguiente manera: en primer lugar, desde esta perspectiva, la discriminación se configura como un proceso, no como un acto individual. En segundo lugar, este proceso tiene un carácter difuso pues está conformado por una serie de estereotipos, normas, pautas, roles, actos individuales de mucha gente, etc., que atraviesan todas las esferas de la sociedad y que consolidan relaciones de poder de carácter intergrupales (estas relaciones de poder han sido teorizadas en términos de opresión, dominación y/o subordinación). En tercer lugar, si bien existen determinados grupos sociales que obtienen ventajas de estos procesos sociales, no necesariamente existe un elemento intencional; y, por lo general, las personas que participan en estos procesos consideran que simplemente están viviendo sus vidas o haciendo su trabajo (con lo cual no se conciben a sí mismas como agentes de opresión). Finalmente, dichos procesos sociales pueden condicionar severamente las decisiones individuales de las personas, en cuyo caso no se puede decir que estas decisiones sean auténticamente libres³⁶⁰.

Teniendo en consideración las características enunciadas, se ha de tener en cuenta que es posible que el Derecho también esté reproduciendo estas relaciones de poder y este representa un primer desafío en el ámbito de lo jurídico. Como señala Claudio Nash, en

³⁵⁹ Según Crenshaw “las políticas feministas y antirracistas han funcionado conjuntamente para relegar la cuestión de la violencia contra las mujeres de color”. *Ibid.*, p. 90.

³⁶⁰ Cfr. BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “Subdiscriminación... ob. cit., p. 14; AÑÓN ROIG, María José “Grupos sociales vulnerables... ob. cit., pp. 663-664.

estos casos no es poco frecuente que sea la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita la discriminación estructural:

“[Las] estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas como a las culturales, que hacen posible que estas violaciones sistémicas ocurran”³⁶¹.

Pero así como el Derecho puede perpetuar determinados estereotipos sociales que causan discriminación, también puede contribuir a su eliminación, por ejemplo, asumiendo un rol transformador de dicha realidad. Desde este punto de vista, “el derecho se concibe, simultáneamente, como objeto del cambio y como motor del mismo”³⁶². Esto último se expresa, por ejemplo, a través del establecimiento, a nivel normativo, de políticas públicas en materia de igualdad, en materia educativa e incluso a nivel sancionador.

Con relación a las medidas de impulso y promoción, cabe destacar la importancia de las acciones afirmativas, que tienen por objeto otorgar a ciertos grupos sociales un trato más favorable que les permita superar la situación de desventaja en que se encuentran³⁶³. Entonces, si se admite que la discriminación estructural es causada socialmente, las comunidades políticas democráticas deberían asumir la responsabilidad de transformar esa realidad³⁶⁴.

De otro lado, las características de este concepto representan un desafío para el ámbito judicial pues la discriminación estructural no resulta imputable a comportamientos o prácticas individualizadas o concretas³⁶⁵. Al reflexionar sobre esta cuestión Fiss ha señalado que “[e]n dichas acciones legales, el foco del proceso judicial no son los

³⁶¹ NASH, Claudio. “Estudio Introductorio: Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica”. En *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, editado por Nicole Lacrampette. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, p. 25.

³⁶² BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio... ob. cit., p. 52. Según esta autora: “Las relaciones de poder intergrupales se articulan y estructuran socialmente, siendo el derecho parte de esa articulación y estructuración social. Pero, por lo mismo que el derecho es un instrumento de consolidación de las relaciones de poder, también resulta (o puede resultar) un instrumento de cambio en las mismas”. *Ibid.*, p. 66.

³⁶³ GIL RUIZ, Juana María. “Los instrumentos del derecho antisubordinación: la discriminación inversa y la acción positiva”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 33, 1999, p. 330.

³⁶⁴ Esta invocación a la comunidad política puede encontrarse en YOUNG, Iris Marion. “Equality of Whom... ob. cit., p. 16; TORBISCO CASALS, Neus. “La institucionalización de la diferencia... ob. cit., p. 52.

³⁶⁵ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. “Problemas del Derecho antidiscriminatorio... ob. cit., p. 9.

derechos de los individuos, sino la situación del grupo, aunque esa situación tenga una incidencia significativa en el bienestar de los individuos que pertenecen a él”³⁶⁶.

Así, refiriéndose al sistema de justicia norteamericano, el mismo autor agrega que en el año 1966 los tribunales federales ampliaron las reglas de procedimiento que regían las denominadas *class actions* para adecuarlas al carácter grupal de las numerosas demandas que buscaban una reparación estructural; sin embargo, el autor reconoce que el problema de ajustar un procedimiento individualista a las exigencias de una demanda grupal persistía:

“En una acción de clase, un individuo se presenta como representante de un grupo y obtiene ese mandato de representación mediante el más sospechoso de todos los recursos, la autoselección, sin que exista un vínculo consensuado entre el demandante y el grupo representado. El demandante afirma representar solo los intereses de la clase, pero –como aprendimos luego de décadas de litigio en defensa de los derechos civiles, incluidas las demandas para erradicar la segregación de las escuelas– esos intereses suelen presentar divisiones dentro del grupo, las que a veces pueden incluso llegar a ser antagónicas”³⁶⁷.

En respuesta –indica el autor– se han emitido disposiciones que permiten que los miembros del grupo disconforme puedan participar en el proceso judicial, “pero sólo a expensas de transformar la oposición binaria del proceso tradicional –parte actora contra parte demandada– en un conjunto casi desconcertante de perspectivas en conflicto”³⁶⁸. Las divisiones a las que hace referencia Fiss pueden obedecer a distintas causas. En el campo de la discriminación, una de ellas podría estar vinculada con el concepto “discriminación interseccional” que ha sido abordado anteriormente; y que –como se ha explicado– busca poner de manifiesto que la discriminación no afecta de manera homogénea a todas las personas que integran un determinado grupo social³⁶⁹.

Otro desafío radica en la exigencia del denominado “término de comparación” que constituye un elemento argumentativo del juicio de igualdad³⁷⁰. Respecto de este requisito García Morillo explica que “corresponde a quien afirma haber sido tratado desigualmente suministrar un término comparativo que permita llegar a la conclusión de que ha sido tratado de forma injustificadamente desigual que otros que se hallan en idéntica situación

³⁶⁶ FISS, Owen. “Prólogo. Cómo hacer... ob. cit., p. 12.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ No resulta difícil imaginar la presencia de minorías dentro de otras minorías, las cuales pueden estar más expuestas al menoscabo de sus derechos con base en la concurrencia de más de un factor de riesgo.

³⁷⁰ AÑÓN ROIG, María José. “Principio antidiscriminatorio... ob. cit., p. 141.

y, por ende, de que ha sido discriminado”³⁷¹. Dado que la discriminación estructural no se concibe como un trato diferenciado, sino como un proceso, se ha puesto en cuestión la pertinencia de este requisito. Asimismo, se ha propuesto sustituirlo por un análisis del contexto y de la prueba de la desventaja del grupo social subordinado; “[s]e apunta así hacia un abandono del término de comparación y la aplicación del test de la desventaja”³⁷².

Presentados algunos de los principales desafíos que trae consigo la incorporación del concepto discriminación estructural en el campo del Derecho, en el siguiente capítulo se buscará analizar si existen algunos ejemplos que evidencian que este concepto –o alguna de sus dimensiones– se ha incorporado en el ámbito del Sistema interamericano de protección de derechos humanos y cuál ha sido la respuesta de dicho sistema frente a ella.

³⁷¹ GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad”. En LÓPEZ GUERRA, Luis et al. *Derecho constitucional. Volumen 1. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 9.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 166.

³⁷² AÑÓN ROIG, María José. “Discriminación racial... ob. cit., pp. 150-151.

CAPÍTULO 3

LA INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO “DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL” EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se dice que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos están edificados sobre la tragedia y el dolor provocados por la Segunda Guerra Mundial, dado que fue tras el fin de dicho episodio histórico que la comunidad internacional puso en marcha una serie de mecanismos orientados a la protección de los derechos de las personas; asunto que hasta ese momento era considerado una competencia exclusiva de los Estados³⁷³. Es así como, desde mediados del siglo XX y en adelante, surgieron una serie de instrumentos universales (instrumentos del sistema de Naciones Unidas) y regionales (instrumentos del sistema interamericano, europeo y africano) para la protección de los derechos humanos.

En este contexto, en el año 1948, veintiún Estados adoptaron la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante Carta de la OEA)³⁷⁴. Si bien este instrumento no consagró un sistema de protección de los derechos humanos, es posible afirmar que dejó sentadas las bases para ello al establecer, desde su preámbulo, la idea de la centralidad del ser humano en la organización de la sociedad³⁷⁵.

El mismo año se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana)³⁷⁶, que constituye el primer instrumento regional en materia de derechos humanos. Sin embargo, esta declaración no establecía obligaciones vinculantes para los Estados Partes, ni incorporaba un mecanismo internacional para la protección de los derechos en ella reconocidos. Por este motivo, para que realmente se pusiera en marcha el sistema, fue necesario esperar hasta el año 1959,

³⁷³ Vid. UPRIMNY, Inés Margarita. “La protección internacional de los Derechos Humanos: el sistema de Naciones Unidas”. En *Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los derechos universales*, editado por Víctor Abramovich, Ximena Erazo y Jorge Orbe, vol. 2, Santiago de Chile: LOM Ediciones; Fundación Henry Dunant América Latina, 2008, p. 25; QUISPE REMÓN, Florabel. “La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, número 32, 2016, p. 226.

³⁷⁴ Adoptada durante la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá (Colombia).

³⁷⁵ MEDINA, Cecilia y Claudio NASH. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011, p. 5.

³⁷⁶ Aprobada durante la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá (Colombia).

en que se resolvió crear la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión)³⁷⁷.

El próximo paso para establecer un sistema efectivo de protección de los derechos humanos se dio en el año 1969, en que se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana)³⁷⁸. Este tratado, además de reconocer derechos humanos y establecer obligaciones para los Estados Partes, atribuye a dos órganos la competencia para conocer de los asuntos relacionados con su cumplimiento: la Comisión³⁷⁹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸⁰ (en adelante la Corte)³⁸¹.

Presentadas algunas consideraciones generales sobre el surgimiento y formación del Sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es importante precisar que este capítulo tiene por objeto examinar si el concepto “discriminación estructural” se ha incorporado a dicho sistema; y, de ser el caso, si esta incorporación ha representado un avance en la lucha contra la discriminación.

Considerando el objetivo propuesto, en primer lugar, se analizará cuál es el lugar que ocupa la igualdad y no discriminación al interior de este sistema; y, en un segundo momento, se estudiará específicamente si el concepto discriminación estructural –o alguna de sus dimensiones– se ha incorporado expresa o tácitamente en los respectivos tratados, informes, opiniones consultivas y/o sentencias.

³⁷⁷ Resolución adoptada durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en la ciudad de Santiago (Chile). Sobre este proceso, Vid., MEDINA, Cecilia y Claudio NASH. *Sistema Interamericano...* ob. cit., pp. 5-6.

³⁷⁸ Convención adoptada durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José (Costa Rica).

³⁷⁹ La Comisión se compone de siete miembros elegidos por la Asamblea General de la OEA de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados Partes. Con relación a sus funciones, este órgano tiene competencia para conocer casos sobre violaciones individuales a los derechos humanos; y, además, para examinar la situación general de los derechos humanos en el territorio de un Estado y preparar informes sobre dicha situación. Asimismo, cabe precisar que este órgano cuenta con procedimientos para controlar la conducta de los Estados respecto de los derechos humanos establecidos tanto en la Convención Americana como en la Declaración Americana. Un análisis de las competencias de la Comisión puede encontrarse en MEDINA, Cecilia y Claudio NASH. *Sistema Interamericano...* ob. cit., pp. 25-26.

³⁸⁰ La Corte está compuesta por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, cuya elección corresponde a los Estados Partes de la Convención Americana (de una lista de candidatos propuestos por estos mismos Estados). Tiene competencia para decidir casos contenciosos, disponer medidas provisionales urgentes y emitir opiniones consultivas.

³⁸¹ Ver, al respecto, el artículo 33 de la Convención Americana. Asimismo, sobre las reformas emprendidas por estos dos órganos (la Comisión y la Corte), Vid. GONZÁLEZ MORALES, Felipe. “El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista IIDH*, número 59, 2014, pp. 119 y ss.

1. La noción de igualdad y no discriminación en el Sistema interamericano

La idea de igualdad y de no discriminación constituye un principio fundante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁸². No resulta extraño, por tanto, que este principio se encuentre presente en diversos instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en la región, así como en las interpretaciones llevadas a cabo tanto por la Comisión como por la Corte.

Como se ha señalado, el primer instrumento regional que reconoce derechos humanos es la Declaración Americana, cuyo preámbulo inicia con la siguiente afirmación: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Además, el artículo II de esta declaración señala lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”³⁸³.

Posteriormente, en el año 1969 se adoptó la Convención Americana, que consagra desde su primer artículo el compromiso de los Estados Partes de respetar todos los derechos y libertades en ella reconocidos y garantizar su libre y pleno ejercicio “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”. Adicionalmente, el artículo 24 de la Convención Americana establece lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Otro importante tratado en el ámbito del Sistema interamericano es el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos

³⁸² NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En *Derechos Humanos y Juicio Justo*, editado por Claudio Nash e Ignacio Mujica, Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas – COLAM, Organización Interamericana Universitaria, 2010, p. 160.

³⁸³ Dado que este instrumento constituye una declaración, conviene precisar que en el ámbito del Derecho Internacional se suele establecer una diferencia entre los tratados y las declaraciones. Así, mientras que los tratados tienen un carácter obligatorio para las partes; en principio, las declaraciones no tienen ese carácter. Sin embargo, esta distinción no es tan rígida pues tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Declaración Americana (ambas del año 1948) han adquirido un carácter vinculante porque los Estados les han atribuido esa calidad “por su uso repetitivo y la convicción de su obligatoriedad”. Por consiguiente, estos dos instrumentos internacionales se han revestido de carácter consuetudinario”. UPRIMNY, Inés Margarita. “La protección internacional... ob. cit., p. 26. En este mismo sentido, ver también a NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. 2.^a ed., Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales, 2002, p. 101.

económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador (El Salvador) en el año 1988. El artículo 3 de este protocolo –al igual que la Convención Americana– contiene una disposición según la cual los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian “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”.

Además de los tratados mencionados, se han adoptado otros de carácter temático cuyo contenido, en algunos casos, guarda una relación aún más directa con la prohibición de discriminación. En orden cronológico (considerando su fecha de adopción), se trata de los siguientes instrumentos: la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer³⁸⁴; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad³⁸⁵; la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia³⁸⁶; la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia³⁸⁷; y la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores³⁸⁸.

Los instrumentos internacionales mencionados evidencian que la discriminación por diversas causas (como el sexo, la raza, la discapacidad, la edad, etc.) constituye una preocupación que se encuentra muy presente en la agenda del Sistema interamericano. Además, como enseguida se verá, la noción de igualdad y no discriminación presente en los tratados –en particular en la Convención Americana– se ha ido enriqueciendo progresivamente gracias a la interpretación efectuada por los órganos del sistema, es decir, por la Comisión y la Corte. A manera de ejemplo, cabe señalar que esta última ha interpretado –a través de sus sentencias y opiniones consultivas– que el principio de igualdad y no discriminación constituye una norma de *ius cogens*.

³⁸⁴ Adoptada en Belém do Pará (Brasil), el 9 de junio de 1994. Entrada en vigor: 5 de marzo de 1995.

³⁸⁵ Adoptada en Ciudad de Guatemala (Guatemala), el 7 de junio de 1999. Entrada en vigor: 14 de setiembre de 2001.

³⁸⁶ Adoptada en La Antigua (Guatemala), el 5 de junio de 2013. Entrada en vigor: pendiente.

³⁸⁷ Adoptada en La Antigua (Guatemala), el 5 de junio de 2013. Entrada en vigor: pendiente.

³⁸⁸ Adoptada en Washington D.C. (Estados Unidos de América), el 15 de junio de 2015. Entrada en vigor: 11 de enero de 2017.

1.1. El principio de igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens*

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados alude por primera vez a la existencia de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*), al establecer lo siguiente: “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. El mismo artículo precisa que para los efectos de dicha convención una norma imperativa de derecho internacional general es “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

En la opinión consultiva OC-18/2003, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte interpretó que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *ius cogens* puesto que “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”³⁸⁹. Por consiguiente, todos los Estados, al margen de haber ratificado o no algún instrumento internacional, deben dar pleno cumplimiento a este principio³⁹⁰.

En este mismo sentido, en el caso *Yatama vs. Nicaragua* la Corte puntualizó que este principio “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo”³⁹¹. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de “no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”³⁹².

Por tanto, al hablar de igualdad y no discriminación en el Sistema interamericano, se hace referencia no solo a una obligación convencional, sino también a uno de los

³⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

³⁹⁰ QUISPE REMÓN, Florabel. “La protección... ob. cit., p. 239.

³⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 185.

³⁹² *Ibid.*

principios fundantes del derecho internacional de los derechos humanos³⁹³. De esta manera, la Corte ha buscado destacar el rol estructurante de la igualdad y no discriminación dentro del sistema, imponiendo un límite a la voluntad de los Estados³⁹⁴.

1.2. La igualdad y no discriminación en la Convención Americana

En materia de igualdad y no discriminación, tienen una importancia central los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana³⁹⁵. Como se ha señalado, el primero de ellos establece el compromiso de los Estados Partes de respetar y garantizar todos los derechos reconocidos en dicho tratado “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”. Mientras que de conformidad con el artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Al interpretar estos dos artículos, la Corte ha señalado que el artículo 1.1 es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones de la Convención Americana, por tanto, si un Estado Parte discrimina en el respeto o garantía de algún derecho convencional, violaría tanto el artículo 1.1 de la Convención Americana como el derecho en cuestión³⁹⁶. Por su parte, el artículo 24 prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, de modo que la obligación contenida en este artículo se extiende al derecho interno de los Estados Partes, los cuales se encuentran obligados a “no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la

³⁹³ NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación... ob. cit., p. 160.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 163.

³⁹⁵ Aunque no se trata de las únicas referencias (directas o indirectas) a la igualdad y no discriminación que existen en la Convención Americana. Así, por ejemplo, puede encontrarse otra referencia expresa a la no discriminación en el artículo 27.1 de dicho instrumento: “En caso de guerra, de 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”.

³⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-4/84, solicitada por el Gobierno de Costa Rica. “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, de 19 de enero de 1984, párr. 53.

protección de la ley”³⁹⁷. Según la Corte, este último derecho (igual protección de la ley) comprende tanto la igualdad en el contenido de la ley, como en su aplicación³⁹⁸.

Asimismo, toda vez que la Convención Americana no precisa qué debe entenderse por “discriminación”, en el marco de su labor interpretativa, la Corte ha señalado que esta se relaciona con:

“...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 propiedad, 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”³⁹⁹.

La Corte ha tomado como base la definición de discriminación contenida en la ICERD y en la CEDAW, así como la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos en esta materia. Como se ha explicado anteriormente, esta definición también hace referencia a la idea de discriminación indirecta al tomar en cuenta el resultado (o el impacto) de la medida.

Con relación a esto último, cabe señalar que en sus sentencias la Corte se ha referido expresamente a la clasificación que distingue entre la discriminación directa e indirecta, puntualizando que no sólo se prohíben aquellas normas, acciones, políticas o prácticas que sean deliberadamente discriminatorias; sino también aquellas que siendo aparentemente neutras tienen un impacto desproporcionado sobre ciertos grupos de personas (aun cuando no se haya tenido la intención de discriminar)⁴⁰⁰.

De otro lado, la Corte ha interpretado que la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos, sin discriminación alguna y con base en la igualdad, genera para los Estados Partes una serie de consecuencias que se concretan en obligaciones

³⁹⁷ *Ibid.*, párr. 54.

³⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 262.

³⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 253.

⁴⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), párr. 234. En ese sentido, la Corte ha precisado que “una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”. *Ibid.*, párr. 235.

específicas. Así, por ejemplo, en razón de esta obligación general, los Estados “deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*”⁴⁰¹. Asimismo, “los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana”⁴⁰².

Finalmente, la Corte ha interpretado que en cumplimiento de dicha obligación general “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”⁴⁰³. De esta manera se avanza hacia una noción más sustantiva de la igualdad, pues se admite la posibilidad de incorporar medidas de acción afirmativa e incluso su adopción se concibe como una obligación de los Estados Partes a favor de ciertos grupos sociales. A mi juicio esto evoca la noción de “discriminación estructural” que, como se verá en el siguiente punto, se ha ido incorporando en el Sistema interamericano.

2. La progresiva incorporación del concepto “discriminación estructural”

En el Sistema interamericano se viene desarrollando una clara tendencia hacia la afirmación de un mayor reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o sectores en desventaja o que se encuentran en situación de vulnerabilidad⁴⁰⁴. Como se verá en este punto, en las últimas décadas se han adoptado tratados para prevenir y combatir la discriminación contra determinados grupos sociales y en los últimos años tanto la Comisión como la Corte –en el marco de su labor interpretativa– se han referido a la importancia de adoptar medidas específicas para hacer frente a la discriminación, incluida la discriminación estructural.

⁴⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03... cit., párr. 103.

⁴⁰² *Ibid.*, párr. 105.

⁴⁰³ *Ibid.*, párr. 104. Según la Corte, en estos casos existe un deber especial de protección “que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”. *Ibid.*

⁴⁰⁴ QUISPE REMÓN, Florabel. “La protección... ob. cit.

2.1. En los tratados sobre derechos humanos

Al examinar el concepto “discriminación estructural” (o sistémica) se ha señalado que esta noción “hunde sus raíces en la presencia de estereotipos sociales que asignan a las personas discriminadas roles de subordinación”⁴⁰⁵. Esta es una de las dimensiones del concepto que ha sido recogida por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también denominada “Convención de Belém do Pará”⁴⁰⁶, adoptada en el año 1994. Desde su preámbulo, esta Convención considera la violencia contra la mujer como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. Asimismo, de conformidad con el artículo 8.b de este instrumento, los Estados Partes se comprometen a adoptar, en forma progresiva, medidas específicas para:

“...modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer”.

Por tanto, si bien este tratado no menciona expresamente la discriminación estructural, sí identifica dos elementos de este concepto: en primer lugar –en su preámbulo– las relaciones de poder históricamente desiguales entre dos grupos sociales; y, en segundo lugar –en su artículo 8.b– la existencia de estereotipos que asignan a uno de estos dos grupos (las mujeres) un rol subordinado, legitimando o exacerbando la violencia de género. Frente a ello se plantea la adopción de medidas de carácter educativo que promuevan la transformación de dichos patrones socioculturales.

Otro tratado en el que también se ha invocado a los Estados Partes a establecer medidas orientadas a eliminar los estereotipos sociales, en particular, a través de medidas de carácter educativo, es la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, adoptada en el año 1999. De conformidad con el artículo III.2.c de dicho tratado, los Estados Partes se comprometen a trabajar en “...campañas de educación encaminadas a eliminar

⁴⁰⁵ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”. En *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, editado por M. Carmen Barranco Avilés y Cristina Churruza Muguruza. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 30.

⁴⁰⁶ Esta denominación responde al lugar de su adopción: Belém do Pará (Brasil).

prejuicios, estereotipos y otras actitudes [...], propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad”.

De manera más reciente, en el año 2013, se adoptaron dos tratados contra la discriminación: la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; y la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Al igual que los tratados anteriores, ambas convenciones hacen referencia a los estereotipos sociales⁴⁰⁷ y reconocen el papel fundamental de la educación para combatir la discriminación⁴⁰⁸. Además, en el preámbulo de estos dos tratados se reconoce la importancia de que los Estados adopten medidas especiales para combatir la discriminación en todas sus manifestaciones “individuales, estructurales e institucionales”. Sin embargo, esta referencia (que alude expresamente a la discriminación estructural) no es retomada en el cuerpo de ninguno de estos dos tratados; ello pese a que ambas convenciones contienen un listado de definiciones que sí incluyen conceptos como “discriminación”, “discriminación indirecta” y “discriminación múltiple”⁴⁰⁹.

Por último, en el año 2015, se adoptó la Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores. Al igual que los demás tratados, esta Convención insiste en la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas dirigidas a erradicar los prejuicios y estereotipos que obstaculizan el pleno disfrute de los derechos humanos (en este caso prejuicios y estereotipos sobre la vejez)⁴¹⁰. Este tratado, a diferencia de las dos últimas convenciones, no contiene una referencia expresa al concepto “discriminación estructural” (por consiguiente, tampoco define este concepto). Ello pese a que, a semejanza de las dos últimas convenciones, sí menciona y define otros conceptos, como: “discriminación”, “discriminación múltiple” y “discriminación por edad en la vejez”⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Vid., artículo 4.x de ambas convenciones.

⁴⁰⁸ Esto es expresado en el preámbulo de ambas convenciones.

⁴⁰⁹ Ver, al respecto, el artículo 1 de ambas convenciones.

⁴¹⁰ De conformidad con el artículo 32.b de esta Convención, los Estados Partes acuerdan: “Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez”. Asimismo, el artículo 8.a de dicho instrumento señala que los Estados Partes: “Crearán y fortalecerán mecanismos de participación e inclusión social de la persona mayor en un ambiente de igualdad que permita erradicar los prejuicios y estereotipos que obstaculicen el pleno disfrute de estos derechos”.

⁴¹¹ Vid., artículo 2 de la Convención.

Hasta aquí se ha hecho referencia a cinco convenciones temáticas adoptadas en el ámbito del Sistema interamericano entre los años 1994 y 2015. A manera de balance, cabe señalar que dos de ellas contienen una referencia expresa a la discriminación estructural; pero únicamente en su preámbulo, de manera que no definen este concepto ni le atribuyen consecuencias jurídicas expresas⁴¹². Asimismo, aunque este concepto no se mencione expresamente en los demás tratados, es posible afirmar que sí están presentes algunas de sus dimensiones. Por ejemplo, la Convención de Belém do Pará alude a las relaciones de poder históricamente desiguales entre dos grupos sociales (mujeres y hombres). Además, al hacer referencia a los estereotipos sociales, todas estas convenciones reflejan la idea de que para combatir la discriminación es importante hacer frente a una serie de preconcepciones y generalizaciones que se asignan a las personas debido a su pertenencia a determinados grupos sociales (dimensión grupal de la discriminación). De ahí que se haga un llamado a los Estados Partes para que adopten medidas (por ejemplo medidas educativas) con el propósito de eliminar los estereotipos que están en la base de la discriminación.

2.2. En los informes temáticos de la Comisión Interamericana

Al hablar de discriminación estructural en el Sistema interamericano es usual hacer referencia al informe temático titulado “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, publicado en el año 2007⁴¹³. En este informe se citan casos individuales conocidos con anterioridad por la Comisión como *Maria Eugenia Morales de Sierra*⁴¹⁴ y *Maria Da Penha Fernandes*⁴¹⁵, en los que dicho órgano se pronunció sobre las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Teniendo en cuenta el contexto social en que se produce y reproduce la violencia contra las mujeres en la región, la Comisión la concibe como una forma de discriminación.

En este informe temático la Comisión analiza los alcances de la prohibición de discriminación y plantea dos posibles aproximaciones. De un lado, la concepción liberal

⁴¹² La Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; y la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.

⁴¹³ A este informe hacen referencia, por ejemplo, NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación... ob. cit., pp. 177 y ss.; y SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal...* ob. cit., pp. 54 y ss.

⁴¹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Maria Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala). Informe de Fondo, N.º 4/01, 19 de enero de 2001.

⁴¹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil). Informe de Fondo, N.º 54/01, 16 de abril de 2001.

clásica que equipara la no discriminación con la igualdad de trato. Esta concepción estaría comprometida, por ejemplo, con la idea de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos, prescindiendo de consideraciones como el sexo, la raza u origen étnico, la religión, etc. de las personas. Según la Comisión, este enfoque presupone “un mundo de individuos autónomos que compiten en una carrera o que toman decisiones libres”⁴¹⁶; asimismo, “[l]o que más preocupa a esta posición es que el derecho cumpla con las pretensiones liberales de objetividad y neutralidad”⁴¹⁷.

De otro lado, en este informe temático la Comisión también hace referencia a una concepción distinta de la no discriminación, la cual puede ser descrita en los siguientes términos:

“Una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que en esta luz algunos llaman principio de antisubordinación) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. En esta concepción la discriminación de las mujeres no sólo debe ser rechazada porque presupone un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para de este modo crear y perpetuar una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide”⁴¹⁸.

De esta manera, se hace referencia a aquello que en esta investigación se ha denominado “discriminación estructural” (o sistémica). La referencia no podría ser más clara pues la Comisión: (a) concibe la discriminación como un proceso, no como un acto individual; (b) condena aquellas prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar relaciones de poder de carácter intergrupal (en este caso la subordinación de las mujeres); (c) no se requiere que este proceso sea intencional, basta con que tenga por efecto crear o perpetuar la subordinación de un grupo social; y, (d) no se presupone un mundo de individuos autónomos que toman decisiones libres. Como se recordará, todos estos elementos están presentes en la noción de discriminación estructural (o sistémica) que se ha examinado en el segundo capítulo de esta investigación.

⁴¹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 20 de enero de 2007, párr. 72.

⁴¹⁷ *Ibid.*, párr. 73.

⁴¹⁸ *Ibid.*, párr. 75.

Presentadas estas dos concepciones, la Comisión señala que el Sistema interamericano no recoge únicamente la visión formal de la igualdad (y de la no discriminación), “limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias”⁴¹⁹. A juicio de la Comisión, es posible avanzar hacia el reconocimiento de una concepción de la igualdad que parta del reconocimiento de que ciertos grupos sociales requieren la adopción de medidas específicas. En otras palabras, el punto de vista estructural “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”⁴²⁰.

En posteriores informes temáticos la Comisión se ha referido nuevamente al concepto discriminación estructural. Por ejemplo, en el informe titulado “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, publicado en el año 2011, la Comisión expresó su preocupación por la situación de las niñas, las mujeres indígenas, las mujeres afrodescendientes y otros grupos de mujeres “quienes enfrentan dificultades adicionales para acceder a la vivienda por la situación de *discriminación estructural* en la que se encuentran”⁴²¹.

Además, la Comisión ha seguido aplicando este concepto con relación a otros grupos sociales, por ejemplo, las personas afrodescendientes. Es el caso del informe titulado “La situación de las personas afrodescendientes en las Américas”, publicado en el año 2011, en el que la Comisión observó con preocupación

“...que la discriminación racial y el racismo se encuentran profundamente arraigados en las Américas y que, como consecuencia, la población afrodescendiente –ya sea que constituya un porcentaje minoritario o mayoritario de la población– padece una situación de *discriminación estructural*, en todos los aspectos y niveles, que la priva del goce y ejercicio de sus derechos humanos”⁴²².

⁴¹⁹ *Ibid.*, párr. 99.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, 3 de noviembre de 2011, párr. 326 (cursivas agregadas).

⁴²² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*, 5 de diciembre de 2011, párr. 58.

En respuesta, la Comisión se refirió a la importancia de recurrir a medidas de acción afirmativa para “remediar o compensar situaciones estructurales de discriminación histórica contra ciertos grupos y evitar que dicha discriminación se perpetúe”⁴²³. Asimismo, la Comisión recomendó a los Estados implementar campañas de sensibilización para promover la modificación de patrones socioculturales discriminatorios y modificar el currículo escolar con el objeto de promover una educación más inclusiva y erradicar prejuicios raciales⁴²⁴.

Más recientemente, en el año 2015, la Comisión publicó un informe temático titulado “Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América”. En este informe la Comisión resaltó la interrelación entre la discriminación y la violencia que enfrentan las personas LGBTI, señalando que esta última constituye “una manifestación de la *discriminación histórica y estructural* subyacente. Estos grupos pueden sufrir de un ciclo continuo de violencia y discriminación causado por la impunidad y la falta de acceso a la justicia”⁴²⁵.

De una mirada global de los informes temáticos mencionados se desprende que la Comisión ha ido incorporando progresivamente a su trabajo la perspectiva que aporta el concepto discriminación estructural, ampliando así los alcances de la prohibición de discriminación (que ya no se entiende referida únicamente a la igualdad de trato). Esto ha permitido a la Comisión tomar en cuenta el contexto en el que se produce la discriminación y los factores sociales que hacen posible su perpetuación. Por este motivo, las recomendaciones de los informes temáticos apuntan al establecimiento de medidas de acción afirmativa y de medidas educativas con el fin de erradicar aquellos estereotipos sociales a partir de los cuales se asigna a determinados grupos sociales roles subordinados.

2.3. En las sentencias de la Corte Interamericana

La Corte constituye un tribunal internacional de derechos humanos que tiene como función la interpretación y aplicación de la Convención Americana, siendo su máximo intérprete pues sus decisiones son definitivas e inapelables. Asimismo, se ha señalado

⁴²³ Ibid., párr. 227. Ver también el párrafo 253.

⁴²⁴ Ibid., párr. 260.

⁴²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Violencia contra las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, 12 de noviembre de 2015, párr. 262.

que, en general, sus decisiones han procurado brindar una mayor protección a los derechos humanos, para lo cual en no pocas ocasiones ha llevado a cabo una interpretación amplia de la Convención Americana (en los artículos que reconocen derechos)⁴²⁶. Para la Corte los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos y su interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos⁴²⁷.

En esta sección me referiré a tres sentencias de la Corte en las que este tribunal se ha referido a la “discriminación estructural”, pese a que este es un concepto que la Convención Americana no contempla expresamente. Se trata de los casos: *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*; *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil*⁴²⁸. La reconstrucción de cada uno de estos casos, si bien no será exhaustiva, sí requiere un cierto detenimiento pues permitirá conocer los hechos y el razonamiento que siguió la Corte en sus respectivas sentencias para afirmar la existencia de situaciones de discriminación estructural (o sistémica).

2.3.1. Caso *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*

En este punto me referiré al caso *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, resuelto por la Corte en el año 2009⁴²⁹. Se trata de un caso que es considerado emblemático en materia de violencia de género pues en él la Corte se pronuncia por primera vez sobre el homicidio de mujeres por razones de género, denominándolo feminicidio⁴³⁰; asimismo, expresa una serie de consideraciones sobre la atención a las

⁴²⁶ QUISPE REMÓN, Florabel. “La protección... ob. cit., p. 230. La misma autora califica las sentencias de la Corte como “innovadoras, progresistas y valientes”. *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ La elección de estos casos responde a que en todos ellos la alusión a la discriminación estructural es expresa. Sin embargo, existen otros casos que también podrían ser analizados desde la perspectiva de la discriminación estructural, por ejemplo, el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, en el que la Corte reconoció la situación de extrema vulnerabilidad de los miembros de la comunidad indígena debido a la falta de recursos y a la débil presencia de las instituciones estatales. Otro ejemplo puede encontrarse en el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, en que la Corte se refirió a la discriminación que enfrentan los migrantes haitianos en República Dominicana. No obstante –a diferencia de los casos seleccionados– en estos dos casos la Corte no se pronunció sobre la discriminación estructural de manera expresa. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), párr. 40 y 228; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), párr. 265 y ss.

⁴²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

⁴³⁰ *Ibid.*, párr. 143. Sin embargo, la Corte emplea de manera preferente la expresión “homicidio de mujer por razones de género” (*Ibid.*, párr. 453, 463 y 471). Un análisis de este aspecto de la sentencia puede encontrarse en VILLANUEVA, Rocío. “Feminicidio y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Feminicidio. El fin de la impunidad*, dirigido por Fernando Mariño, Valencia:

violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Teniendo en cuenta la amplitud de la sentencia y la diversidad de temas que en ella son tratados es importante precisar que, una vez presentado el resumen del caso, se prestará especial atención a la referencia que la Corte realiza a la discriminación estructural.

2.3.1.1. Resumen del caso

Los hechos que dieron lugar a este caso sucedieron en Ciudad Juárez, una ciudad industrial situada al norte de México, caracterizada por el tránsito de migrantes y por el desarrollo de la industria maquiladora⁴³¹. Según diversos informes, en Ciudad Juárez convergen una serie de factores –como las desigualdades sociales y la proximidad a una frontera internacional– que han contribuido al desarrollo de distintas formas de delincuencia organizada (como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas y el lavado de dinero), incrementando los niveles de inseguridad y violencia⁴³².

Una forma especialmente grave de violencia es aquella que se comete contra las mujeres por razones de género y que se vio reflejada en el elevado número de homicidios cometidos contra ellas desde la década de 1990⁴³³. En estos homicidios las víctimas eran con frecuencia mujeres jóvenes (incluyendo niñas) de entre 15 y 25 años de edad, de escasos recursos económicos (estudiantes o trabajadoras de maquilas) y que vivían en esa ciudad desde hacía relativamente poco tiempo (migrantes)⁴³⁴. A pesar de la gravedad de los crímenes, estos no motivaron una respuesta contundente por parte del Estado, sino que se caracterizaron por su falta de esclarecimiento, generándose así un clima de impunidad. Al respecto, cabe precisar que el propio Estado reconoció la comisión de diversas irregularidades en la investigación y procesamiento de dichos homicidios entre los años 1993 y 2004⁴³⁵.

Tirant lo Blanch, 2013, p. 260; ABRAMOVICH, Víctor. “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, número 6, 2010, pp. 167-182.

⁴³¹ El desarrollo de la industria maquiladora empezó en Ciudad Juárez en el año 1965 y se intensificó en 1993, con el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América. Esta industria habría causado cambios en la vida laboral de las mujeres al dar preferencia a su contratación; pero también habría motivado conflictos al interior de las familias porque los roles tradicionales de hombres y mujeres empezaron a modificarse. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* cit., párr. 129.

⁴³² *Ibid.*, párr. 113.

⁴³³ *Ibid.*, párr. 27 y 115.

⁴³⁴ *Ibid.*, párr. 122-123.

⁴³⁵ *Ibid.*, párr. 146.

Es en este contexto que, entre setiembre y octubre del año 2001, desaparecieron Claudia González, de 20 años (trabajadora de una empresa maquiladora); Laura Ramos, de 17 años (estudiante de la preparatoria); y Esmeralda Herrera, de 15 años (trabajadora doméstica). Pese a que los familiares de estas tres jóvenes denunciaron su desaparición, las autoridades policiales no efectuaron una indagación profunda sobre los hechos. Esta omisión estuvo influenciada por una serie de estereotipos de género que se vieron reflejados en comentarios que sugerían que las jóvenes “andaban con el novio”, “andaban de voladas” e incluso que se lo habían buscado porque “una niña buena, una mujer buena, está en su casa”⁴³⁶.

El 6 de noviembre de 2001, los cuerpos de estas tres jóvenes fueron hallados en un campo algodonero de Ciudad Juárez con signos de haber sufrido graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte⁴³⁷. Al día siguiente, en el mismo campo algodonero, fueron encontrados los cuerpos sin vida de otras cinco mujeres⁴³⁸.

Al analizar los deberes de prevención previstos en la Convención Americana, la Corte señaló que el contexto del caso y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado mexicano imponían a este último un deber reforzado de protección frente a la violencia de género en Ciudad Juárez. A pesar de ello, tras recibir las denuncias, el Estado no actuó como razonablemente era de esperarse durante las primeras horas y días de la desaparición, perdiéndose así un tiempo valioso para prevenir estas muertes. La Corte consideró que este constituía un incumplimiento del deber de garantía particularmente serio debido al contexto –conocido por el Estado– que ponía a las mujeres jóvenes de sectores pobres de Ciudad Juárez en una situación de especial vulnerabilidad frente a la violencia⁴³⁹.

Estas consideraciones llevaron a la Corte a concluir que, aun cuando los crímenes no hubieran sido cometidos por agentes del Estado (pues hasta ese momento no se había logrado establecer la autoría de estos delitos), al no haber actuado con la debida diligencia

⁴³⁶ *Ibid.*, párr. 196 y ss.

⁴³⁷ *Ibid.*, párr. 219, 220 y 230.

⁴³⁸ Estas cinco mujeres no fueron consideradas presuntas víctimas en este caso porque con relación a ellas no se completaron todas las etapas procesales necesarias para que la Comisión las integrara en su informe de fondo. Por tanto, la Corte desestimó la solicitud que se había presentado para su incorporación. Cfr. *Ibid.*, párr. 209.

⁴³⁹ *Ibid.*, párr. 284.

luego de la desaparición de las tres jóvenes, el Estado violó sus derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal⁴⁴⁰. Asimismo, el Estado incurrió en responsabilidad internacional al no haber adoptado normas o implementados medidas que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante este tipo de denuncias⁴⁴¹.

La Corte también encontró responsable al Estado por no haber investigado de manera diligente estos hechos con posterioridad al hallazgo de los cuerpos de las jóvenes. De la sentencia se desprende que existió una serie de irregularidades en el manejo de las evidencias, un retraso injustificado en las investigaciones, así como una falta de líneas de investigación que tuvieran en cuenta el contexto en el que ocurrieron estos hechos. En consecuencia, se estableció la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos de acceso a la justicia y a la protección judicial⁴⁴².

Finalmente, la Corte reconoció que “en el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación”⁴⁴³ y declaró que el Estado había violado el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana en relación con los demás derechos conculcados⁴⁴⁴.

2.3.1.2. La alusión a la discriminación estructural

En esta sentencia la Corte se refirió expresamente a la “discriminación estructural” al momento de fijar las reparaciones. Así, una vez expuestas las violaciones a la Convención Americana, la Corte señaló que constituye un principio del Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Asimismo, recordó que el concepto “reparación

⁴⁴⁰ Derechos reconocidos en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana, respectivamente.

⁴⁴¹ La Corte invocó el artículo 2 de la Convención Americana y el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Sobre el deber de debida diligencia y su aplicación a este caso Vid., ABRAMOVICH, Víctor. “Responsabilidad estatal por violencia de género... ob. cit., p. 172 y ss.

⁴⁴² Derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

⁴⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...* cit. párr. 402.

⁴⁴⁴ Es decir, los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal de Claudia Gonzáles, Laura Ramos y Esmeralda Herrera; así como en relación con el derecho de acceso a la justicia de sus familiares. Con relación a los familiares de las víctimas, cabe señalar que la Corte también concluyó que se había producido una violación a su integridad personal debido a la forma deficiente en que se condujeron las investigaciones y el proceso, encontrándose al Estado responsable por este hecho. Por último, la Corte encontró responsable al Estado por la violación de los derechos de la niñez en perjuicio de Esmeralda Herrera y Laura Ramos, quienes no habían alcanzado la mayoría de edad al momento de ocurridos los hechos.

integral” implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados; sin embargo, en este caso:

“... teniendo en cuenta la situación de *discriminación estructural* en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación”⁴⁴⁵.

Según el párrafo citado los hechos del caso se enmarcaron en una situación de discriminación estructural que fue conocida por el Estado. Con esta afirmación, la Corte se remitió tácitamente a aquellos extremos de su sentencia en los que se describen los aspectos contextuales del caso. Por ejemplo, la “cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad”⁴⁴⁶; o el hecho de que fuera posible “asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes”⁴⁴⁷.

Esto habría incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en el hecho de que estos no fueran percibidos como un problema importante por las autoridades estatales competentes, que no adoptaron acciones inmediatas y contundentes para prevenir, investigar y sancionar estas desapariciones y muertes. En atención a ello, la Corte estableció una conexión entre la discriminación y la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez.

Sobre el uso del concepto discriminación estructural en esta sentencia puede afirmarse, en primer lugar, que si bien la Corte no definió este concepto, lo empleó para hacer referencia a la magnitud de la discriminación en Ciudad Juárez, donde la violencia de género lejos de ser un hecho aislado, esporádico o episódico, atravesaba toda la sociedad y se reproducía sistemáticamente. En segundo lugar, la discriminación estructural se valoró como un elemento de contexto y, por tanto, no dio lugar a que se atribuyera responsabilidad al Estado de manera directa. Su importancia, sin embargo, no fue menor pues el contexto se tomó especialmente en cuenta al momento de determinar la

⁴⁴⁵ *Ibid.*, párr. 450 (cursivas agregadas).

⁴⁴⁶ Esta es una expresión que fue empleada por el Estado ante el Comité CEDAW y que la Corte cita en la sentencia. Cfr. *Ibid.*, párr. 132.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, párr. 401.

responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su deber general de garantía, al no haber actuado con la debida diligencia que razonablemente era de esperarse atendiendo a las circunstancias del caso. Finalmente, la noción de discriminación estructural (como elemento de contexto) también cobró gran importancia al momento de fijar las reparaciones pues las medidas ordenadas por la Corte –que comprendieron medidas educativas para la población y de capacitación para las autoridades estatales– tuvieron una vocación transformadora de dicha realidad⁴⁴⁸.

2.3.2. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile

El caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, resuelto por la Corte el 24 de febrero de 2012, constituye un caso emblemático en el Sistema interamericano en lo que respecta a la lucha contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género. En él la Corte tuvo ocasión de pronunciarse por primera vez sobre la discriminación estructural que enfrentan las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en la región. A continuación, un resumen con los aspectos más importantes del caso y la forma en que este fue resuelto por la Corte.

2.3.2.1. Resumen del caso

Los antecedentes de este caso guardan relación con un proceso judicial de tuición o custodia entablado en el año 2003 por el señor Ricardo López, padre de las niñas de iniciales M., V. y R. El señor López interpuso esta demanda al considerar que la señora Karen Atala, madre de las niñas, no se encontraba capacitada para cuidarlas debido a su orientación sexual y porque había dado inicio a una relación de convivencia con su compañera sentimental, la señora Emma de Ramón. Según el padre de las niñas, esto ponía en serio peligro el desarrollo físico y emocional de sus hijas, por lo que presentó

⁴⁴⁸ Por ejemplo, la Corte ordenó que el Estado continuara implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: (a) derechos humanos y género; (b) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género; y (c) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Además de estos programas y cursos, dirigidos a agentes del Estado, la Corte se refirió a la necesidad de realizar un programa de educación destinado a la población del estado de Chihuahua, con el fin de superar la situación de violencia y discriminación.

una demanda de tuición provisoria con el fin de obtener la custodia de M., V. y R. antes de la conclusión del proceso⁴⁴⁹.

En mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional de las niñas al señor López. Si bien el juzgado reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad de la madre, argumentó que al hacer explícita su orientación sexual y mantener una relación de convivencia con su pareja sentimental, estaba alterando la normalidad de la rutina familiar y privilegiando su bienestar personal por encima del cumplimiento de su rol materno. Como consecuencia de dicha decisión las niñas M., V. y R. pasaron a vivir con su padre. Ante ello, la señora Atala solicitó la inhibición del juez que venía conociendo el proceso alegando que este había emitido una resolución discriminatoria en su perjuicio debido a su orientación sexual. Esta solicitud fue acogida por el juez, quien en lo sucesivo se abstuvo de intervenir en el proceso de tuición⁴⁵⁰.

En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica dictó sentencia sobre el fondo del asunto y resolvió rechazar la demanda de tuición presentada por el señor López. De acuerdo a la sentencia, la orientación sexual de la señora Atala no representaba un impedimento para el desarrollo de una maternidad responsable y no se había acreditado que la presencia de su pareja en el hogar perjudicara en modo alguno el bienestar de sus hijas. En consecuencia, el juzgado ordenó que las niñas M., V. y R. volvieran a vivir con su madre. Sin embargo, esta orden no fue ejecutada porque el señor López interpuso un recurso de apelación y una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la sentencia implicaría un cambio “radical y violento” para sus hijas. En noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco concedió la orden de no innovar y el padre mantuvo la custodia de las niñas⁴⁵¹.

En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco resolvió la apelación, acogiendo plenamente las consideraciones emitidas por la sentencia de primera instancia; y, en consecuencia, dejó sin efecto la orden de no innovar. En respuesta, el señor López presentó un nuevo recurso, esta vez una queja ante la Corte Suprema de Justicia de Chile,

⁴⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), párr. 39.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, párr. 41-43.

⁴⁵¹ *Ibid.*, párr. 44-51.

solicitando que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. La Corte Suprema concedió la orden de no innovar y las niñas permanecieron con su padre⁴⁵².

Finalmente, en mayo de 2004, mediante un fallo muy dividido (de tres votos contra dos) la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por el señor López y le concedió a este último la tuición definitiva de sus hijas. De acuerdo a la sentencia, debía preferirse que las niñas se desarrollaran “en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”⁴⁵³.

Al analizar el caso la Corte señaló que si bien la Convención Americana no menciona expresamente a la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación, el listado contenido en el artículo 1.1 de dicho instrumento es enunciativo, no taxativo, de manera que la orientación sexual puede entenderse comprendida⁴⁵⁴. Asimismo, la Corte identificó que una de las razones por las que la Corte Suprema de Justicia de Chile había decidido conceder la tuición al señor López, fue atendiendo al principio de interés superior del niño, pues temía que las niñas M., V. y R. fueran víctimas de discriminación por la orientación sexual de su madre. Al respecto, la Corte señaló que si bien las sociedades suelen ser intolerantes a diferentes grupos sociales, esto de ningún modo puede ser utilizado por el Estado como justificación para perpetuar dichos tratos discriminatorios⁴⁵⁵. En ese sentido, puntualizó que los Estados se encuentran obligados a hacer efectivos los derechos contenidos en la Convención Americana y eso implica enfrentar las manifestaciones de intolerancia y discriminación.

En consecuencia, la Corte encontró al Estado responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida privada y familiar y a la protección de la familia⁴⁵⁶, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Karen Atala y de sus hijas. En el caso de las niñas la Corte también encontró al Estado responsable por la violación de su derecho a ser oídas⁴⁵⁷ en relación con los derechos del niño⁴⁵⁸.

⁴⁵² *Ibíd.*, párr. 52-53.

⁴⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, citada por la Corte. *Ibíd.*, párr. 57.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 91.

⁴⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 119.

⁴⁵⁶ Reconocidos en los artículos 24, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, respectivamente.

⁴⁵⁷ Reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

⁴⁵⁸ Reconocido en el artículo 19 de la Convención Americana. Asimismo, cabe señalar que la Corte también se pronunció sobre un proceso disciplinario llevado a cabo en contra la señora Atala al interior del Poder

2.3.2.2. La alusión a la discriminación estructural

La Corte se refirió a la discriminación estructural en dos momentos de su sentencia. En primer lugar, al interpretar que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana; y que, por tanto, están prohibidos –en virtud de dicho instrumento– todos aquellos actos, normas o prácticas que discriminen a partir de estos motivos. Dicho esto, la Corte se pronunció sobre el argumento del Estado relativo a la falta de consenso que en esta materia existía en Chile al momento de la emisión de las sentencias del Poder Judicial. Al respecto, la Corte señaló lo siguiente:

“...la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la *discriminación histórica y estructural* que estas minorías han sufrido”⁴⁵⁹.

Aquí encontramos una referencia expresa a la “discriminación estructural” que –a juicio de la Corte– enfrentan las personas pertenecientes a las minorías sexuales. Esta discriminación estructural se habría visto reflejada, por ejemplo, en una serie de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad de la señora Atala para poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo de sus hijas, así como en la alegada “confusión de roles” que podía producirse en las niñas debido a la convivencia de la madre con su compañera sentimental. Al respecto, la Corte puntualizó que “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”⁴⁶⁰.

Del mismo modo, estuvieron presentes una serie de estereotipos en torno al rol social de las mujeres como madres, de quienes se espera que lleven la responsabilidad principal

Judicial, pues al momento de ocurridos los hechos ella se desempeñaba como jueza. Al respecto, la Corte constató que la indagación disciplinaria estuvo relacionada con la orientación sexual de la señora Atala y encontró al Estado responsable por la violación de sus derechos a la igualdad, a la vida privada y las garantías judiciales. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*... cit. párr. 209 y ss.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, párr. 92 (cursivas agregadas).

⁴⁶⁰ *Ibid.*, párr. 111.

del cuidado de sus hijos e hijas; postergando sus intereses personales, su vida sentimental e incluso aspectos esenciales de su propia identidad. Para la Corte, ninguna de estas presunciones cumplió con el objetivo alegado por el Estado, que era proteger el interés superior de las tres niñas⁴⁶¹.

La segunda vez que la Corte se refirió a la discriminación estructural fue al momento de fijar las reparaciones. En esta oportunidad señaló lo siguiente:

“La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la *discriminación estructural* e histórica que han sufrido las minorías sexuales, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI”⁴⁶².

En esta línea, la Corte ordenó al Estado chileno que continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: (a) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; (b) protección de los derechos de la comunidad LGTBI, y (c) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Según el fallo, estos cursos debían estar dirigidos a funcionarios y funcionarias del Estado a nivel regional y nacional, y particularmente en el ámbito judicial⁴⁶³.

A manera de balance, cabe señalar que si bien en este caso la Corte tampoco define el concepto “discriminación estructural”, establece una clara conexión entre esta noción y los estereotipos que causan discriminación. De acuerdo a la sentencia, estos estereotipos están ampliamente difundidos en la sociedad y alcanzan a todas las instituciones del Estado, incluido el Poder Judicial. De ahí que, al igual que en el caso *Campo Algodonero*, la reparación comprenda medidas educativas orientadas a combatir la discriminación.

2.3.3. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil

El caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* fue resuelto por la Corte el 20 de octubre de 2016. Este constituye el primer caso contencioso del sistema

⁴⁶¹ Ibid., párr. 140.

⁴⁶² Ibid., párr. 267.

⁴⁶³ Ibid., párr. 271.

sustancialmente relacionado con el artículo 6.1 de la Convención Americana, que establece lo siguiente: “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”. Aunque no me detendré en ello, cabe señalar que a partir de este caso, la Corte tuvo ocasión de dar contenido a los conceptos de esclavitud, servidumbre, trata de esclavos y mujeres, y trabajo forzoso (todos ellos prohibidos por la Convención Americana). Asimismo, la Corte se refirió expresamente a la discriminación estructural, aspecto sobre el cual se volverá una vez presentado el resumen del caso.

2.3.3.1. Resumen del caso

Los hechos del caso ocurrieron en Brasil donde históricamente el comercio de esclavos estuvo ligado al trabajo forzoso y a la colonización portuguesa. Si bien la esclavitud se abolió legalmente en el año 1888, la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras provocaron la continuación del trabajo esclavo. Este problema se agudizó en las décadas de 1960 y 1970 debido a la expansión de nuevas técnicas de trabajo rural que requerían de un mayor número de trabajadores. A ello se sumó la ausencia de control estatal en la región norte del país e incluso se dice que algunas autoridades regionales se habían convertido en aliadas de los hacendados. Para el año 1995, el Estado comenzó a reconocer oficialmente la existencia de trabajo esclavo en Brasil⁴⁶⁴.

En la mayoría de los casos las víctimas eran hombres “afrodescendientes o morenos”⁴⁶⁵ en situación de pobreza, originarios de las regiones con mayores índices de analfabetismo en el país. Eran captados en sus estados de origen para trabajar en estados alejados con la promesa de salarios atractivos, pero al llegar a las haciendas se encontraban con condiciones laborales peligrosas, antihigiénicas y degradantes. Los salarios reales eran menores a los ofrecidos y apenas les permitía cubrir la deuda asumida con el contratista por los gastos de transporte, alimentación y hospedaje. Además, si necesitaban comprar algo debían hacerlo en las tiendas de la hacienda a precios inflados, de manera que les era prácticamente imposible saldar su deuda, viéndose obligados a continuar trabajando. La localización geográfica de las haciendas hacía que huir fuera

⁴⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Sentencia de 20 de octubre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 110-111.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, párr. 113.

muy difícil debido a la lejanía de los centros urbanos y la precariedad de las vías de acceso; además, eran vigilados por guardias armados que los agredían si intentaban escapar. Algunos trabajadores manifestaban haber sufrido abuso verbal, físico y sexual⁴⁶⁶.

En este contexto, en marzo de 2000 dos jóvenes se presentaron ante la policía manifestando que con muchas dificultades habían logrado escapar del trabajo esclavo que se practicaba en la denominada “Hacienda Brasil Verde”. Esto motivó una fiscalización por parte de Delegación Regional del Trabajo, que se llevó a cabo el día 15 de marzo de 2000 con la presencia de la Policía Federal. Tras la fiscalización se emitió un informe en el que se dejó constancia de que en la hacienda se encontró a más de ochenta trabajadores (principalmente varones y una mujer) laborando en situación de esclavitud, quienes fueron rescatados.

Con base en este informe, el Ministerio de Trabajo presentó una acción civil pública ante la Justicia de Trabajo contra el propietario. En una audiencia realizada en julio del año 2000 el acusado se comprometió a no emplear trabajadores en régimen de esclavitud y a mejorar las condiciones de estancia, bajo pena de multa. En agosto del mismo año el procedimiento fue archivado. De otro lado, sobre la base de los hechos documentados el 15 de marzo de 2000, se dio inicio a un proceso penal. Sin embargo, durante diez años el proceso se mantuvo sin movimiento; y ante la falta de acción por parte del Estado, el juez decidió declarar extinta la acción penal.

Al analizar estos hechos, la Corte señaló que el Estado no demostró haber adoptado las medidas necesarias para prevenir que se sometiera a esclavitud a un total de ochenta y cinco trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, pese a que –a partir de una serie de inspecciones realizadas años atrás– las autoridades habían tomado conocimiento de que en dicha hacienda se cometían violaciones a las leyes laborales y que los trabajadores vivían y laboraban en condiciones degradantes y análogas a la esclavitud. En adición a ello, una vez presentada la denuncia por los dos jóvenes que lograron escapar (uno de los cuales era un niño al momento de los hechos), el Estado no investigó, procesó y sancionó estos delitos como razonablemente era de esperarse atendiendo a la gravedad de los hechos⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, párr. 113-114.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, párr. 328-329.

En consecuencia, la Corte encontró al Estado responsable por la violación del derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, establecido en el artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación (artículo 1.1), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), el derecho a la integridad personal (artículo 5), el derecho a la libertad personal (artículo 7), el respeto de la honra y el reconocimiento de la dignidad (artículo 11), el derecho de circulación y residencia (artículo 22) y los derechos del niño (artículo 19). Además, encontró al Estado responsable de la violación del derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana⁴⁶⁸.

2.3.3.2. La alusión a la discriminación estructural

Al analizar el fondo del asunto, la Corte se refirió expresamente a la discriminación estructural señalando que “el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo *discriminación estructural*, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas”⁴⁶⁹.

Bajo esta premisa, la Corte señaló que en este caso era posible identificar algunas características compartidas por los ochenta y cinco trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde en marzo de 2000: (a) se encontraban en situación de pobreza; (b) provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; (c) eran personas analfabetas y tenían poca o nula escolarización. Según la Corte, lo anterior colocaba a estas personas en una situación de especial vulnerabilidad frente a la esclavitud en Brasil, que tiene orígenes históricos y que era conocida por el

⁴⁶⁸ De otra parte, en otro extremo de su sentencia, la Corte también se refirió a una inspección realizada el 10 de marzo de 1997 en la que se rescató a cuarenta y tres trabajadores de la Hacienda Brasil Verde. Al respecto, cabe precisar que la fecha de dicha inspección fue anterior al momento en que el Estado de Brasil reconoció la competencia contenciosa de la Corte, esto es, el 10 de diciembre de 1998. Por este motivo, con relación a estos hechos, la Corte examinó la responsabilidad del Estado únicamente por aquellas violaciones producidas con posterioridad a esta última fecha. Examinó, por ejemplo, las alegadas vulneraciones a las garantías judiciales y a la protección judicial, concluyendo que el Estado no actuó con la debida diligencia para investigar, procesar y sancionar a los responsables de haber sometido a estos cuarenta y tres trabajadores a condiciones análogas a la esclavitud (Cfr. *Ibid.*, párr. 420). En consecuencia, declaró la responsabilidad del Estado por la violación de las garantías judiciales de debida diligencia y de plazo razonable, previstas en el artículo 8.1 de la Convención Americana; y el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25 del mismo instrumento.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, párr. 338 (cursivas agregadas).

Estado al menos desde el año 1995, cuando el gobierno reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país.

Según la Corte, “[d]e la prueba aportada al expediente se advierte la existencia de una situación basada en la posición económica de las víctimas rescatadas el 15 de marzo de 2000 que caracterizó un trato discriminatorio”⁴⁷⁰. Una vez constatada esta situación, la Corte señaló que el Estado no demostró haber adoptado las medidas específicas, conforme a las circunstancias descritas, para prevenir la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana. Considerando lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia la Corte concluyó lo siguiente:

“El Estado es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana [relativo al derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre y trata de personas], en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de *discriminación estructural* histórica, en razón de la posición económica de los 85 trabajadores [...]”⁴⁷¹.

Si bien hasta el momento este es el caso en que con mayor contundencia la Corte se ha pronunciado sobre la discriminación estructural, el asunto aún dista de ser pacífico y una muestra de ello es que este punto resolutive no fue decidido por unanimidad, sino por mayoría (con cinco votos a favor y uno en contra). Además, dio lugar a la emisión de un voto razonado, un voto individual concurrente y un voto disidente, tal como se verá a continuación.

El voto disidente fue emitido por el Juez Sierra Porto, quien consideró que la determinación de la existencia de discriminación estructural histórica en este caso requería de un análisis más profundo que tomara en cuenta aspectos económicos, sociales y de política pública en Brasil. Sin embargo –señaló– “la Corte no contaba con elementos de prueba para considerar que toda la población de Piauí estuviera sometida a una ‘discriminación estructural histórica’, tampoco había elementos para determinar que los 85 trabajadores lo habían estado”⁴⁷². Por tanto, a su juicio, no existió claridad sobre el uso de este concepto:

“No obstante que la determinación de violación se hace referente de los 85 trabajadores, no es claro si para la existencia de esa ‘discriminación estructural histórica’ en particular respecto de ellos, es necesaria la existencia de una ‘discriminación estructural histórica’

⁴⁷⁰ Ibid., párr. 340.

⁴⁷¹ Ibid., párr. 343 (cursivas agregadas).

⁴⁷² Ibid., párr. 8 del voto disidente del Juez Sierra Porto.

general en contra de toda persona en situación de pobreza en Piauí. El argumento realizado por la Corte parecería indicar que en todos los casos en que las víctimas compartan una característica en común (que los podría situar en una situación de vulnerabilidad), por ese solo hecho, existirá automáticamente discriminación estructural”⁴⁷³.

Asimismo cuestionó el hecho de que para la determinación de la violación únicamente se tomara en cuenta que las personas tenían en común algunas características, como la pobreza y los bajos niveles de escolaridad, que son compartidas por un gran número de personas en Brasil. En opinión de Sierra Porto “las características en común que compartían los trabajadores en el presente caso no son factores suficientes como para declarar la existencia de discriminación estructural en su contra”⁴⁷⁴. Finalmente, consideró que la Corte no había tomado en cuenta adecuadamente las medidas adoptadas por el Estado dirigidas a prevenir y sancionar la esclavitud, con lo cual todo parecía indicar que “la existencia de una situación de vulnerabilidad genera directamente, sin mayor análisis, la responsabilidad internacional del Estado”⁴⁷⁵.

Por su parte, el Juez Ferrer Mac-Gregor emitió un voto razonado⁴⁷⁶ en el que se refirió a la discriminación estructural histórica en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo en Brasil. Al respecto, reconoció que si bien en el estado actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional no se cuenta con una visión arraigada de lo que significa la discriminación estructural, poco a poco diversas instancias se han ido pronunciando al respecto⁴⁷⁷. Asimismo señaló que, en el presente caso, el reconocimiento de la discriminación estructural histórica era de vital importancia puesto que no cualquier persona era sometida al trabajo esclavo “sino que eran personas con un tipo de perfil específico, en el cual la pobreza en la que vivían era un factor crucial de vulnerabilidad”⁴⁷⁸. A pesar de conocer esta situación, el Estado no adoptó las medidas necesarias para hacer frente a este problema y, por tanto, incurrió en responsabilidad.

Finalmente, como se ha señalado, la referencia a la discriminación estructural en esta sentencia también dio lugar a la emisión de un voto individual concurrente, emitido por

⁴⁷³ *Ibid.*, párr. 9 del voto disidente del Juez Sierra Porto.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, párr. 10 del voto disidente del Juez Sierra Porto.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, párr. 12 del voto disidente del Juez Sierra Porto.

⁴⁷⁶ La Jueza Odio Benito se adhirió al voto del Juez Ferrer Mac-Gregor.

⁴⁷⁷ El Juez Ferrer Mac-Gregor se refiere, por ejemplo, a las observaciones y recomendaciones generales emitidas por los diferentes comités del Sistema de Naciones Unidas (ver, al respecto, el punto 4.4 del primer capítulo de este trabajo). *Ibid.*, párr. 57, 63 - 66 del voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, párr. 89 del voto del Juez Ferrer Mac-Gregor.

el Juez Vio Grossi, quien insistió en que la referencia a la discriminación estructural histórica “no implica que se esté declarando, en general, la responsabilidad internacional del Estado en virtud de ella”⁴⁷⁹. Según Vio Grossi, con esta referencia a la discriminación estructural histórica lo que se ha buscado es poner en contexto los hechos denunciados a fin de determinar –atendiendo a las circunstancias del caso– si el Estado adoptó, o no, medidas específicas para prevenir la esclavitud constatada⁴⁸⁰.

3. ¿La incorporación de este concepto ha representado un avance en la lucha contra la discriminación?

A partir del análisis realizado en los puntos anteriores es posible afirmar que el concepto “discriminación estructural” se encuentra actualmente presente en el discurso de la Comisión y de la Corte, e incluso en el preámbulo de algunas convenciones del Sistema interamericano⁴⁸¹. Sin embargo, no se cuenta aún con una definición consolidada; a pesar de que se han adoptado diversos tratados que contienen listados de definiciones que sí incluyen conceptos como “discriminación”, discriminación indirecta”, “discriminación múltiple”, entre otros⁴⁸². Esto evidenciaría que la incorporación de este concepto aún no es plena; no obstante, existe una progresiva tendencia hacia su reconocimiento.

Una muestra de las dificultades que genera el hecho de no contar con una definición consolidada puede encontrarse en la última sentencia analizada, es decir, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Como se ha señalado, el punto de desencuentro que dio lugar a la emisión de un voto razonado, un voto concurrente y un voto disidente, fue precisamente el sentido que debía darse al concepto discriminación estructural, así como las consecuencias de su aplicación para la resolución del caso concreto. Por tanto, el balance que aquí se haga deberá tomar en cuenta este dato: que existen algunos aspectos de este concepto que merecen ser desarrollados con mayor

⁴⁷⁹ Ibid., párr. 1 del voto del Juez Vio Grossi.

⁴⁸⁰ Ibid., párr. 2-4 del voto del Juez Vio Grossi.

⁴⁸¹ Específicamente en la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; y en la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.

⁴⁸² Es el caso de la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia; y la Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores.

profundidad y que su incorporación al Sistema interamericano forma parte de un proceso aún inacabado.

Sin perjuicio de ello, la incorporación de este concepto ya viene dando lugar a algunos avances en la lucha contra la discriminación. Por ejemplo, entre los aspectos positivos se encuentra el hecho de que la discriminación ya no se percibe como un hecho aislado, sino como parte de un proceso que atraviesa todas las esferas de la sociedad. Una muestra de ello es que –de manera transversal– los tratados, informes de la Comisión y sentencias de la Corte que aquí se han analizado expresan su preocupación por los estereotipos que asignan a determinados grupos sociales roles subordinados. Esto resulta relevante porque el llamamiento que se hace a los Estados Partes para eliminar dichos estereotipos refleja la idea de que el origen de la discriminación se encuentra en el modo en que la sociedad está organizada y que solo apuntando a esa organización es posible hacerle frente⁴⁸³. De esta manera, se empiezan a abordar las causas más profundas de la discriminación.

Otro aspecto positivo es que, a través de su labor interpretativa, la Comisión y la Corte han ampliado los alcances de la prohibición de discriminación, originalmente entendida en su versión liberal clásica (esto es, como referida a la igualdad de trato), para dar cabida a la reflexión en torno a las relaciones de poder de carácter intergrupales (se habla, por ejemplo, de la situación de subordinación en que se encuentran las mujeres). Esta interpretación ha sido especialmente relevante en materia de violencia de género⁴⁸⁴; y por ello está presente en la Convención de Belém do Pará, en el informe temático de la Comisión titulado “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”; y en la sentencia de la Corte que resolvió el caso *Campo Algodonero*.

Ahora bien, pese a que el concepto discriminación estructural parece haber alcanzado un mayor desarrollo con relación a los derechos de las mujeres, también ha sido mencionado en informes temáticos de la Comisión y sentencias de la Corte con relación a otros grupos sociales. Por ejemplo, las personas indígenas y afrodescendientes, las personas en situación de pobreza, las personas LGBTI, las personas migrantes, etc. Esto ha sido positivo pues ha permitido visibilizar la magnitud de la discriminación que

⁴⁸³ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Derechos humanos y vulnerabilidad... ob. cit., p. 30.

⁴⁸⁴ Esto se debe a que se ha entendido que ahí donde exista violencia de género, cualquier iniciativa para enfrentarla “ha de venir acompañada de un esfuerzo titánico por eliminar la desigualdad y la discriminación contra las mujeres”. RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. “Violencia estructural contra la mujer, Análisis de la ley española contra la violencia de género y su aplicación práctica”. En *Los derechos sociales y su exigibilidad: Libres de temor y miseria*, editado por Silvina Ribotta y Andrés Rossetti, Madrid: Dykinson, 2015, p. 367.

enfrentan dichos grupos sociales en la región y que muchas veces ha sido tolerada o convalidada a través normas y prácticas estatales.

En cuanto a la respuesta que se exige frente a la discriminación estructural, la Comisión se ha referido a la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas de acción afirmativa para remediar o compensar la situación de discriminación estructural que enfrentan los grupos sociales mencionados⁴⁸⁵. Otro avance ha tenido lugar en el ámbito de las reparaciones, pues en aquellos casos en que la Corte ha identificado una situación de discriminación estructural, no se ha limitado a ordenar que las cosas se repongan al estado anterior al momento de la vulneración. En estos casos la Corte ha ido más allá, ordenando a los Estados Partes que adopten las medidas necesarias para transformar dicha realidad. En algunos casos estas medidas han estado dirigidas a que se capacite a funcionarios y funcionarias del Estado, en particular del sistema de justicia, en cuestiones como: derechos humanos, perspectiva de género, derechos de la comunidad LGBTI, superación de estereotipos, entre otros⁴⁸⁶.

Adicionalmente, se ha interpretado que la constatación de una situación de discriminación estructural impone a los Estados Partes un deber reforzado de garantía de los derechos humanos. En efecto, atendiendo al deber de garantizar estos derechos sin discriminación (artículo 1.1 de la Convención Americana) y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención Americana)⁴⁸⁷, se ha interpretado que un Estado Parte incurre en responsabilidad internacional si conociendo esta situación, no actúa con la debida diligencia y no adopta las medidas adecuadas para prevenir la violación de derechos humanos, tal como ocurrió en el caso *Campo Algodonero y Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*.

Pese a los avances, es necesario tener en cuenta aquellos aspectos que se encuentran pendientes y que permitirían fortalecer la respuesta del Sistema interamericano frente a la discriminación. En primer lugar, con relación al concepto discriminación estructural,

⁴⁸⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La situación de las personas afrodescendientes...* ob. cit., párr. 227 y 253.

⁴⁸⁶ Ver, al respecto, el capítulo de reparaciones de las sentencias de la Corte que resolvieron los casos *González y otras ("Campo algodón") vs. México*; y *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

⁴⁸⁷ El artículo 1.1 de la Convención Americana ha sido citado con anterioridad (por ejemplo, en el punto 1 de este capítulo). Por su parte, el artículo 2 de dicho tratado establece lo siguiente: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

es importante que este sea desarrollado con mayor profundidad tanto por los tratados como por los órganos del sistema, hasta alcanzar una definición consolidada que aporte claridad sobre su contenido y las consecuencias jurídicas de su aplicación.

En segundo lugar –y esta es una cuestión que se inserta en una preocupación más amplia–, la doctrina ha identificado que uno de los principales desafíos que enfrenta el Sistema interamericano se refiere a la insuficiente implementación de las decisiones e informes de los órganos de derechos humanos; sobre todo cuando se trata de adoptar reformas legislativas o de otro carácter (piénsese, por ejemplo, en la implementación de medidas de acción afirmativa)⁴⁸⁸. Como señala Felipe González Morales, esto se pone de manifiesto al revisar el alto porcentaje de casos a los que la Comisión continúa dando seguimiento mucho después de haber decidido sobre ellos; y algo similar ocurre con los casos que llegan a la Corte, que se mantienen abiertos tiempo después de haberse emitido la sentencia correspondiente⁴⁸⁹.

Refiriéndose a esta misma cuestión, Florabel Quispe señala que el cumplimiento a cabalidad de las reparaciones ordenadas por la Corte sigue siendo una tarea pendiente: “La parte que se cumple con más facilidad está relacionada con la reparación económica y no así con las otras reparaciones”⁴⁹⁰. Por tanto, no obstante los esfuerzos llevados a cabo por los órganos del Sistema interamericano –que en el marco de sus respectivas competencias vienen contribuyendo en la lucha contra la discriminación– es importante prestar atención al compromiso de los Estados Partes a fin de que los avances en esta materia sean verdaderamente efectivos.

⁴⁸⁸ GONZÁLEZ MORALES, Felipe. “El proceso de reformas... ob. cit., p. 146.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 147.

⁴⁹⁰ QUISPE REMÓN, Florabel. “La protección... ob. cit., p. 246.

CONCLUSIONES

1. La prohibición de discriminación ha ido ganando amplitud y complejidad a partir de la incorporación de una serie de calificativos (directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional o múltiple y estructural o sistémica) que están presentes en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Entre los calificativos examinados, es el binomio discriminación directa/indirecta el que mayor difusión y aceptación ha alcanzado en el campo del Derecho.
2. En los últimos años el concepto “discriminación estructural” (o sistémica) ha cobrado mayor interés en el discurso de los derechos humanos. Esta noción está presente, por ejemplo, en instrumentos internacionales de derechos humanos (como la CEDAW) y en diferentes observaciones y recomendaciones generales adoptadas por los órganos de los tratados del Sistema de Naciones Unidas (los comités DESC, CERD, CEDAW y CDPD). Asimismo, en el Sistema interamericano este concepto figura expresamente en diversos informes de la Comisión y sentencias de la Corte.
3. El origen de la noción “discriminación estructural” hunde sus raíces en una mirada crítica de la concepción liberal tradicional de la igualdad y de la no discriminación (concepción que se considera insuficiente). Una de las críticas guarda relación con aquello que se ha denominado “falso universalismo”, expresión con la que se recuerda que el titular abstracto de derechos sobre el que se construyó la igualdad liberal coincidía en el imaginario colectivo con los hombres, blancos y propietarios (aunque esto no se explicitara abiertamente). La idea de igualdad dominante en aquel momento, y predominante hasta el día de hoy, es la idea de igualdad de trato y no la de igualdad de estatus.
4. Si bien en sus orígenes esta concepción liberal de la igualdad representó un avance frente a la situación anterior (caracterizada por los privilegios de nacimiento y estatus propios de las sociedades jerárquicas feudales), también presenta dificultades pues ha permitido que se pase por alto el dato de que en la sociedad no todos los grupos sociales se encuentran en pie de igualdad en lo que respecta a oportunidades, recursos, ocupaciones, posiciones y poder.

5. En las raíces filosóficas de este concepto puede encontrarse una crítica a la visión liberal tradicional en al menos tres aspectos: en primer lugar, se ha cuestionado que el Derecho siga estando anclado en categorías jurídicas individuales; en segundo lugar, se ha criticado la noción de libertad política entendida como no interferencia, y, en tercer lugar, se ha discutido la pretendida neutralidad y objetividad del Derecho. Estas críticas han dado lugar a que se desarrolle el concepto “discriminación estructural”.
6. Con relación al primer cuestionamiento, este nuevo concepto destaca la dimensión colectiva o grupal de la discriminación, poniendo especial énfasis en los estereotipos sociales que se encuentran en la base del problema. Con relación al segundo cuestionamiento, el concepto discriminación estructural se muestra más compatible con la idea de libertad entendida como no dominación (Pettit), que con la idea de libertad entendida en un sentido negativo (Berlin) o como no interferencia. Finalmente, frente a la pretendida objetividad y neutralidad del Derecho, el concepto discriminación estructural busca tomar en cuenta las relaciones de poder que existen entre los diferentes grupos sociales. Estas relaciones de poder han sido teorizadas en términos de opresión (Young), dominación (MacKinnon) y/o subordinación (Fiss).
7. El concepto “discriminación estructural” presenta los siguientes rasgos que lo caracterizan: en primer lugar, la discriminación se concibe como un proceso y no como un acto o tratamiento individual. En segundo lugar, la discriminación así entendida tiene un carácter difuso pues está conformada por una serie de estereotipos, normas, pautas, roles, actos individuales de mucha gente, que atraviesan todas las esferas de la sociedad y el Estado, consolidando relaciones de poder de carácter intergrupales. En tercer lugar, es posible identificar que determinados grupos sociales obtienen ventajas de estos procesos sociales; sin embargo, no necesariamente existe un elemento intencional. Finalmente, se reconoce que estos procesos pueden condicionar severamente las decisiones individuales de las personas; por ejemplo, la decisión de una mujer de hacerse cargo de las labores de cuidado al interior de su familia; o la decisión de una persona afrodescendiente de vivir en un barrio segregado racialmente. Desde una visión liberal tradicional estas decisiones se presentan como opciones libres y voluntarias, cuando en realidad están fuertemente condicionadas.

8. El concepto “discriminación estructural” no constituye una categoría jurídica independiente situada al mismo nivel de la discriminación directa e indirecta. No se trata de un nuevo tipo de discriminación, sino de una nueva manera de entender la discriminación. De acogerse, tendría un impacto en la forma en que el ordenamiento jurídico capta y aborda el problema de la discriminación en sus distintas modalidades.
9. Abordar la discriminación directa, indirecta, por indiferenciación e interseccional o múltiple, desde la perspectiva de la discriminación estructural tiene importantes consecuencias. A manera de balance, puede afirmarse que este concepto hace posible un análisis más contextualizado de la discriminación. Asimismo, destaca la necesidad de adoptar medidas de acción afirmativa a favor de los grupos sociales oprimidos, dominados y/o subordinados; pues si se admite que la discriminación estructural es causada socialmente, el Estado y la sociedad deben asumir la responsabilidad de transformar esa realidad.
10. La discriminación interseccional, al igual que la discriminación estructural, también puede ser concebida como un enfoque o perspectiva de análisis. La conjunción de ambos enfoques plantea interesantes desafíos en el campo del Derecho, especialmente para el sistema de justicia. Por ejemplo, se pone en cuestión la pertinencia de que los tribunales exijan un “término de comparación” válido (que constituye un elemento argumentativo del juicio de igualdad) y se propone sustituirlo por un análisis del contexto de la prueba de la desventaja del grupo social subordinado.
11. Dado que la discriminación estructural no resulta imputable a comportamientos o prácticas individualizadas o concretas, el foco de los procesos no estará puesto en la situación de los individuos sino de los grupos. Sin embargo, los tribunales de justicia se encuentran escasamente preparados para enfrentar este desafío. Incluso en aquellos países que cuentan con *class actions* persisten las dificultades de ajustar un procedimiento individualista a las exigencias de una demanda grupal, sobre todo si se tiene en cuenta que los grupos sociales no son homogéneos, lo que podría dar lugar a una gran variedad de perspectivas en conflicto (muy lejos de la oposición binaria tradicional entre demandante y demandado).
12. El concepto discriminación estructural se ha ido incorporando progresivamente al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Dos de sus tratados

se refieren expresamente a este concepto, aunque lo hacen únicamente en su preámbulo y no en su parte normativa (la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; y la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia). Asimismo, pese a que diversos tratados ya vienen incorporando un listado de definiciones que comprenden conceptos como “discriminación”, “discriminación indirecta” y “discriminación múltiple”, el concepto discriminación estructural aún no figura en dichos listados. No obstante, algunas dimensiones de este concepto, como la preocupación por los estereotipos sociales y el reconocimiento de las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos sociales, sí pueden encontrarse en varios instrumentos relacionados directa o indirectamente a la no discriminación (por ejemplo, la Convención de Belém do Pará).

13. En el Sistema interamericano tanto la Comisión como la Corte se han referido expresamente a la discriminación estructural en el marco de su labor interpretativa de la Convención Americana; sin embargo, aún existen dudas sobre su significado y las consecuencias jurídicas de su aplicación (Vid., *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, resuelto en el año 2016). Sin perjuicio de ello, es posible identificar algunos avances:
 - 13.1. Se han ampliado los alcances de la prohibición de discriminación, originalmente entendida en su versión liberal clásica (esto es, como referida a la igualdad de trato), para dar cabida a la reflexión en torno a las relaciones de poder de carácter intergrupales.
 - 13.2. Este concepto ha permitido visibilizar la magnitud de la discriminación que pesa sobre determinados grupos sociales en la región (mujeres, personas indígenas y afrodescendientes, personas en situación de pobreza, personas LGBTI, migrantes, etc.); discriminación que muchas veces ha sido tolerada e incluso convalidada a través de normas, políticas y prácticas estatales.
 - 13.3. En cuanto a la respuesta que merece la discriminación estructural, se ha interpretado que corresponde a los Estados Partes adoptar medidas de acción afirmativa para remediar o compensar la situación que enfrentan los grupos sociales subordinados.

- 13.4. Se ha interpretado que un Estado Parte incurre en responsabilidad internacional si ante una situación de discriminación estructural no actúa con la debida diligencia y no adopta las medidas adecuadas para prevenir la violación de derechos humanos.
- 13.5. En el ámbito de las reparaciones, tras identificar una situación de discriminación estructural, la Corte ha ordenado a los Estados Partes adoptar medidas que tengan una vocación transformadora de la realidad. Por ejemplo, cambios en los planes educativos, capacitaciones a los agentes estatales, medidas para identificar y erradicar estereotipos sociales, etc.
14. La incorporación de este concepto viene contribuyendo al fortalecimiento de la respuesta del Sistema interamericano frente a la discriminación. Queda pendiente, sin embargo, que este concepto sea desarrollado con mayor profundidad a fin de disipar las dudas sobre su sentido y las consecuencias jurídicas de su aplicación. Además, se requiere un mayor compromiso por parte de los Estados en la implementación de las decisiones, informes y recomendaciones emitidas por los órganos de los tratados, sobre todo cuando se trata de adoptar reformas legislativas o de otro carácter.

REFERENCIAS

Bibliografía

- ABBERLEY, Paul. "The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability". *Disability, Handicap and Society*, volumen 2, número 1, 1987, pp. 5-19.
- ABRAMOVICH, Víctor. "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, número 6, 2010, pp. 167-182.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson, 2013.
- AÑÓN ROIG, María José. Prólogo. En *Mujeres, derechos y ciudadanías*, coordinado por Ruth M. Mestre i Mestre, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 11-15.
- _____. "Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica". En *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos*, editado por Miguel Ángel Ramiro y Patricia Cuenca, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 127-162.
- _____. "El acceso de las mujeres migrantes a los derechos humanos: la igualdad inacabada". *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, volumen 17, número 2, 2010, pp. 241-271.
- _____. "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja". *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 39, 2013, pp. 127-157.
- _____. "Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio". En *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX. Tomo IV, vol. V, libro II*, coordinado por Alberto Iglesias Garzón, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 609-671.
- _____. "Discriminación racial: El racismo institucional desvelado". En *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, editado por Federico Arcos Ramírez, Madrid: Dykinson, 2016, pp. 133-165.
- ASÍS ROIG, Rafael de. "La igualdad en el discurso de los derechos". En *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, coordinado por José Antonio López García y J. Alberto del Real. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 149-168.
- ASÍS, Rafael de y Patricia CUENCA. "La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad". En *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, editado por Luis Cayo Pérez Bueno, Madrid: Ediciones Cinca, 2012, pp. 59-75.
- BARNES, Colin y Geof MERCER. *Disability*. Cambridge: Polity, 2003.

- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 5, número 9, 2000, pp. 65-92.
- _____. “Libertad”. En *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, dirigido por Juan José Tamayo Acosta, Navarra: Editorial Verbo Divino, 2005, pp. 77-120.
- _____. *Diversidad de situaciones y universalidad de derechos*. Madrid: Dykinson, 2011.
- _____. “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”. En *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, editado por M. Carmen Barranco Avilés y Cristina Churruca Muguruza, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 17-44.
- _____. *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*. Madrid: Dykinson, 2016.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 9, 2003, 1-26.
- _____. “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 9, 2003, pp. 1-27.
- _____. “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación”. En *Mujeres, derechos y ciudadanías*, coordinado por Ruth Mestre, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 45-71.
- _____. “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas”. *Revista Vasca de Administración Pública*, número 87-88, 2010, pp. 225-252.
- _____. *El Derecho antidiscriminatorio y sus límites*. Lima: Grijley, 2014.
- _____. “¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 34, 2016, pp. 17-34.
- BARRÈRE, María Ángeles y Dolores MORONDO. “La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto *Gruber* del TJCE”. En *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate*, coordinado por M. Ángeles Barrère y Arantza Campos, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 143-160.
- _____. “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 45, 2011, pp. 15-42.
- BELTRÁN, Miguel y Julio GONZÁLEZ. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

- BELTRÁN PEDREIRA, Elena. “Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad”. En *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, editado por Elena Beltrán y Virginia Maquieira, Madrid: Alianza Editorial, 2001, pp. 191-242.
- BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (trad. de Ángel Rivero Rodríguez). Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. En *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, editado por Juan Vega y Edgar Corzo, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 51-74.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993.
- BURRI, Susanne, Dagmar SCHIEK y The European network of legal experts in the field of gender equality. *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?* European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009.
- CARBONELL, Miguel. “Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo”. *Revista de Derecho Público*, número 74, 2011, pp. 57-86.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo. “Mujer, discriminación múltiple y exclusión social”. En *Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia*, editado por Oscar Pérez de la Fuente, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 39-62.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta. “Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 81, 2007, pp. 71-114.
- COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. “Un manifiesto feminista Negro” (trad. de R. Platero y J. Sáez). En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, pp. 75-86.
- CONSTANT, Benjamin. “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos” (trad. de Carlos Patiño Gutiérrez). *Libertades*, año 1, número 3, 2013, pp. 83-95.
- COOK, Rebecca J. y Simone CUSACK. *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales* (trad. de Andrea Parra). Bogotá: Profamilia, 2010.
- COURTIS, Christian. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”. *Revista Derecho del Estado*, número 24, 2010, pp. 105-141.
- CRENSHAW, Kimberlé. “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Article 8, pp. 139-167.
- _____. “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”. *Stanford Law Review*, vol. 43, N.º 6, 1991, pp. 1241-1299.

- ____ “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color” (trad. de R. Platero y J. Sáez). En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por PLATERO, Raquel (Lucas). Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, pp. 87-122.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia. “Discapacidad, normalidad y derechos humanos”. En *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, editado por M. Carmen Barranco y Cristina Churruca, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 71-99.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1969.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- ____ *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986.
- FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales* (trad. de Vicente Villacampa). Barcelona: Ariel, 1994.
- FERNÁNDEZ, Josefina. “Los cuerpos del feminismo”. En *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, compilado por Diana Maffia, Buenos Aires: Feminaria, 2003, pp. 138-154.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). 7ª edición, Madrid: Trotta, 2010.
- FISS, Owen. “¿Qué es el feminismo?” (trad. de Roberto de Michele). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 14, 1993, pp. 319-335
- ____ “Grupos y la cláusula de igual protección” (trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino). En *Derecho y grupos desaventajados*, compilado por Roberto Gargarella, Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 137-167.
- ____ “Prólogo. Cómo hacer para que la Constitución sea una verdad viviente” (trad. de Gabriela Ubaldini). En SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A. (E-Book), 2016.
- FRASER, Nancy. “Multiculturalidad y equidad entre los géneros: un nuevo examen de los debates en torno a la ‘diferencia’ en EEUU” (trad. de R. J.). *Revista de Occidente*, número 173, 1995, pp. 35-55.
- ____ *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”* (trad. de Magdalena Holguín e Isabel Cristina Jaramillo). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.
- FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2ª ed., New York: Oxford University Press, 2011.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín. “La cláusula general de igualdad”. En LÓPEZ GUERRA, Luis et al. *Derecho constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 9.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 159-178.

- GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós, 1999.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson, 2009.
- GIL RUIZ, Juana María. “Los instrumentos del derecho antisubordinación: la discriminación inversa y la acción positiva”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 33, 1999, pp. 327-332.
- GIMÉNEZ GLUCK, David. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2004.
- _____. “La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la Multidiscriminación”. En *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, coordinado por Rosario Serra, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 45-70.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe. “El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista IIDH*, número 59, 2014, pp. 119-149.
- LAPORTA, Francisco. “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, número 52, 1983, pp. 23-43.
- _____. “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, número 67, 1985, pp. 3-31.
- _____. “Problemas de la igualdad”. En *El concepto de igualdad*, compilado por Amelia Valcárcel, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 65-76.
- MACKINNON, Catharine A. *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- _____. *Hacia una teoría feminista del Estado* (trad. de Eugenia Martín). Madrid: Cátedra, 1995.
- MAKKONEN, Timo. *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore*. Institute for Human Rights. Abo Akademi University, 2002.
- MEDINA, Cecilia y Claudio NASH. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.
- NASH, Claudio. “Estudio Introductorio: Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica”. En *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, editado por Nicole Lacrapette. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, pp. 13-29.

- NASH, Claudio y Valeska DAVID. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En *Derechos Humanos y Juicio Justo*, editado por Claudio Nash e Ignacio Mujica, Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas – COLAM, Organización Interamericana Universitaria, 2010, pp. 159-186.
- NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. 2.^a ed., Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales, 2002.
- PALACIOS, Agustina. “Personas con discapacidad y derechos humanos”. En *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX. Tomo IV, vol. V, libro II*, coordinado por Alberto Iglesias Garzón, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 927-983.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y otros. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, 1987, pp. 47-66.
- _____. *Dimensiones de la igualdad*. 2.^a ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 7.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (trad. de Toni Domènech). Barcelona: Paidós, 1999.
- _____. “Recuperar la economía: el mercado como *res publica*”. *Revista de Economía Institucional*, volumen 15, número 28, 2013, pp. 367-372.
- PLATERO, Raquel (Lucas) (ed.). *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012.
- _____. “La interseccionalidad como herramienta de estudio de la sexualidad”. En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, pp. 15-72.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre los derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- _____. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- QUISPE REMÓN, Florabel. “La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: su evolución y una visión actual”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, número 32, 2016, pp. 225-258.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.
- _____. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 84, 2008, pp. 251-283.

- _____. ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 45, 2011, pp. 167-181.
- _____. “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Pensamiento Constitucional*, número 17, 2012, pp. 291-319.
- REY MARTÍNEZ, Fernando y David GIMÉNEZ GLUCK (coord.). *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*. Madrid: Fundación Ideas, 2010.
- RIBOTTA, Silvina. “La igualdad en el siglo xx. Un estudio desde las teorías de la justicia igualitarias”. En A.A.V.V. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo IV, Siglo XX, volumen IV. Valores, principios y derechos humanos, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 249-344.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. “Violencia estructural contra la mujer, Análisis de la ley española contra la violencia de género y su aplicación práctica”. En *Los derechos sociales y su exigibilidad: Libres de temor y miseria*, editado por Silvina Ribotta y Andrés Rossetti, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 365-382.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.
- RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel. “Benjamin Constant: Estado liberal de Derecho y derechos humanos”, en A.A.V.V. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III, Siglo XIX, Vol. II, Libro II. La filosofía de los derechos humanos, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 755-798.
- ROMERO BACHILLER, Carmen. “Enmarañadxs en las sexualidades (reflexiones para tiempos de crisis)”. En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Raquel (Lucas) Platero, Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, pp. 9-14.
- ROSENFELD, Michel. “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional” (trad. de Javier Dorado). *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, número 6, 1998, pp. 411-444.
- SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores (Ebook), 2016.
- SCHIEK, Dagmar y Anna LAWSON (Ed.). *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*. Farnham (Surrey): Ashgate, 2011.
- SERRA, María Laura. *Mujeres con discapacidad y situaciones de opresión. Deconstrucción feminista: desestabilizando las jerarquías de los dominios de poder*. Tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2016.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario. “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”. En *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, coordinado por Rosario Serra, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 15-44.

- ____ “La discriminación múltiple. ¿Un nuevo enfoque sobre la igualdad?”. En *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, coordinado por Vicente Gimeno Sendra y María Teresa Regueiro García, Madrid: Universitas, 2015, pp. 133-146.
- SKINNER, Quentin. “La libertad de las repúblicas: ¿un tercer concepto de libertad?”. *Isegoría*, número 33, 2005, pp. 19-49.
- SQUIRES, Judith. “Intersecting Inequalities”. *International Feminist Journal of Politics*, volumen 11, número 4, 2009, pp. 496-512.
- TORBISCO CASALS, Neus. “La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia”. En *Los límites de la democracia*, AAVV, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, pp. 35-56.
- UPRIMNY, Inés Margarita. “La protección internacional de los Derechos Humanos: el sistema de Naciones Unidas”. En *Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los derechos universales*, editado por Víctor Abramovich, Ximena Erazo y Jorge Orbe, vol. 2, Santiago de Chile: LOM Ediciones; Fundación Henry Dunant América Latina, 2008, pp. 25-41.
- VILLANUEVA, Rocío. “Feminicidio y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Feminicidio. El fin de la impunidad*, director Fernando Mariño, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 253-277.
- YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia* (trad. de Silvina Álvarez). Madrid: Cátedra, 2000.
- ____ “Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice”. *The Journal of Political Philosophy*, volumen 9, número 1, 2001, pp. 1-18.
- ____ *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata, 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia* (trad. de Marina Gascón). 10.^a ed., Madrid: Trotta, 2011.

Declaraciones y tratados

A. Sistema Universal

- Declaración Universal de Derechos Humanos. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 diciembre de 1948.
- Declaración de acción de Beijing. Aprobada durante la Cuarta conferencia mundial sobre la mujer, reunida en Beijing (China), del 4 al 15 de setiembre de 1995.
- Declaración de Durban. Aprobada durante la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, reunida en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de setiembre de 2001.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su

resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/106, de 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigor: 3 de mayo de 2008.

B. Sistema Interamericano

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. Aprobada en Bogotá (Colombia), durante la novena conferencia internacional americana, en 1948.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos. Adoptada en Bogotá (Colombia), durante la novena conferencia internacional americana, el 30 de abril de 1948. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1951.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en San José (Costa Rica), durante la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, el 22 de noviembre de 1969. Serie sobre tratados, OEA, N.º 36. B-32. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. Adoptado en San Salvador (El Salvador), durante el décimo octavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 17 de noviembre de 1988. Serie sobre tratados, OEA, N.º 69. A-52. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999.
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Adoptada en Belém do Pará (Brasil), durante el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 9 de junio de 1994. A-61. Entrada en vigor: 5 de marzo de 1995.
- Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Adoptada en Ciudad de Guatemala (Guatemala),

durante el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 1999. A-65. Entrada en vigor: 14 de setiembre de 2001.

- Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia. Adoptada en La Antigua (Guatemala), durante el cuadragésimo tercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 5 de junio de 2013. A-68. Entrada en vigor: pendiente.
- Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Adoptada en La Antigua (Guatemala), durante el cuadragésimo tercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 5 de junio de 2013. A-69. Entrada en vigor: pendiente.
- Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Adoptada en Washington, D.C. (Estados Unidos de América), durante el cuadragésimo quinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015. A-70. Entrada en vigor: 11 de enero de 2017.

C. Sistema Europeo

- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor: 3 de setiembre de 1953.

Sentencias

España

Tribunal Constitucional. Sentencia N.º 117/2006, de 24 de abril (2006).

Estados Unidos de América

Tribunal Supremo. Caso *Plessy v. Ferguson*. 163 U.S. 537. (1896).

Tribunal Supremo. Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. 347 U.S. 483. (1954).

Tribunal Supremo. Caso *Griggs v. Duke Power Company*. 401 U.S. 424. (1971).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas),

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Asunto Thlimmenos v Greece (Solicitud N.º 34369/97), sentencia de fecha 6 de abril de 2000.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

S. Coleman contra Attridge Law y Steve Law. Sentencia de 17 de julio de 2008 (Gran Sala). Petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal – Reino Unido. Asunto C-303/06.

Opiniones, recomendaciones e informes

Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación General N.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)*. 42º periodo de sesiones, 2009, E/C.12/GC/20.

Comité de derechos humanos. Observación General N.º 18. *No discriminación*. 37º periodo de sesiones, 1989, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I).

— Observación General N.º 28. *La igualdad de derechos entre hombre y mujeres (artículo 3)*. 68º periodo de sesiones, 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad. Observación General N.º 1. *Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. 11º periodo de sesiones, 2014, CRPD/C/GC/1.

— Observación General N.º 3. *Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*. 2016. CRPD/C/GC/3.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Recomendación General N.º 25. *Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW)*. 30º periodo de sesiones, 2004.

— Recomendación General N.º 30. *Sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos*. 56º periodo de sesiones, 2013, CEDAW/C/GC/30.

— Recomendación General N.º 33. *Sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. 61º periodo de sesiones, 2015, CEDAW/C/GC/33.

Comité para la eliminación de la discriminación racial. Recomendación General N.º 25, *relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*. 56º periodo de sesiones, 2000.

_____ Recomendación General N.º 34. *Discriminación racial contra afrodescendientes*. 79º periodo de sesiones, 2011, CERD/C/GC/34.

Comité para los derechos del niño. Observación General N.º 18, *sobre prácticas nocivas*. Adoptada de manera conjunta con el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Recomendación General N.º 31 de este último comité), 2014, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18.

Comisión Europea. *Tackling Multiple Discrimination, Practices, policies and laws*. Dirección general de empleo, asuntos sociales e igualdad de oportunidades. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala). Informe de Fondo, N.º 4/01, 19 de enero de 2001.

_____ *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil). Informe de Fondo, N.º 54/01, 16 de abril de 2001.

_____ *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 de enero de 2007.

_____ *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 59. 3 de noviembre de 2011.

_____ *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 de diciembre de 2011.

_____ *Violencia contra las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II. rev.2. Doc. 36. 12 de noviembre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84, solicitada por el Gobierno de Costa Rica. “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, 19 de enero de 1984.

_____ Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 17 de septiembre de 2003.

Directivas y decisiones de la Unión Europea

- Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. L 180, ES, 19.7.2000, pp. 22-26.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la

ocupación. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. L 303, ES, 2.12.2000, pp. 16-22.

- Decisión del Consejo 2000/750/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. L 303, ES, 2.12.2000, pp. 23-28.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. L 204, ES, 26.7.2006, pp. 23-33.