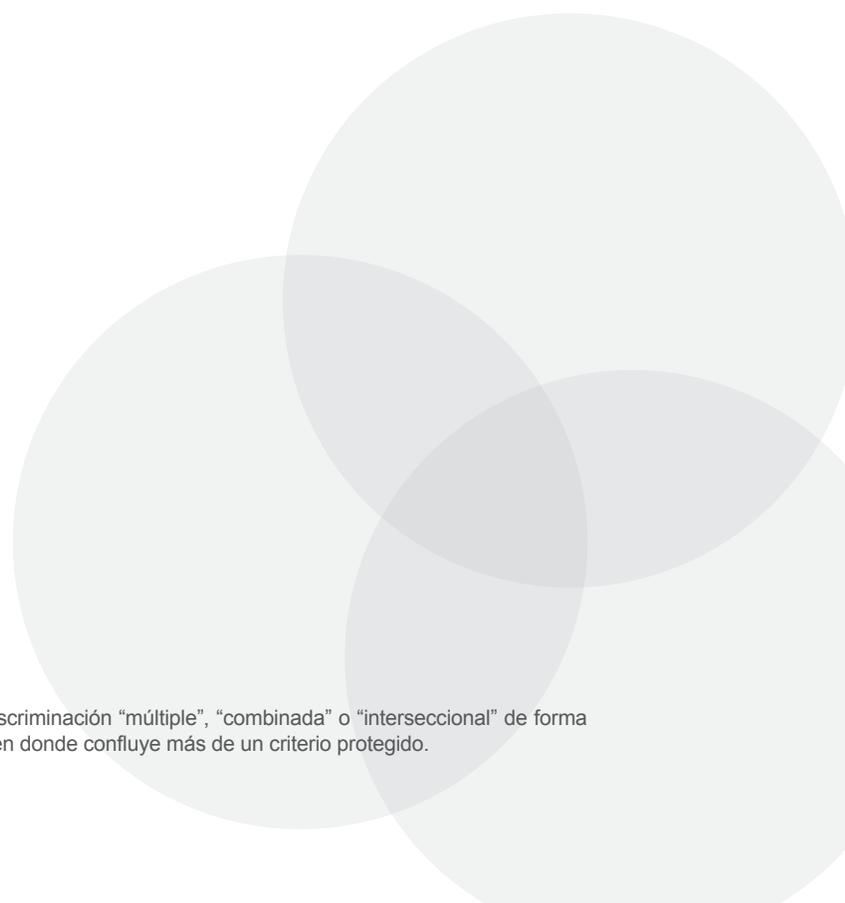




CAPÍTULO II

Discriminación múltiple*

*A lo largo de este capítulo se utilizarán los términos discriminación “múltiple”, “combinada” o “interseccional” de forma indistinta, haciendo alusión a formas de discriminación en donde confluye más de un criterio protegido.



CAPÍTULO II Discriminación múltiple

1. CONCEPTOS GENERALES

- El marco normativo internacional sobre el principio de no discriminación se basa primordialmente en la protección frente a cualquier distinción que se haga con base en una de las categorías protegidas tales como, raza, género, sexo, origen étnico, nacionalidad, religión, lengua, orientación sexual, discapacidad, edad; entre otras.
- Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que las personas pueden pertenecer a diferentes categorías protegidas al mismo tiempo y, por tanto, enfrentar formas de discriminación múltiple, cuyo efecto es distinto en virtud del cruce de estas categorías.
- Aplicar un enfoque interseccional o contextual al examen de estos casos permite a los tribunales alcanzar soluciones en estos casos complejos de discriminación.
- El enfoque interseccional o contextual de la discriminación reconoce que las personas no experimentan la discriminación en un vacío, sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado, en donde se construyen y reproducen los privilegios y las desventajas. Así, las personas, en general, son discriminadas no por quiénes son, sino por lo que se piensa que son o representan; es decir, en virtud de la asignación de estereotipos sociales o culturales negativos.
- En estos casos, al aplicar el *test* estricto de proporcionalidad para determinar si la diferenciación en cuestión está o no justificada (Ver Primer Capítulo de esta compilación), los tribunales deberán adicionalmente:
 1. Analizar el contexto en que ocurre la discriminación y la manera en que la persona se ubica y es ubicada socialmente dentro de ese determinado contexto.
 2. La complejidad de la experiencia de la discriminación, tal y como es experimentada por la víctima.
 3. Apreciar elementos de prueba de la discriminación tanto de naturaleza objetiva (informes estadísticos sobre desigualdad), como subjetiva (papel de los estereotipos presentes en el caso, la respuesta social hacia la persona como resultado de la confluencia de motivaciones).
 4. Reconocer el hecho de que la discriminación tiende a tomar formas más sutiles, sistemáticas e institucionalizadas.

- Examinados desde esta perspectiva, los casos de discriminación dejan de estar únicamente vinculados, de manera aislada, al evento discriminatorio que da origen a la demanda ante los tribunales (por ejemplo, un episodio de violencia doméstica) para colocarse dentro del proceso histórico y social que construye las desventajas y la subordinación de ciertos grupos de personas.
- El enfoque interseccional también debe ser considerado al momento de decidir las reparaciones adecuadas al caso. Los tribunales deben considerar el contexto en donde la desventaja ocurre para determinar si pueden ser incluidas medidas destinadas a transformar esa realidad.¹¹⁵

115. Sobre medidas de reparaciones transformativas ver Capítulo 6 de esta compilación.

2.CASO MODELO: Rosendo Cantú y otra vs. México¹¹⁶

A. Resumen del caso

Los hechos materia del caso se produjeron en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero, dirigida a reprimir actividades ilegales y a la delincuencia organizada.

En Guerrero, un importante porcentaje de la población pertenece a comunidades indígenas que conservan sus tradiciones, lengua e identidad cultural y residen en municipios que se encuentran en condiciones de marginación y pobreza. La presencia del Ejército desempeñando labores policiales ha colocado a la población en una situación de mayor vulnerabilidad, lo cual afecta a las mujeres de una manera particular.

La señora Rosendo Cantú (la peticionaria) es una mujer perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, del estado de Guerrero que al momento de los hechos era menor de edad, tenía 17 años. El 16 de febrero de 2002, la peticionaria se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio donde había acudido a lavar ropa. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares, acompañados de un civil que llevaban detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron, apuntándole con un arma, mostrándole fotos y una lista con nombres. Durante el interrogatorio fue golpeada, llegando a perder el conocimiento y recibió amenazas acerca de que si no contestaba iban a matarla a ella y a todos los de su comunidad. Dos de los militares la violaron sucesivamente. El resto, además del detenido, observaron ambas violaciones.

La peticionaria, acompañada por su esposo, presentó denuncia por estos hechos ante las autoridades comunitarias, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Ministerio Público. Al presentar la denuncia ante el Ministerio Público y durante la investigación, la peticionaria enfrentó diversas dificultades. Entre ellas, que la oficina del Ministerio Público no contaba con ningún agente que hablara Me'phaa, ni con un traductor, por lo que el esposo de la señora Rosendo Cantú tuvo que fungir como tal. Tampoco pudo realizarse de forma inmediata el examen médico ginecológico, porque no se contaba con un médico legista de sexo femenino, como ella había solicitado.

116. Corte IDH, caso "Rosendo Cantú y otra vs. México", sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.tvs.gob.pe/corte_interamericana/seriec_216_esp.pdf.

A pesar de que los delitos denunciados eran de naturaleza civil, el Ministerio Público declinó su competencia a favor del Ministerio Público Militar. Ante esta situación, la peticionaría inició diferentes diligencias para que la investigación se continuara desarrollando dentro del fuero civil, incluyendo una demanda de amparo, sin resultado. Por otra parte, durante el desarrollo de las diferentes actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público Militar, las autoridades centraron sus esfuerzos en citarla a declarar repetidas veces y no en la obtención y aseguramiento de otro tipo de pruebas. No se tomó en cuenta el profundo temor y la aprehensión que generaba en una víctima de una violación sexual atribuida al personal militar el concurrir a las convocatorias de un organismo del ejército.

Luego de ocho años de indagatorias, las autoridades no habían logrado determinar la verdad histórica de los hechos ni las responsabilidades correspondientes.¹¹⁷

B. Perspectiva de género en la decisión del caso

La Corte IDH encuentra al Estado de México responsable internacionalmente por los hechos de violación sexual y tortura, y por la falta de debida diligencia en la investigación de lo ocurrido. En su decisión, el tribunal señala que, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta las obligaciones del Estado de erradicar este tipo de violencia discriminatoria y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales creadas para su protección.

Siguiendo la jurisprudencia internacional, la Corte sostiene que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento que, aunque comprenden la invasión física del cuerpo humano, no sólo se limitan a ésta y pueden, por tanto, incluir actos que no involucren penetración ni contacto físico alguno. La Corte señala, además, que el sufrimiento severo de la víctima es inherente a la violación, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas y que, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.

También declara al Estado responsable por vulnerar los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan y en aplicación de un fuero personal

117. Para un resumen audiovisual del caso ver: "Inés y Valentina: Dignidad y justicia", trabajo ganador del primer lugar del Concurso "Género y Justicia" 2010, en la categoría de documental. Disponible en: www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_articulo=1452.

que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados. Además, el derecho interno no ofreció a la peticionaria recursos efectivos para impugnar el conocimiento de la violación sexual por parte de la jurisdicción militar.

Finalmente, la Corte IDH considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia de la peticionaria, ya que la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales, implicó un trato que ignoró la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, derivada de su idioma y etnicidad, lo que ocasionó un menoscabo injustificado en su derecho de acceder a la justicia.¹¹⁸

En la evaluación de los hechos y la determinación de su gravedad, la Corte IDH aplica un enfoque diferenciado en función del género, la etnicidad y la edad de la víctima para concluir que las violaciones de derechos humanos presentes en el caso constituyen discriminación, la cual se hace aún más patente en el acceso a la justicia.

El Tribunal considera los informes vertidos durante el proceso, los cuales evidencian que los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia se encuentran generalmente relacionados con la exclusión social y la discriminación étnica. Así, el hecho de ser mujer, indígena y pobre genera una “discriminación combinada”, cuyo resultado es aún más adverso que aquél surgido de la presencia de un solo factor de discriminación.

De esta manera, el Tribunal toma en cuenta las múltiples formas de discriminación presentes en el caso y la manera en que operaron de forma conjunta e inseparable, para colocar a la peticionaria en una situación de mayor vulnerabilidad, primero, frente a la violencia e impunidad de los militares y, segundo, ante las instituciones del Estado llamadas a protegerla.

Este análisis de la discriminación también se ve reflejado en las reparaciones acordadas en la sentencia, en donde la Corte afirma que “no pierde de vista que la señora Rosendo Cantú es una mujer indígena, niña al momento de ocurrir las violaciones.”¹¹⁹ Al mismo tiempo, considera que la obligación de reparar en un caso donde están involucradas víctimas pertenecientes a una comunidad indígena, puede requerir de medidas de alcance comunitario.

118. Corte IDH, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, *Op. Cit.*, nota 116, párr. 185.

119. *Ibid.*, párr. 206.

Así, la decisión acuerda diversas medidas de reparación referidas a la violación de derechos humanos sufrida específicamente por la víctima pero incluye además otra serie de medidas dirigidas a superar y transformar la situación de discriminación múltiple que afecta a las mujeres indígenas en el estado de Guerrero.

Entre las medidas de reparación se encuentran:

- 1 El deber por parte del Estado de continuar proporcionando los medios para que la peticionaria acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurarse la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género;
- 2 El deber del Estado de continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad, los cuales deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero;
- 3 Fortalecer los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual en la comunidad, a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma Me'phaa;
- 4 Continuar las campañas de concientización y sensibilización de la población en general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra la mujer indígena.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Extractos: caso Rosendo Cantú y otra vs. México
31 de agosto de 2010

103. Desde el momento en que el Estado tuvo conocimiento de la existencia de una violación sexual cometida contra quien pertenece a un grupo en situación de especial vulnerabilidad por su condición de indígena y de niña, tiene la obligación de realizar una investigación seria y efectiva que le permita confirmar la veracidad de los hechos y determinar los responsables de los mismos.

108. Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”.

109. La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención, ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

114. Independientemente de lo anterior, la Corte ha establecido que un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo. Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas.

121. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima.

126. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales.

201. La Corte anteriormente ha señalado que, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales.

3. NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN BASADA EN EL GÉNERO

Como se expone en el Capítulo 1, el marco normativo internacional sobre el principio de no discriminación se basa primordialmente en la protección frente a cualquier distinción que se haga con base en una de las categorías protegidas tales como raza, género, sexo, origen étnico, nacionalidad, religión, lengua, orientación sexual, discapacidad, edad; entre otras. Esta manera de abordar la discriminación es lo que se conoce como enfoque de motivaciones únicas.¹²⁰

En la práctica, esta forma de abordar la discriminación tiene importantes consecuencias. Entre ellas, dejar desprotegidas o con soluciones parciales a las personas que no son capaces de ubicarse en ninguna de las categorías enumeradas, así como a las personas que presentan casos complejos de discriminación con base en varios motivos que se interceptan de forma que no pueden ser separados.¹²¹

Esta realidad ha dado paso a que exista un reconocimiento cada vez mayor por parte del derecho internacional de que las personas pueden pertenecer a diferentes categorías protegidas al mismo tiempo y, por tanto, enfrentar formas específicas de discriminación

120. Su aplicación está relacionada con la manera en que se desarrolló la legislación de derechos humanos, alrededor de graves y patentes discriminaciones en esferas públicas. El clima político y social en cada momento histórico, contribuyó a la manera en que los diferentes movimientos sociales de derechos humanos se han construido alrededor de reivindicaciones singulares: los derechos de las mujeres, los derechos de las personas LGTBIQ o los derechos de las personas con discapacidad. Situación que, a la vez, ha generado la producción de instrumentos normativos de protección y de organismos de vigilancia referidos a una única problemática (ICEDR, CEDAW, CRPD; entre otras). Esta situación se reproduce en las instancias nacionales con organismos de protección también segmentados tales como Direcciones de la Mujer, Agencias para los pueblos indígenas o para los afrodescendientes; entre otros. Al mismo tiempo, las discriminaciones que afectan a grupos específicos de personas suelen abordarse exclusivamente como discriminación intragrupo; es decir, de la minoría frente a un sub-grupo de la propia minoría. Es el caso, por ejemplo, de algunos análisis acerca de la situación de las mujeres indígenas en donde, al poner el énfasis en la posición de éstas dentro de la minoría indígena, se reduce la discriminación a un problema estrictamente de desigualdad con base en el género. Otro factor que suele ser señalado es que la normativa de derechos humanos, basada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, enfatiza los derechos civiles y políticos a expensas de los derechos económicos, políticos y sociales, sin hacer alusión expresa a la posibilidad de la intercepción de las categorías protegidas. Esta dicotomía deja de lado la relación entre acceso efectivo a los derechos y la pobreza y marginalidad. Esta construcción es, además, reflejo de una concepción de los derechos humanos en donde el sujeto de protección se asume con una identidad unidimensional, ubicado en una categoría fija que excluye a todas las demás. Así, puede ser un hombre negro, pero no negro y homosexual o mujer transgénero, pero no transgénero y discapacitada físicamente. Sobre este tema consultar: Makkonen, T. (2002, abril). *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Turku, Finlandia: Institute for Human Rights. Åbo Akademi University. Disponible en: web.abo.fi/institut/imr/norfa/timo.pdf; Ontario Human Rights Commission. (2001, 9 de abril). *An intersectional approach to discrimination. Addressing multiple grounds in human rights claims. Discussion paper*. Ontario, Canadá: Human Rights Commission. Disponible en: www.ohrc.on.ca/en/resources/discussion_consultation/DissIntersectionalityFtns/pdf.

121. Colker, R. (1996). *Hybrid: Bisexuals, Multiracials, and Other Misfits Under American Law*. Critical America. Nueva York, EE.UU y Londres, Inglaterra, Reino Unido: New York University Press.

que no pueden ser abordadas desde un enfoque de motivaciones únicas. La tendencia del derecho internacional de los derechos humanos es requerir de los tribunales que sean capaces de utilizar y aplicar un enfoque interseccional o contextual en el examen de los casos de discriminación múltiple.

El concepto de interseccionalidad hace referencia a aquella opresión que deriva de la combinación de varios factores que, juntos, producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo.¹²² Este enfoque toma en cuenta el contexto histórico, social y político y reconoce la experiencia de la persona basada en la intersección de todos los elementos relevantes que configuran su identidad.¹²³

La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing es el primer documento internacional en reconocer explícitamente que la discriminación contra la mujer puede ser el resultado de una multiplicidad de factores:

“(…) las mujeres hacen frente a barreras que dificultan su plena igualdad y su progreso por factores tales como su raza, edad, idioma, origen étnico, cultura, religión o discapacidad, por ser mujeres que pertenecen a poblaciones indígenas o por otros factores. Muchas mujeres se enfrentan con obstáculos específicos relacionados con su situación familiar, particularmente en familias monoparentales, y con su situación socioeconómica, incluyendo sus condiciones de vida en zonas rurales, aisladas o empobrecidas. También existen otras barreras en el caso de las mujeres refugiadas, de otras mujeres desplazadas, incluso en el interior del país, y de las mujeres inmigrantes y las mujeres migrantes, incluyendo las trabajadoras migrantes. Muchas mujeres se ven, además, particularmente afectadas por desastres ambientales, enfermedades graves e infecciosas y diversas formas de violencia contra la mujer.”¹²⁴

Durante la Conferencia de Durban (2001)¹²⁵ el concepto de discriminación múltiple se incorpora de forma expresa al derecho internacional y comienza a ser utilizado en diferentes foros internacionales. Debido al contenido y propósito de esta conferencia, el

122. La idea de que la gente puede pertenecer a varios grupos en desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación fue reconocida y denominada por primera vez discriminación “múltiple” o, más comúnmente “interseccional” a finales de los años ochenta por algunas profesoras feministas afro-americanas de los Estados Unidos de América. La más representativa ha sido Kimberlé W. Crenshaw.

123. Ontario Human Rights Commission (2001, 9 de abril). *An intersectional approach to discrimination. Addressing multiple grounds in human rights claims. Discussion paper. Op. Cit.*, nota 120.

124. *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Aprobadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, reunida en Beijing del 4 al 15 de Septiembre de 1995, párrafo 46. Disponibles en: www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDP-fA%20S.pdf.

125. Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, Durban, Sudáfrica, 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001. Más información disponible en: www.un.org/spanish/CMCR/.

concepto de discriminación múltiple nace dentro del sistema universal de protección vinculado a la discriminación por género y raza.

La Declaración y el Programa de Acción de Durban indica que los Estados partes y otros organismos internacionales reunidos reconocen:

“(...) que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición.”¹²⁶

En este sentido, la Declaración va más lejos que ningún otro documento internacional al afirmar que:

“(...) la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas están estrechamente vinculadas con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las prácticas conexas de intolerancia y contribuyen a la persistencia de actitudes y prácticas racistas que, a su vez, generan más pobreza.”¹²⁷

Además, sostiene que el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas, lo que conduce al deterioro de sus condiciones de vida, a la pobreza, la violencia, las formas múltiples de discriminación y la limitación o denegación de sus derechos humanos. Por esta razón, la Declaración insta a los Estados a integrar una perspectiva de género en sus políticas, estrategias y programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, a fin de hacer frente a las formas múltiples de discriminación.

El CDH, en su Observación General N° 28, da un paso decisivo en la incorporación de un enfoque interseccional al declarar que:

126. *Declaración y Programa de Acción de Durban*. Aprobados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Ver *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. A/CONF.189/12, p. 9, párr. 2. Disponible en: www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12.

127. *Ibid.*, p. 29, párr. 18.

“La discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Los Estados Partes deberán tener en cuenta la forma concreta en que algunos casos de discriminación por otros motivos afectan en particular a la mujer e incluir información acerca de las medidas adoptadas para contrarrestar esos efectos”.¹²⁸

Esta declaración por parte del Comité debe interpretarse como una invitación a los Estados partes y sus instituciones para conducir la mirada hacia la existencia de factores múltiples de discriminación y la necesidad de tomarlos en cuenta.

El CERD es el órgano de vigilancia de Naciones Unidas que más extensamente ha tratado el tema de la discriminación múltiple. En su Recomendación General N° 25 relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, dicho Comité señala que:

“(…) algunas formas de discriminación racial repercuten únicamente sobre las mujeres, el Comité intentará tener en cuenta en su labor los factores genéricos o las cuestiones que puedan estar relacionadas con la discriminación racial. Considera que sus prácticas en este sentido se beneficiarían del desarrollo, en colaboración con los Estados Partes, de un enfoque más sistemático y coherente de la evaluación y la vigilancia de la discriminación racial de las mujeres, así como de las desventajas, obstáculos y dificultades por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico con que tropiezan para ejercer y disfrutar plenamente de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.”¹²⁹

Este mismo Comité también ha reiterado, en diferentes informes y recomendaciones, que la discriminación contra los pueblos indígenas es una cuestión que incumbe a la ICERD y, en su recomendación general N° 23, insta a los Estados partes que reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas.¹³⁰

128. CDH (2000). *Observación General N° 28. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*. 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párr. 30. Disponible en: www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom28.html.

129. CERD (2000, 20 de marzo). *Recomendación General N° 25 relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*. 56° período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, p. 251, párr. 3. Disponible en: www.unfpa.org/derechos/documentos/observaciones_generales_comites.pdf.

130. CERD (1997). *Recomendación General N° 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. 51° período de sesiones, A/52/18, anexo V, p. 248, párr. 4. Disponible en: www.unfpa.org/derechos/documentos/observaciones_generales_comites.pdf.

Por su parte, el Comité de la CEDAW asume un enfoque interseccional o contextual acerca de la discriminación contra la mujer en varias de sus recomendaciones. En la Recomendación General N° 24 sobre la mujer y la salud, por ejemplo, señala:

“Si bien las diferencias biológicas entre mujeres y hombres pueden causar diferencias en el estado de salud, hay factores sociales que determinan el estado de salud de las mujeres y los hombres, y que pueden variar entre las propias mujeres. Por ello, debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental”.¹³¹

En su Recomendación General N° 18 sobre mujeres discapacitadas, el Comité de la CEDAW impone a los Estados la obligación de incluir información sobre la situación y medidas a favor de las mujeres con discapacidad, debido a la preocupación “por la situación de las mujeres discapacitadas, que sufren de una doble discriminación por la situación particular en que viven”.¹³²

Asimismo, la Recomendación General N° 19 sobre la violencia contra la mujer¹³³ reconoce que la pobreza y el desempleo propician oportunidades para la trata de mujeres y, en relación con la prostitución, se reconoce que la pobreza y el desempleo obligan a muchas mujeres, incluso a niñas, a ejercerla. Así también que las mujeres prostituidas son especialmente vulnerables a la violencia, debido a su condición ilícita que las marginaliza, por lo que necesitan la protección de la ley contra la violación y la violencia de la misma manera que otras mujeres. Al hacer esta afirmación, el Comité entiende que la declaración de la igualdad de la mujer es insuficiente protección puesto que, en realidad, la protección a la que una mujer puede acceder se encuentra mediada por otros factores que van más allá de su género y que tiene que ver con la posición social que ella, o el grupo al que pertenece, ocupa.

131. Comité de la CEDAW (1999, 2 de febrero). *Recomendación General N° 24: Artículo 12 CEDAW - La mujer y la salud*. 20° período de sesiones, A/54/38/Rev.1, cap. I, párr. 6. Disponible en: www.amdh.org.mx/mujeres3/html/cedaw/Cedaw/3_Recom_grales/24.pdf.

132. Comité de la CEDAW (1991, 4 de enero). *Recomendación General N° 18: Mujeres Discapacitadas*. 10° período de sesiones, A/46/38. Disponible en: www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_onuseguimiento/recomendacion%20general%2018.htm.

133. Comité de la CEDAW (1992, 29 de enero). *Recomendación General N° 19: la violencia contra la mujer*. 11° período de sesiones, A/47/38. Disponible en: www.amdh.org.mx/mujeres3/CEDAW/docs/Recom_grales/19.pdf.

Esta misma Recomendación afirma que las mujeres de las zonas rurales corren mayores riesgos de ser víctimas de violencia a causa de la persistencia de las actitudes tradicionales relativas al papel de la mujer, y que las niñas de las comunidades rurales corren el riesgo de sufrir actos de violencia y explotación sexual cuando dejan la comunidad rural para buscar trabajo en las ciudades.

Declaración de Durban

... los Estados tienen el deber de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las víctimas, y que deberían aplicar una perspectiva de género que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres, y que el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales es indispensable para el desarrollo de las sociedades en todo el mundo.

Todo este esfuerzo por parte del sistema universal de protección para integrar a la lectura de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos un enfoque interseccional trata de tomar en consideración que las personas no experimentan la discriminación en un vacío, sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado, en donde se construyen y reproducen los privilegios y las desventajas. Así, las personas, en general, son discriminadas no por quiénes son, sino por lo que se piensa que son o representan; es decir, en virtud de la asignación de estereotipos sociales o culturales negativos.¹³⁴

Examinados desde esta perspectiva, los casos de discriminación dejan de estar únicamente vinculados, de manera aislada, al evento discriminatorio que da origen a la demanda ante los tribunales -por ejemplo un episodio de violencia doméstica-, para colocarse dentro del proceso histórico y social que construye las desventajas y la subordinación de ciertos grupos de personas.

134. Los estereotipos de género son una buena ilustración de esta afirmación. Los estereotipos de género son construcciones sociales y culturales de los hombres y las mujeres -a partir de sus distintas condiciones físicas, biológicas, sexuales y sociales-, que hacen referencia a pre-concepciones acerca de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente ("el destino natural de las mujeres es ser madres" o, "los hombres siempre tienen gran fuerza física"). Sobre este tema, Cook, R.J. y Cusack, S. (2010). *Op. Cit.*, nota 9. Otro ejemplo que puede ser citado es el de los estereotipos sociales negativos acerca de la discapacidad. Éstos comprenden todas las pre-concepciones acerca de los atributos o características de las personas discapacitadas ("enfermito", "indefenso", "inútil..."), invisibilizando cómo la sociedad discapacita a las personas al imponer obstáculos materiales que, junto a los estereotipos culturales, fomentan dinámicas de exclusión y marginación. Es evidente, que el mismo argumento puede ser utilizado para abordar los estereotipos acerca de las cualidades o "naturaleza" de determinada raza o etnia ("todos los indígenas son vagos"), o cualquier otra minoría. Ver: Ferreira, Miguel. La construcción social de la discapacidad: habitus, estereotipos y exclusión social. España: Universidad de Murcia / Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: www.um.es/discatif/PROYECTO_DISCATIF/Documentos/Discapacidad_NOMADAS_MFerreira.pdf; Guinn, Gerard y Degener, Theresia (2002). Derechos humanos y discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Naciones Unidas. Disponible en: www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/disability.pdf.

El enfoque interseccional obliga a considerar que las experiencias de victimización forman parte frecuentemente de una cadena de actos discriminatorios, en donde uno sigue a continuación del otro, de manera que la totalidad es mayor que la suma de sus partes constituyentes. Estereotipos culturales, marginalización, pobreza, escaso acceso a la educación o los servicios de salud, entre otros factores, aumentan la vulnerabilidad frente a la violencia, así como las dificultades para acceder al sistema de justicia y a los medios de reparación. Esta situación genera un círculo vicioso, en donde, las múltiples desventajas que enfrentan ciertos grupos sociales se refuerzan mutuamente. Por ejemplo, las desventajas que enfrentan las mujeres pobres en el mercado laboral, se ven reforzadas en el caso de una discapacidad física debido a los obstáculos materiales y a los prejuicios asociados al género y al estatus socio-económico.

“La igualdad, cuando es entendida de manera sustancial, significa valorar la diferencia y combatir la discriminación tal cual se manifiesta en los hechos” [1].

[1] Pérez Portilla, K. (2010, 14 de junio). Más allá de la igualdad formal: Dignidad humana y combate a la desventaja. En J. Carpizo & C.B. Arriaga (Coords.), Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa, p. 657. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 523. México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2834/27.pdf.

Al aplicar el enfoque de motivaciones únicas, los casos de discriminación se prueban siempre sobre la base de la comparación. Así, el demandante debe demostrar que una persona o grupo situado en una posición similar ha recibido un trato más favorable —como heterosexuales frente a homosexuales— y que, por tanto, es su membresía a un cierto grupo la causa de la distinción adversa.

En casos de discriminación múltiple, esta metodología de prueba debe agregar otros elementos para evitar ser restrictiva. En este sentido, los tribunales deben evitar suponer que el demandante es capaz de: 1. Apreciar todos los rasgos de su identidad de forma separada, y 2. Que puede proveer bases para la comparación en cada una de las categorías protegidas alegadas, también de forma separada. Además, la utilización del método de comparación como fuente probatoria principal, elude la realidad social de ciertos grupos consistente en una negación sistemática de poder, recursos y respeto, sin que forzosamente esta desventaja histórica y sistemática se convierta en la ventaja tangible y medible de otro grupo en una situación concreta.

Una alternativa, o solución complementaria, a este modelo tradicional de comparación de similitud /diferencia, es utilizar estándares sustantivos con base en los principios de igualdad y dignidad humana.¹³⁵ Conforme al principio de respeto por la dignidad humana, toda persona tiene derecho a ciertas garantías y protecciones básicas por el hecho mismo de que se trata de un ser humano. Así que no es necesario tener, o poseer, ninguna condición o característica en particular para poder reclamar ciertos derechos. Por medio del uso de criterios sustantivos y de un examen contextual de la discriminación, la comparación puede ser superada.

En su opinión disidente en el caso *Egan vs. Canadá*,¹³⁶ sobre igualdad de derechos para parejas del mismo sexo, la jueza L'Heureux-Dubé, utilizando este criterio, sostuvo: “Igualdad significa que nuestra sociedad no puede tolerar distinciones legislativas que tratan a ciertas personas como ciudadanos de segunda clase, que los degradan, que los tratan como menos capaces sin ninguna buena razón, o que de otra manera ofenda la dignidad fundamental de los seres humanos”.

También la Corte IDH ha reiterado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.”¹³⁷

Al aplicar el test estricto de proporcionalidad para determinar si la diferenciación en cuestión está o no justificada, los tribunales deberán analizar el contexto en que ocurre la discriminación y la manera en que la persona se ubica y es ubicada socialmente dentro de ese determinado contexto. Los elementos de prueba de la discriminación tendrán que ser tanto de naturaleza objetiva (como informes estadísticos sobre desigualdad), como subjetiva (papel de los estereotipos presentes en el caso).

Finalmente, el caso deberá ser evaluado desde la óptica de la víctima, es decir, apreciando cómo ésta experimentó la discriminación en los hechos como vulneración a la globalidad de su identidad.

135. Kitching, K. (2005, enero), *Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*. Londres, Inglaterra, Reino Unido: Interights.

136. Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso “Egan vs. Canadá”, caso N° [1995] 2 S.C.R. 513, 25 de mayo de 1995, párr. 36. Disponible en: www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1995/1995canlii98/1995canlii98.pdf.

137. Corte IDH. *OC-17/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 45. Disponible en: www.iin.oea.org/Corte_interamericana_derechos_humanos.pdf y Corte IDH. (1984, 19 de enero). *OC-4/84. Serie A No. 4. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica*. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.

“El enfoque interseccional interpreta que la discriminación que surge de una combinación de elementos, genera un tipo de discriminación única y distinta de cualquier forma de discriminación basada en un solo factor. Este enfoque considera los contextos históricos, sociales y políticos y valida así la experiencia única de mujeres que han sido objeto de discriminación basada en más de un elemento. Es decir, mujeres que han sufrido de discriminación debido a su sexo y otras razones tales como raza, etnia, edad, estado de invalidez, ciudadanía, estado civil, religión, sexualidad, situación socio-económica, etc.

Este enfoque permite que experiencias particulares de discriminación sean reconocidas y remediadas de manera conveniente. P.ej. (a) mujeres pertenecientes a una minoría racial pueden sufrir más discriminación que hombres pertenecientes a una minoría racial, o que mujeres no pertenecientes a una minoría racial; (b) mujeres mayores con discapacidades pueden enfrentar barreras particulares para el acceso a sus derechos, que enfrentan las más jóvenes” [1].

[1] International Women’s Rights Action Watch- Asia Pacific. Disponible en: www.iwraw-ap.org/PFCedawEspanyol/contextual.htm.

4. JURISPRUDENCIA Y DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

A. Jurisdicciones Internacionales

A continuación, se hace referencia únicamente a la jurisprudencia que de forma específica aplica el enfoque interseccional, al reconocer la concurrencia de más de una categoría protegida en un evento o situación de discriminación. Hasta el momento, la Comisión y la Corte IDH son los únicos órganos de vigilancia de tratados internacionales de DDHH que han emitido decisiones de este tipo. Dado que ambos órganos comparten la misma postura sobre la importancia del tema, este apartado sólo incluye decisiones de la Corte IDH.

A.1 Sistemas Regionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el sistema de protección interamericano, la Corte IDH ha establecido la obligación a cargo de los Estados de respetar el principio de no discriminación y considerar la posición de especial vulnerabilidad en que se encuentran ciertos grupos de personas.¹³⁸

A continuación, se examinan algunos de estos casos.

En *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*,¹³⁹ la Corte IDH encontró que la violencia y la impunidad presentes en el caso formaban parte de un patrón de discriminación estructural, por género y estatus social, imperante en Ciudad Juárez. La Corte valoró que la doble condición de las víctimas de mujeres y pobres fue el motivo por el cual los agentes estatales y los tribunales de justicia no cumplieron con su labor de investigar e identificar a los responsables de los asesinatos. Más aún, que este incumplimiento por parte del Estado responde a un patrón de conducta que legitima la impunidad respecto de la violencia contra la mujer.

Más tarde, en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, valoró el género y la etnicidad como factores de discriminación que actuaron de forma conjunta.¹⁴⁰ Con anteriori-

138. Además de las decisiones examinadas en este capítulo ver también los casos de la Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, sentencia del 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf; caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, sentencia del 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf y, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. La Corte analiza la situación de discriminación y vulneración de derechos contra las comunidades indígenas y en particular contra las mujeres, los niños, las personas mayores y otros grupos que, en razón del género, la edad y la condición física requieren de atención reforzada por parte del Estado.

139. Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

140. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf.

dad a este caso, la Corte IDH ya había reiterado en múltiples ocasiones que conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”. De manera que con estas decisiones y la decisión en el caso Rosendo Cantú, la Corte logra avanzar un paso más uniendo el género y la etnicidad.¹⁴¹

La Corte también ha trabajado sobre la discriminación combinada en razón de la edad y el género y afirma la protección especial de que deben ser objeto las niñas dentro de un determinado grupo que ha sido colocado en posición de desventaja social. En el caso modelo para este capítulo, Rosendo Cantú, la Corte sostiene:

“(…) de conformidad con el artículo 19 [derechos del niño] de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño (...). De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.”¹⁴²

“Desde el momento en que el Estado tuvo conocimiento de la existencia de una violación sexual cometida contra quien pertenece a un grupo en situación de especial vulnerabilidad por su condición de indígena y de niña, tiene la obligación de

141. Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005. *Op. Cit.*, nota 138, párr. 63; Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006. *Op. Cit.*, nota 138, párr. 83; Corte IDH, caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, sentencia de 28 de noviembre de 2007. *Op. Cit.*, nota 138, párr. 178 y Corte IDH, caso “Tiu Tojín Vs. Guatemala”, sentencia de 26 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf; Corte IDH, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010. *Op. Cit.*, nota 116.

142. Corte IDH, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010. *Op. Cit.*, nota 116, párr. 201. A continuación la Corte enumeró las implicaciones que la obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados podría suponer.

realizar una investigación seria y efectiva que le permita confirmar la veracidad de los hechos y determinar los responsables de los mismos.”¹⁴³

Esta jurisprudencia del sistema interamericano es de gran relevancia, ya que con frecuencia las niñas y adolescentes experimentan una doble discriminación que las excluye del goce de sus derechos en diferentes áreas. Esto se debe a que las menores se encuentran marginalizadas dentro de la categoría niñez en cuanto mujeres, o dentro de la categoría de mujer en cuanto niñas. Estas marginalizaciones que se interceptan, también se refuerzan mutuamente y resultan en una negación de derechos. Un enfoque interseccional aplicado a los derechos de las niñas, como el asumido por la Corte, reconoce ambas dimensiones y las integra al principio rector del interés superior del menor.¹⁴⁴

La discriminación múltiple presente en estos casos también fue considerada por la Corte IDH al momento de decidir sobre las reparaciones. En las tres decisiones reseñadas, la Corte hizo hincapié en que, para evitar futuras violaciones de derechos humanos, el Estado debía implementar políticas y programas sensibles al género, al origen étnico y al estatus social que estuvieran dirigidas a transformar las realidades excluyentes que dieron origen y facilitaron la violencia.

143. Corte IDH, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010. *Op. Cit.*, nota 116, párr. 103. El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que el testimonio de una niña debe ser tenido en consideración por los Estados parte en la Convención. Se asume que todo menor, con independencia de la edad o condición, es capaz de formar su propio punto de vista, y tiene el derecho a expresar sus ideas libremente en todos los asuntos que puedan afectarle. Por consiguiente, sus opiniones y puntos de vista deben tener la debida consideración en concordancia con la edad y madurez del menor. Para este propósito debe brindársele la oportunidad de ser oído tanto directamente, cuanto a través de un representante o institución apropiada, en cualquier procedimiento judicial o administrativo que pueda afectarlo, en concordancia con las reglas de procedimientos nacionales. Esto ha sido confirmado por numerosas jurisdicciones, que han sostenido que los Estados tienen un especial deber de diligencia para combatir la violencia en contra de las niñas, y que las barreras procedimentales no pueden permitir la impunidad frente a la violencia sexual y de género. TEDH, caso “M.C. vs. Bulgaria”, demanda 39272/98, sentencia del 3 de diciembre de 2003. Disponible en: www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR,,BGR,47b19f492,0.html; TEDH, caso “X. e Y. vs. los Países Bajos”, demanda 8978/80, sentencia del 26 de marzo de 1985. Disponible en: www.humanrights.is/-the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeanourtoufhumanrights/nr/705; Corte IDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009. *Op. Cit.*, nota 139; India, Corte Suprema, caso “Wahid Khan vs. Estado de Madhya Pradesh”, MP Deepak Verma, 1 de diciembre de 2009. Disponible en: www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=323.

144. El Artículo 2 (1) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. La importancia de este instrumento radica en que considera a los menores de edad como sujetos de derechos. Bajo esta perspectiva, los niños son seres humanos con capacidades en desarrollo, cuyos derechos deben ser respetados y cumplidos. Un enfoque muy alejado de anteriores concepciones que consideraban a los menores como simples incapaces. *Convención sobre los Derechos del Niño* (entró en vigor: 2 de septiembre de 1990). Resolución de la Asamblea General 44/25 en su 44ª sesión, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por México el 21 de septiembre de 1990. Disponible en: www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm.

Dentro del sistema de protección europeo, el TEDH se ha pronunciado sobre este tipo de discriminación. En el caso de *Beauty Solomon vs. España*,¹⁴⁵ la Corte Europea de Derechos Humanos establece que la ausencia de una investigación efectiva cuando se trata de maltratos presuntamente cometidos por agentes del Estado constituye también una forma de trato cruel e inhumano. Igualmente, señala que cuando los tribunales omiten considerar la condición de vulnerabilidad específica de la demandante (mujer africana ejerciendo la prostitución) y verificar si actitudes discriminatorias tuvieron un papel o no en el maltrato padecido, incumplen con las obligaciones derivadas del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

145. Esta demanda fue presentada ante la Corte por la organización internacional de derechos humanos Women's Link Worldwide. El documento de la demanda se encuentra disponible en: www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&tp=proyectos&dc=26.

La discriminación múltiple en las legislaciones nacionales

La Unión Europea es el organismo internacional con la política más decidida en el sentido de promover el uso del enfoque interseccional, incentivando a sus instituciones y Estados miembros a que incluyan en la legislación, y en las políticas públicas de igualdad de oportunidades, el concepto de discriminación múltiple. [1] Tanto la Directiva del Consejo para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación como la Directiva del Consejo sobre igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico establecen que “[e]n 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”. [2]

No obstante, la inclusión del concepto no se encuentra presente en todos los Estados y, en aquellos en donde se contempla, no se hace de manera uniforme. La normativa Austriaca admite que la discriminación múltiple sea tomada en consideración al momento de calcular las compensaciones. Italia y Rumanía cuentan con la misma previsión pero vía reglamento. La legislación alemana estipula que en casos de discriminación múltiple, tienen que ser satisfechos los requisitos de prueba para cada motivo de discriminación alegado. La legislación polaca prevé que la discriminación, tanto directa como indirecta, puede ocurrir en base a más de una categoría protegida. En Bulgaria, el artículo 11 (2) de la Ley de Protección contra la Discriminación, incluye una definición de discriminación múltiple. [3] En España, la legislación dispone que las autoridades públicas tomen en cuenta la discriminación múltiple en el diseño de políticas públicas y en el diseño de información estadística. El proyecto de Ley Integral sobre Igualdad de Trato y no Discriminación, actualmente en discusión ante el Congreso, incluye una previsión expresa, en su artículo 7, que establece que: “1. Se produce discriminación múltiple cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación; 2. En supuestos de discriminación múltiple, la justificación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada una de sus causas; 3. Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple las medidas de acción positiva contempladas en el artículo 11 de esta Ley, deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación”.

En cuanto a la jurisprudencia interna de los Estados Europeos, el uso del concepto de discriminación múltiple permanece ausente. Pero, es previsible que su uso aumente en el futuro dada su inclusión dentro de la normativa de la Unión y el decidido impulso desde la Comisión Europea para que sea aplicado como criterio de interpretación jurídica y, como criterio para el diseño de políticas públicas.

[1] La Comisión Europea ha encargado dos informes, en 2007 y en 2009, sobre discriminación múltiple en los Estados miembros y en la legislación comunitaria. El primero, European Commission – Employ, Social Affairs and Inclusion (2007). *Tackling multiple discrimination. Practices, policies and law*. European Communities, fue elaborado por el Instituto Danés para los Derechos Humanos. Este informe está disponible en: ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=51&type=2&furtherPubs=no Ver también: European Network of Legal Experts in the Field of Gender-Equality (2009). *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*. European Commission – Employ, Social Affairs and Equal Treatment. Disponible en: ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=2009&advSearchKey=intersectional&mode=advancedSubmit&langId=es.

[2] *Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea, 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 N° L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22 Disponible en: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML *Directiva 2000/43/CE del Consejo de la Unión Europea, 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 N° L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26. Disponible en: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:es:PDF.

[3] Información sobre el contenido de las legislaciones nacionales de la Unión en: European Network of Legal Experts in the Field of Gender-Equality (2009). *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender*

B. Jurisdicciones Nacionales

La mayor parte de la jurisprudencia sobre casos de discriminación múltiple se encuentra en tribunales de Estados Unidos,¹⁴⁶ Canadá y Colombia. A continuación, se presentan algunas decisiones judiciales emitidas en estos tres países.

A pesar de la ausencia de una prohibición explícita, algunos tribunales estadounidenses han reconocido que existen formas de discriminación interseccional y que ésta viola el título VII de la Ley de Derechos Civiles que prohíbe la discriminación con base en la raza, color, religión, sexo u origen nacional.

El caso *Jefferies vs. Harris County Community Action Association et al.*,¹⁴⁷ un caso sobre discriminación en el empleo, es el primero en donde un tribunal federal reconoce una discriminación combinada por raza y sexo contra una mujer negra. La Corte sostuvo que un empleador no podía escapar a su responsabilidad por discriminación contra una mujer negra, simplemente demostrando que no discriminaba contra los hombres negros o las mujeres blancas. La demandante en el caso argumentó que había sido discriminada dentro de los procesos de selección de la compañía para un puesto más alto debido a que era una mujer, de cierta edad y negra. La posición a la que aspiraba la demandante había sido previamente ocupada por una mujer blanca y por un hombre negro. En ningún momento a la demandante se le comunicó que no estuviera calificada para alguna de las posiciones que solicitó.

En apelación, la demandante sostuvo que el tribunal de primera instancia erró al evaluar su demanda con base en el sexo y la raza. El tribunal había estudiado por separado las bases de la discriminación y encontrando que no hubo discriminación por raza por que la empresa había promocionado hombres negros, y que no había discriminación por sexo porque se había promocionado a mujeres (sin atender a que éstas eran blancas).

La Suprema Corte de Apelación aceptó este argumento y sostuvo que la decisión del primer tribunal abordó de manera inapropiada los hechos de la demanda. La Corte sostuvo “estamos de acuerdo en que la discriminación contra una mujer negra puede existir aún en ausencia de discriminación contra hombres negros y contra mujeres blancas”.¹⁴⁸

146. El Tribunal Supremo de Estados Unidos no tiene jurisprudencia que reconozca la existencia de casos de discriminación con base en más de una categoría protegida. Todas las decisiones de tribunales estadounidenses presentadas en este documento son de tribunales que no tienen capacidad para generar precedentes vinculantes a nivel federal.

147. Estados Unidos, Suprema Corte de Apelación de los Estados Unidos, Quinto Circuito, caso “*Jefferies vs. Asociación de Acción Comunitaria del Condado de Harris.*” *et al.*, N° 615 F.2d 1032-1025, MP Randall, 21 de abril de 1980. Disponible en: openjurist.org/615/f2d/1025/jefferies-v-harris-county-community-action-association.

148. Estados Unidos, Suprema Corte de Apelación de los Estados Unidos, Quinto Circuito, caso “*Jefferies vs. Asociación de Acción Comunitaria del Condado de Harris.*”. *Op. Cit.*, nota 147, párr. 23.

Esta decisión sentó un precedente fundamental a partir del cual otros tribunales en Estados Unidos comenzaron a reconocer la existencia de la discriminación múltiple, citando “la doctrina Jefferies”: “la discriminación contra mujeres negras puede existir incluso en ausencia de discriminación contra hombres negros o mujeres blancas”.

En *Lam vs. University of Hawaii*,¹⁴⁹ la demandante, una mujer asiática, presentó una demanda de discriminación en el empleo por raza y género. En el caso, una profesora universitaria de ascendencia vietnamita alegó que la Facultad de Derecho de la Universidad de Hawaii la había discriminado en razón de su raza, sexo y origen nacional, en las dos ocasiones en que ella había aplicado a una posición de Directora de un programa de estudios asiáticos. En la primera ocasión que ella aplicó al puesto, alcanzó la posición de finalista pero la Facultad no le ofreció el puesto al cancelar el proceso de selección sin contratar a nadie. En la segunda ocasión, la Facultad ofreció el puesto a otro de los candidatos, quien declinó la posición. Ante la negativa, la Facultad nuevamente canceló el proceso de selección sin atender a que ella había quedado como finalista. La corte reconoció la discriminación interseccional presente en el caso y sostuvo, “las mujeres asiáticas enfrentan una serie de estereotipos y prejuicios que no afectan ni a los hombres asiáticos ni a las otras mujeres (...). Como otros tribunales han reconocido, donde dos motivos de discriminación existen, ninguna puede ser claramente reducida a sus distintos componentes (...). Los intentos por diseccionar la identidad de una persona y la intersección de la raza y el género a menudo distorsiona o ignora la naturaleza particular de su experiencia”.¹⁵⁰

La Corte de Apelación de Estados Unidos del décimo circuito, en el caso *Hicks vs. Gates Rubber Company*,¹⁵¹ también en concordancia con la doctrina Jefferies, reconoce la existencia, en el caso, de discriminación interseccional por raza y sexo. La Señora Hicks demandó a la compañía para la cual trabajaba por acoso con base en el sexo y la raza. Además, alegó que la empresa la despidió como resultado de la reclamación interpuesta por ella ante la Comisión de Empleo. La corte de Apelación, consideró que las pruebas sobre acoso sexual y racial presentadas por la Sra. Hicks ante el Tribunal de Primera Instancia habían sido erróneamente valoradas. Apoyándose en el precedente establecido por *Jefferies*, la decisión establece que cuando se trata de una demanda sobre acoso por ambiente hostil en el trabajo, el tribunal debe analizar de forma combinada la evidencia sobre acoso sexual y racial.

149. Estados Unidos, Suprema Corte de Apelación de los Estados Unidos, Noveno Circuito, caso “Lam vs. Universidad de Hawaii”, N° 40 F.3d 1551, MP Reinhardt, 11 de octubre de 1994. Disponible en: openjurist.org/40/f3d/1551.

150. *Ibid.*, párr. 33.

151. Estados Unidos, Suprema Corte de Apelación de los Estados Unidos, Décimo Circuito, caso “Marguerite Hicks vs. la Compañía Gates Rubber”, N° 833 F.2d 1406, 25 de noviembre de 1987. Disponible en: openjurist.org/833/f2d/1406/hicks-v-gates-rubber-company.

En la decisión en *Graham vs. Bendix Corp.*,¹⁵² también sobre discriminación en el empleo contra una mujer negra, la Corte de Distrito del Distrito Norte de Indiana interpreta que “Bajo el Título VII, la demandante, una mujer negra, se encuentra protegida contra la discriminación combinada por sexo y raza, y el empleador que selecciona a una mujer negra para un trato menos favorable no puede evadir su responsabilidad demostrando que ofrece el mismo trato a las mujeres blancas y a los hombres negros”.¹⁵³

El Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos aún no se ha pronunciado de forma expresa sobre la discriminación múltiple. Pero sí ha citado el precedente *Jefferies* en casos de discriminación relevantes como *Olmstead, Commissioner, Georgia Department of Human Resources et al. vs. L. C.*,¹⁵⁴ un caso de discriminación contra personas con discapacidad mental.

Por su parte, los Tribunales de Derechos humanos canadienses también han reconocido la importancia de aplicar un enfoque interseccional y contextual a los casos de discriminación. La Comisión de Derechos Humanos de Ontario ha asumido este enfoque en el análisis de todos sus casos y en la revisión de las políticas públicas. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de Canadá utiliza este marco de análisis para todos sus casos de discriminación, con base en una jurisprudencia que ha desarrollado y fortalecido el enfoque contextual e interseccional. Los casos aquí señalados son sólo algunos ejemplos.

La importancia de considerar la manera en que diferentes motivos de discriminación interactúan fue señalada por primera vez por la Suprema Corte de Canadá en 1993. La opinión mayoritaria en el caso *Canadá (Attorney General) vs. Mossop*,¹⁵⁵ no consideró la interseccionalidad pero la jueza L'Heureux-Dubé, en su opinión minoritaria, sostuvo que, “[e]stá cada vez más aceptado que las categorías de discriminación pueden superponerse y que los individuos pueden sufrir exclusiones históricas sobre la base tanto del género como de la raza, la edad y la discapacidad física, o cualquier otra combinación.

152. Estados Unidos, Corte de Distrito, Distrito Norte de Indiana, División de South Bend, caso “*Graham, vs. la Corporación Bendix*”, N° 585 F.Supp. 1036 (1984), MP Allen Sharp, 20 de abril de 1984. Disponible en: in.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19840420_0000031.NIN.htm/qx.

153. Al exponer lo anterior la Corte cita el caso “*Jefferies vs. Asociación de Acción Comunitaria del Condado de Harris*” (Estados Unidos, Suprema Corte de Apelación de los Estados Unidos, Quinto Circuito, caso “*Jefferies vs. Asociación de Acción Comunitaria del Condado de Harris*”. *Op. Cit.*, nota 147) y más adelante continúa diciendo: “*El deber de no discriminar es debido a cada minoría empleada, y la discriminación hacia una de ellas no es excusada por la demostración de que el empleador no ha discriminado a todas ellas, o que existía una sobre la que él no ha cometido ningún abuso*”. Estados Unidos, Corte de Distrito, Distrito Norte de Indiana, División de South Bend, caso “*Graham, vs. la Corporación Bendix*”. *Op. Cit.*, nota 152, Apdo. III, párr. 5.

154. Estados Unidos, Corte Suprema de Apelación, décimo primer circuito, caso “*Olmstead, Comisionado, Cuerpo de Georgia de Recursos Humanos, et al. vs. L. C.*”, N° (98-536) 527 U.S. 581 (1999), 22 de junio de 1999. Disponible en: www.law.cornell.edu/supct/html/98-536.ZS.html.

155. Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso “*Canadá (Fiscal General) vs. Mossop*”, [1993] 1 S.C.R. 554, 23 de febrero de 1993. Disponible en: scc.lexum.org/en/1993/1993scr1-554/1993scr1-554.html.

La situación de los individuos que enfrentan múltiples motivos de desventaja es particularmente compleja. Categorizar esa discriminación como primordialmente orientada por razón de raza, o primordialmente orientada por razón de género, interpreta erróneamente la realidad de la discriminación tal y como la experimentan los individuos. La discriminación puede ser experimentada con base en varios motivos y cuando este es el caso, no resulta realmente significativo afirmar que es uno u otro. Puede ser más realista reconocer que ambas formas de discriminación pueden estar presentes e intersectarse.¹⁵⁶ En el caso, al demandante se le había negado permiso laboral para asistir al funeral del padre de su pareja del mismo sexo. La opinión mayoritaria del Supremo se negó a considerar la cuestión como discriminación múltiple con base en la orientación sexual y el estatus familiar y falló sólo con base en el primer motivo.

En el caso *Egan vs. Canadá*,¹⁵⁷ la jueza L'Heureux-Dubé realiza nuevamente una declaración en la misma línea afirmando “[n]unca podremos abordar el problema de la discriminación completamente, o explorarlo en todas sus formas, si continuamos enfocándonos en categorías abstractas y generalizaciones en vez de en sus efectos específicos. Al fijarnos sólo en los motivos de la distinción y no en el impacto de la distinción (...) nos arriesgamos a asumir un análisis distanciado e insensible de la gente real y sus verdaderas experiencias (...). Muy a menudo, las desventajas surgen de la manera en que la sociedad trata a grupos particulares de individuos, más que de cualquier característica inherente a esos individuos (...).”¹⁵⁸ Más adelante, también señala que, “[n]adie discutiría que dos proyectiles, disparados a la misma velocidad, pueden dejar heridas en dos tipos diferentes de superficie. Similarmente, los grupos que son más vulnerables socialmente experimentarán los efectos adversos de una distinción normativa de manera más vívida que si la misma distinción estuviera dirigida contra un grupo que no comparte la misma vulnerabilidad social”.¹⁵⁹

En el caso *Baylis-Flannery vs. DeWilde*,¹⁶⁰ el Tribunal de Derechos Humanos de Ontario señaló que “un análisis interseccional de la discriminación es un ejercicio derivado de los hechos que evalúa la (...) relevancia e impacto de la (...) de la discriminación compuesta (...). Mientras que las pruebas de discriminación encontradas en este caso son de suficiente gravedad como para que Ms. Baylis-Flannery pudiera tener éxito alegando discriminación por razón de sexo o por razón de raza o por ambas razones

156. *Ibid.*

157. Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso “*Egan vs. Canadá*”, N° [1995] 2 S.C.R. 513, 25 de mayo de 1995. Disponible en: www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1995/1995canlii98/1995canlii98.pdf.

158. *Ibid.*, párr. 551.

159. *Ibid.*, párr. 552.

160. Canadá, Tribunal de Derechos Humanos de Ontario, caso “*Baylis-Flannery vs. DeWilde*”, N° 2003 HRTO 28, 16 de diciembre de 2003. Disponible en: www.canlii.org/en/on/onhrt/doc/2003/2003hrto28/2003hrto28.html.

presentadas de forma consecutiva, el derecho debe reconocer que ella no es una mujer que da la casualidad de que es negra, o una persona negra que da la casualidad de que es mujer, sino que es una mujer negra”.¹⁶¹ En este caso, el Tribunal conoció de una demanda por acoso sexual en el empleo contra una mujer negra. El Tribunal de Ontario encontró que el acusado (el empleador) discriminó a la demandante en razón de su raza y sexo al acosarla sexual y racialmente, y al despedirla porque ella rechazó sus avances sexuales. Esta decisión representa la primera en la que este tribunal explícitamente reconoce y aplica el concepto de interseccionalidad, tanto respecto de la responsabilidad individual como de la reparación. El Tribunal encontró que la interseccionalidad de la discriminación, con base en la raza y el género, aumentó la angustia mental de la demandante. Asimismo, concluyó que el acusado acosó a la querellante debido a que ella era una joven mujer negra sobre la que él podía ejercer poder económico y control. Además, se encontró que el empleador repetidamente la denigraba con sus suposiciones racistas acerca de la promiscuidad sexual de las mujeres negras.

La Corte reconoció también que caracterizar un caso de discriminación por sexo y raza sólo como un asunto de acoso sexual que involucra a una persona negra, niega la importancia de la discriminación racial que sufrió como mujer negra. En términos de impacto sobre la víctima, “el todo es más que la suma de las partes: el impacto de estos graves actos discriminatorios sobre su persona es serio”.¹⁶²

En el caso *Olarte vs. DeFilippis y Commodore Business Machines Ltd.*,¹⁶³ también sobre acoso sexual por parte del empleador, el tribunal encontró que el acoso se vio exacerbado por el origen étnico, el idioma, y el lugar de origen y estatus migratorio de las empleadas. El caso trataba del acoso, por parte del jefe, a un grupo de trabajadoras inmigrantes dentro de una fábrica. El Tribunal señaló que: “[e]stá claro que el Sr. DeFilippis trató de intimidar y manipular a las mujeres trabajadoras que él deseaba sexualmente. Él tenía conocimiento de que se encontraba en una posición que le permitía contratar a mujeres trabajadoras inmigrantes muy dependientes (que necesitaban enormemente de un trabajo, no hablaban inglés y tenían dificultades para expresarse, y quienes quizás daban la impresión, debido a sus antecedentes culturales, de ser más sumisas a la autoridad masculina), de las que él podía sacar ventajas sexuales.”¹⁶⁴

161. *Ibid.*, párrs. 143, 145.

162. Ontario Human Rights Commission (2001, 9 de abril), *An intersectional approach to discrimination. Addressing multiple grounds in human rights claims. Discussion paper. Op. Cit.*, nota 120.

163. Comisión de Derechos Humanos de Ontario, caso “*Olarte vs. DeFilippis y Commodore Business Machines Ltd.*” (1983), 4 C.H.R.R. D/1705.

164. Citado en Ontario Human Rights Commission (2001, 9 de abril), *An intersectional approach to discrimination. Addressing multiple grounds in human rights claims. Discussion paper. Op. Cit.*, nota 120, p. 9.

En *Law vs. Canadá*,¹⁶⁵ la Suprema Corte de Justicia de Canadá conoce de la demanda por discriminación interpuesta por una viuda de 30 años de edad, sin ninguna discapacidad y sin hijos dependientes, contra el Plan de Pensiones Canadiense. Conforme a la legislación, sólo tienen el beneficio de la pensión los mayores de 35 años, o con una discapacidad o con hijos dependientes. La demandante alegó que esto constituía una discriminación con base en la edad. Aunque la decisión no fue favorable a la demandante pues no se encontró la existencia de discriminación, el análisis efectuado por la Suprema Corte de Canadá estableció un precedente fundamental en el derecho canadiense conocido como “el examen de la ley” (*the Law test*). El examen determina si una ley o regulación produce un efecto discriminatorio sobre determinado grupo. Para esto, se incluye el examen respecto a si la persona o grupo se ve afectado de forma adversa en más de una categoría, una vez ubicada la persona en el contexto en el que ocurrieron los hechos. En el caso, las categorías analizadas fueron el género y la edad.

Con base en este enfoque, la Suprema Corte de Justicia de Canadá desarrolló una categoría protegida no enlistada en la legislación sobre discriminación, conocida como “aborigen-no residente” en el caso *Corbiere vs. Canadá*.¹⁶⁶ Este caso versa sobre la discriminación contra los miembros de comunidades indígenas que residen fuera de las reservas, a quienes no se les permite votar en las elecciones comunitarias. La corte determinó que la diferencia de trato surge de la condición de aborigen y de la condición de residencia. La sentencia señala cómo esta práctica tiene un efecto aún más adverso en el caso de las mujeres: “las mujeres aborígenes, de las que se puede decir se encuentran doblemente en desventaja sobre la base de su sexo y raza, se encuentran entre aquellos particularmente afectados por la legislación relativa a los miembros fuera de la reserva”¹⁶⁷ debido a su historia y circunstancias en la sociedad canadiense y aborigen.

Un caso emblemático de la jurisprudencia canadiense sobre discriminación es el caso *Quebec vs. Boisbriand*.¹⁶⁸ En esta ocasión, la Corte Suprema de Canadá conoció conjuntamente tres demandas por discriminación por motivos de discapacidad física.¹⁶⁹ Los

165. Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso “*Law vs. Canadá* (Ministro de Trabajo e Inmigración)”, N° [1999] 1 S.C.R. 497, 25 de marzo de 1999. Disponible en: scc.lexum.org/en/1999/1999scr1-497/1999scr1-497.html.

166. Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso “*Corbiere vs. Canadá* (Ministro de asuntos indios y del Norte)”, N° (1992) 2 S.C.R. 203, 20 de mayo de 1999. Disponible en: www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1999/1999canlii687/1999canlii687.pdf.

167. *Ibid.*, p. 9.

168. Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso “*Quebec* (Comisión de Derechos de la persona y de los derechos de la juventud) vs. Boisbriand (Ciudad)”, “*Quebec* (Comisión de Derechos de la persona y de los derechos de la juventud) v. Montreal (Ciudad)”, MP L’Hereux-Dubé, N° [2000] S.C.C. 27, [2000] 1 S.C.R. 665, 3 de mayo de 2000. Disponible en: onlinedb.lancasterhouse.com/images/Decisions/2000/May/SCC-Quebec_v_Montreal___Boisbriand.pdf.

169. Para un análisis más completo de la jurisprudencia canadiense sobre casos de discriminación múltiple basada en la raza o la pertenencia étnica y la discapacidad, consultar: Matanga, Z. (2005, 29 de octubre). *Disability and Race in the context of section 15: Jurisprudence*. Winnipeg, Manitoba, Canadá: African Canadian Disability Community Association Inc (ACDCA). Disponible en: action.web.ca/home/narcc/attach/Disability%20and%20Race.pdf. Para un análisis sobre la jurisprudencia en casos de discriminación basada en la discapacidad por parte del Tribunal Supremo de Estados Unidos, consultar: Silvers, A. & Stein, M. A. (2001), *Disability, Equal Protection, and the Supreme Court: Standing at the Crossroads of Progressive and Retrogressive Logic in Constitutional Classification*. Faculty Publications. Paper 703. Williamsburg, Virginia, EE.UU: William & Mary Law School Scholarship Repository. Disponible en: scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=facpubs.

tres demandantes en el caso tenían anomalías físicas que no implicaban limitación funcional alguna para realizar los empleos en cuestión. A pesar de esto, a los tres les fue negado el empleo. De acuerdo con la sentencia, los tribunales de primera instancia no fueron capaces de evaluar la discriminación presente en el caso desde un enfoque correcto, subjetivo y contextual, y se concentraron en analizar las pruebas médicas y objetivas sobre la condición física de los demandantes.

La Corte sostiene en su decisión que “la discriminación en este contexto significa prácticas y actitudes que, sea por su diseño o su impacto, tienen el efecto de limitar los derechos individuales o de grupos, a las oportunidades generalmente disponibles, debido a características atribuidas y no reales. Lo que impide el completo desarrollo del potencial del individuo no es su capacidad, sino más bien las barreras que artificialmente inhiben su crecimiento”.¹⁷⁰ Más adelante, la decisión continúa “los objetivos de la Carta [canadiense de derechos humanos] (...) no pueden ser alcanzados a menos que reconozcamos que los actos discriminatorios se basan tanto en la percepción, mitos y, estereotipos, como en la existencia de limitaciones funcionales reales (...) las limitaciones funcionales frecuentemente existen sólo en la mente de la gente, en este caso, la del empleador”.¹⁷¹

La decisión aplica un decidido enfoque contextual de la discriminación y sostiene que la “discapacidad” puede ser el resultado de limitaciones físicas, de una enfermedad, de la construcción social, de la limitación percibida o de la combinación de cualquiera de esos factores: “de hecho, es el efecto combinado de todas estas circunstancias lo que determina si el individuo tiene una ‘discapacidad’ (...)”.¹⁷² Es por esta razón que la corte insiste en que los tribunales consideren no sólo la condición biomédica del individuo, sino también las circunstancias en las que la distinción se efectúa y concluye: “el objetivo del análisis multidimensional descrito y aplicado [en la sentencia] no es sólo eliminar la discriminación contra personas discapacitadas; el objetivo es, también, poner fin al fenómeno social de discapacitar”.¹⁷³

En cuanto a la Corte Constitucional colombiana, en su decisión Auto N° 092, aplica un enfoque interseccional y contextual para evaluar la situación de las mujeres y las niñas desplazadas como consecuencia del conflicto armado interno en Colombia. En

170. Abella, R. S. (1984), Report of the Commission on Equality in Employment, Ottawa, Canadá: Government of Canadá. Como se cita en: Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso “Quebec (Comisión de Derechos de la persona y de los derechos de la juventud) vs. Boisbriand (Ciudad)”, “Quebec (Comisión de Derechos de la persona y de los derechos de la juventud) vs. Montreal (Ciudad)”, MP L’Hereux-Dubé, N° [2000] S.C.C. 27, [2000] 1 S.C.R. 665, párr. 37.

171. Canadá, Corte Suprema de Canadá, caso “Quebec (Comisión de Derechos de la persona y de los derechos de la juventud) vs. Boisbriand (Ciudad)”, *Op. Cit.*, nota 168, párr. 39.

172. *Ibid.*, párr. 79.

173. *Ibid.*, párr. 80.

la sentencia T- 025 de 2004,¹⁷⁴ el tribunal constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional¹⁷⁵ respecto del desplazamiento forzado en Colombia. Esta declaración se presenta cuando la Corte constata que existe una vulneración constante y repetida de derechos fundamentales a una multitud de personas, cuya solución requiere la intervención de varias entidades del Estado, pues se trata de un problema estructural. De acuerdo con la normativa interna colombiana, una vez que se declara el estado de cosas inconstitucional, la Corte mantiene la competencia para verificar las actuaciones del Estado para superarlo. Por este motivo, la Corte realizó audiencias temáticas respecto al tema del desplazamiento forzado y una de ellas fue dedicada al tema de las mujeres y niñas que se encuentran en esa situación. El Auto 092/08 recoge las conclusiones de la Corte.¹⁷⁶

La decisión examina cómo el género, la edad, la condición física, las cargas familiares, entre otros factores, unidos al contexto del desplazamiento, impactan en la situación de las mujeres y las niñas. Así, la Corte constata que la situación de las mujeres, jóvenes, niñas y adultas mayores desplazadas por el conflicto armado en Colombia constituye una de las manifestaciones más críticas del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004. Esto las convierte en sujetos de protección constitucional múltiple y reforzada, pues sus derechos están siendo vulnerados en forma sistemática, extendida y masiva a lo largo de todo el territorio colombiano. Asimismo, el susten-

174. Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Tercera de Revisión), sentencia T-025/04, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm.

175. La Corte Constitucional colombiana ha establecido mediante esta jurisprudencia que el estado de cosas inconstitucional es un conjunto de hechos, acciones u omisiones que dan como resultado una violación masiva de derechos fundamentales. Estos hechos pueden emanar de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales o de un problema estructural que no solo compromete a una autoridad en particular sino que incluye consigo la organización y el funcionamiento del Estado, y que por tanto puede calificarse como una política pública de donde nace la violación generalizada de los derechos fundamentales. El estado de cosas inconstitucional es una excepción jurisprudencial y una declaratoria de inconstitucionalidad no de normas sino de hechos. Sobre este tema consultar: Vargas Hernández, C.I. (2003). La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "Estado de cosas inconstitucional". *Estudios Constitucionales*, año 1 (1), 203-228. Santiago, Chile: Centro de Estudios Constitucionales.

176. Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Segunda de Revisión), auto 092/08, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 14 de abril de 2008. Disponible en: www.nrc.org.co/biblioteca/auto-092.pdf. Los autos de seguimiento de las sentencias de tutela han sido una herramienta desarrollada por la Corte Constitucional con base en los artículos 3, 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991. En ese sentido, se dice que en general la responsabilidad de garantizar el cumplimiento del fallo está en cabeza del juez de primera instancia y sólo excepcionalmente la Corte Constitucional puede asumir esa responsabilidad. La jurisprudencia ha señalado que ese seguimiento sólo es procedente cuando se dan los siguientes presupuestos: "(i) Cuando se trata del incumplimiento de una sentencia emitida por la Corte Constitucional en virtud de la cual concede el amparo solicitado; (ii) Cuando el juez a quien le compete pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia no ha adoptado las medidas pertinentes, o cuando a pesar de haber ejercido su competencia la desobediencia persiste; (iii) Cuando la intervención de la Corte sea indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; (iv) Cuando resulte imperioso salvaguardar la supremacía e integridad del ordenamiento constitucional." (véase: Colombia, Corte Constitucional Colombiana (Sala Novena de Revisión), Auto 279/09 MP Jorge Iván Palacio Palacio. 24 de septiembre de 2009, III Consideraciones, 1.1. Disponible en: pop.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A279-09.htm.

to normativo de esta decisión está previsto en la Constitución Política y en las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos. Para el Tribunal:

“el enfoque diferencial estricto de prevención del desplazamiento forzado que el Estado colombiano está obligado a adoptar, también implica en términos específicos que las autoridades colombianas deben actuar resueltamente frente a una situación de violación de los derechos fundamentales tan grave como la de las mujeres desplazadas del país en tanto víctimas del conflicto armado. Ello, aunado a las obligaciones internacionales del Estado en materia de prevención de la violencia contra la mujer, implica que las autoridades colombianas están en la obligación constitucional e internacional, imperativa e inmediata, de identificar y valorar los riesgos específicos a los que están expuestas las mujeres en el marco del conflicto armado, por ser éstos causa directa del impacto desproporcionado que tiene sobre ellas el desplazamiento, para así poder actuar de la manera más enérgica posible para prevenirlos y proteger a sus víctimas.”¹⁷⁷

De forma concreta, la sentencia identifica 10 riesgos de género derivados del conflicto interno armado, entre los que destacan:¹⁷⁸ a) riesgo de sufrir abusos sexuales, violaciones o ser sometida a esclavitud sexual por diferentes actores militares; b) riesgo de esclavitud laboral; c) riesgo por el asesinato de su proveedor económico; d) riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos o hijas; e) riesgo de persecución y asesinato por grupos armados ilegales; f) riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres desplazadas; g) riesgos derivados del contacto o de las relaciones (voluntarias accidentales o presuntas) con algún miembro de los actores militares; h) riesgos derivados de su participación en organizaciones sociales o de derechos humanos; i) riesgo de ser despojadas de sus tierras o haciendas con mayor facilidad.

Igualmente, la Corte Constitucional identifica 18 facetas de género que afectan a las mujeres desplazadas, entre las que se encuentran:

- a** El desconocimiento y la vulneración de su derecho a la salud, especialmente de sus derechos sexuales y reproductivos.
- b** El desconocimiento frontal de sus derechos como víctimas del conflicto armado a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición.

177. Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Segunda de Revisión), auto 092/08. *Op.Cit.*, nota 176, I. Antecedentes y fundamentos constitucionales de la presente decisión, I.5.

178. Las medidas de reparación declaradas por la Corte para prevenir estos riesgos y para remediar las violaciones de derechos humanos constatadas serán examinadas en el capítulo VI sobre Reparaciones con perspectiva de género de este manual.

- c** Los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas.
- d** Obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo y en el acceso a oportunidades laborales.
- e** Patrones de violencia y discriminación de género estructural donde se cuentan, entre otras cosas, los riesgos acentuados de ser víctimas de violencia sexual, incluida la violación y el abuso sexual, la prostitución forzada, la esclavitud sexual, la trata de personas con fines de explotación sexual, y de violencia doméstica.

Este tipo de análisis también ha sido utilizado por la Corte Constitucional colombiana para conocer de las condiciones de las mujeres indígenas que por su triple condición, de mujeres, desplazadas e integrantes de una minoría étnica, han sufrido sistemáticamente la discriminación y violencia en el país. En el Auto N° 004/09,¹⁷⁹ la Corte denuncia que una de las manifestaciones más comunes de violencia contra las comunidades indígenas desplazadas se expresa en la violencia sexual y la discriminación contra mujeres y jóvenes indígenas como táctica bélica, principalmente por parte de los actores armados ilegales. Para la Corte:

“estos patrones materializan los riesgos especiales de género de la mujer indígena en el conflicto armado (...) De hecho, muchísimos casos de violencia sexual que fueron denunciados por la Corte ante las autoridades competentes tienen por víctimas mujeres, niñas y adolescentes indígenas en todo el país.”¹⁸⁰

Ante esta situación, la Corte declara en el Auto que el Estado colombiano estaba en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado y atender a la población indígena con el enfoque diferencial requerido para consolidar una respuesta integral ante la enorme vulnerabilidad de estas comunidades.

Diferentes tribunales en varios países, tomando en consideración el género y otras características de la víctima, han declarado que:¹⁸¹

179. Colombia, Corte Constitucional Colombiana (Sala Segunda de Revisión), Auto 004/09, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 26 de enero de 2009. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm.

180. *Ibid.*, pto. 2.2.10.

181. Este no es un listado exhaustivo, sino meramente ilustrativo de los diferentes casos que a nivel nacional se han decidido en materia de discriminación en razón al género.

- Es discriminatoria la práctica de expulsar de los centros de educación secundaria a las mujeres jóvenes cuando quedan embarazadas. La Corte determina que el derecho a la igualdad protege contra la discriminación por un factor como el "*madresolterismo*".¹⁸²
- Es discriminatoria la disposición del código civil que prohíbe a las mujeres divorciadas contraer matrimonio libremente, a diferencia del hombre divorciado. La norma se basa en una percepción negativa de la mujer que se ha divorciado, a quien se le constriñe la toma de decisiones sobre su vida futura, afectando el ejercicio de sus derechos y la realización de sus capacidades.¹⁸³
- En casos de violencia sexual contra mujeres con discapacidad mental, es necesario tomar en consideración la situación de especial de vulnerabilidad de la víctima. La condición de discapacidad mental puede impedir la posibilidad de consentir o no un acto sexual.¹⁸⁴

182. Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Segunda de Revisión), sentencia T-580-98, MP Dr. Antonio Barrera Carbonell, 14 de octubre de 1998. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-580-98.htm; Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Segunda de Revisión), sentencia T-516-98, MP Dr. Antonio Barrera Carbonell, 21 de septiembre de 1998. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/T-516-98.htm; Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Séptima de Revisión), sentencia T-667-97, MP Alejandro Martínez Caballero, 10 de diciembre de 1997. Disponible en: www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-667-97.HTM; Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Primera de Revisión), sentencia T-290/96, MP Dr. Jorge Arango Mejía, 28 de junio de 1996. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-290-96.htm; Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Tercera de Revisión), sentencia T-180/96, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, 30 de abril de 1996. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-180-96.htm; Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Primera de Revisión), sentencia T-145/96, MP Dr. Jorge Arango Mejía, 12 de abril de 1996; Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Séptima de Revisión), sentencia T-442/95, MP Alejandro Martínez Caballero, 3 de octubre de 1995. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-442-95.htm; Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia T-377/95, MP Dr. Fabio Morón Díaz, 24 de agosto de 1995. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-377-95.htm; Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Séptima de Revisión), sentencia T-211/95, MP Alejandro Martínez Caballero, 12 de mayo de 1995. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-211-95.htm; Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia T-577/93, MP José Gregorio Hernández Galindo, 10 de diciembre de 1993. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-577-93.htm; Colombia, Corte Constitucional colombiana (Sala Segunda de Revisión), sentencia T-420/92, MP Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, 17 de junio de 1992. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-420-92.htm.

183. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Expediente N° 794-2010, 1 de junio de 2010. Comentario de la sentencia disponible en: CIDH, (2011, 3 de noviembre). *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*. OEA/Ser.L/V/III.143 Doc. 60. Disponible en: www.politicaspUBLICAS.net/panel/images/stories/docs/2011-cidh-estandares-juridicos-igualdad-genero.pdf.

184. Venezuela, Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Juicio con Competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Expediente N° KP01-P-2007-002312, 29 de octubre de 2008. Comentario de la sentencia disponible en: CIDH, (2011, 3 de noviembre). *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*. Op. Cit. nota 183.

- En casos de violencia sexual contra niñas y adolescentes, es necesario considerar el género y la edad, lo que obliga a tener en cuenta los compromisos internacionales adquiridos como suscriptores de la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belém do Para", y la Convención de los Derechos del Niño, en la que específicamente se dispone que los Estados Partes adopten medidas de protección a las niñas y niños contra toda forma de perjuicio que éstos puedan sufrir, comprendidas desde la investigación, tramitación y observación ulterior de los casos.¹⁸⁵
- En los casos sobre el delito de trata de personas, es necesario tomar en consideración los instrumentos jurídicos más relevantes en materia de derechos humanos de las mujeres, especialmente, en materia de violencia contra las mujeres, y además de las normas internacionales que constituyen el marco en el que los diferentes países deben abordar el problema del tráfico de mujeres y niños entre fronteras,¹⁸⁶ para establecer remedios judiciales adecuados a las situaciones específicas de vulnerabilidad definidas por el contexto que estos grupos de personas.

185. Panamá, Recurso de casación en el fondo interpuesto por el licenciado C.E.C.G. contra la sentencia de segunda instancia N° 82 de 10 de septiembre de 2007, dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia dentro del proceso seguido a E.R.G., 5 de julio de 2010. Comentario de la sentencia disponible en: CIDH, (2011, 3 de noviembre). *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*. Op. Cit., nota 183.

186. Venezuela, Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Juicio con Competencia en materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Expediente N° VPO2-P-2007-0013108, 20 de enero de 2010. Comentario de la sentencia disponible en: CIDH, (2011, 3 de noviembre). *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*. Op. Cit., nota 183.

5. CONCLUSIÓN

Como puede verse en esta compilación, los organismos internacionales, las cortes internacionales y las cortes nacionales han entendido que la discriminación puede tener expresiones complejas y superpuestas. En este sentido, han establecido criterios que no aíslan cada uno de los factores prohibidos superpuestos para efectos de la prueba o las reparaciones, sino que reconocen que la discriminación resultante de esta concurrencia de factores es una nueva discriminación que exagera sus consecuencias en la persona o grupo que la experimenta.

Estos criterios, en tanto sensibles a las condiciones estructurales y contextuales de la discriminación, no exigen la recurrencia a un parámetro de comparación para aceptar la existencia de una distinción injusta, sino que admiten que esta pueda surgir en el ámbito de desventajas históricas y sistemáticas.