

MARCO TEÓRICO, PROYECTO “EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ASOCIADO AL GÉNERO, LA EDAD Y LA DISCAPACIDAD”.

Todos los tratados internacionales de protección de derechos humanos incorporan una cláusula que incluye la igualdad y no discriminación no solo como un derecho autónomo, sino como un principio, es decir, como un elemento orientador de la protección de todos los derechos (Shelton, 2008).

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 1 señala el compromiso que adquieren los Estados de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y [de] garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (subrayado propio).

Según la interpretación reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), esto significa que los Estados no solo deben proteger de manera autónoma el derecho a la igualdad de las personas, sino que todos los derechos humanos deben garantizarse sin ningún tipo de discriminación (OC-18/03, Caso Veliz Franco, p. 204; Caso Duque, p. 93; Caso Flor Freire, p. 111; Caso I.V., p. 239). De allí que erradicar cualquier forma de discriminación no solo contribuye a garantizar la igualdad sino a restablecer las condiciones para que todos los derechos humanos sean satisfechos (Comité de Derechos Humanos, 1989. párrafo 1).

El alcance de este principio es de tal magnitud que ha sido declarado como parte del *ius cogens*, es decir, no puede ser desconocido bajo ninguna circunstancia, ni siquiera en estados de excepción, por ser inherente a la naturaleza y dignidad humana: “Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico” (Corte

IDH, Caso Duque, p. 91; Caso Flor Freire, p. 109; Caso IV, p. 238). Además, su dimensión es tal que no solo ilumina toda la actuación estatal sino que genera efectos inclusive con respecto a particulares (Corte IDH, OC-18/03).

Para el caso del Sistema Interamericano, existe adicionalmente la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, que establece la siguiente definición de discriminación, la cual ha sido desarrollada de forma similar por la Corte IDH (Caso Atala, p. 81; Caso Duque, p. 90):

Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Este concepto de discriminación incorpora tres elementos, todos los cuales deben coexistir para que se configure la afectación al principio, puesto que no todo acto de distinción es arbitrario, con lo cual no toda distinción es discriminatoria (Corte IDH, OC-4/84, párrafo 56; Comité DESC, 2009, párrafo 13). Los elementos son: 1. Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia; 2. Basada en algún motivo prohibido; 3. Cuyo objetivo (intencionalidad) o efecto (resultado), sea el de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio de algún derecho.

En este sentido, el principio de igualdad y no discriminación comporta dos dimensiones: la formal (respecto de leyes que no discriminen y procuren cerrar las brechas de la desigualdad) y la material (referida al respeto, protección y garantía efectiva de todos los derechos sin ningún tipo de discriminación de facto). A su vez, implica por lo menos tres deberes: el de abstención de realizar acciones que creen de jure o de facto situaciones de discriminación; el de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias y; el de protección frente a actos y prácticas de terceros que mantengan las situaciones discriminatorias ‘bajo su tolerancia o aquiescencia’ (Corte IDH, Caso Duque, p. 92; Caso Flor Freire, p. 110; Caso IV., p. 238. Caso Karen Atala, p. 80. Caso Jessica Lenahan, p. 109).

Esta definición es amplia y recoge la discriminación no solo intencionada (la que tiene por objeto discriminar), sino la denominada discriminación indirecta (cuyo resultado es anular o menoscabar derechos aún cuando no haya la voluntad o consciencia de hacerlo), de tal forma que normas o actuaciones que parecen neutras pueden violar este principio por las repercusiones negativas y los impactos desproporcionados que provocan en ciertas poblaciones (Corte IDH, Caso Fecundación in vitro, p. 286, 287; Comité DESC, 2009, parágrafo 10.b).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha avanzado en la identificación de los ‘motivos prohibidos’, siendo la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia la que establece de forma detallada un número importante de motivos, sin que sea una lista cerrada. Sobre este punto, es importante resaltar que la argumentación de discriminación por alguno de esos motivos tiene un carácter contextual y relacional, es decir, el que una persona sea discriminada por un motivo de los enunciados dependerá del contexto en el que se desarrolle el acto (puesto que no en todos los contextos tiene relevancia el motivo) y su observancia se verá en relación con el grupo que no es discriminado (puesto que para comprender la arbitrariedad de la decisión o trato deberá compararse qué habría pasado si la persona no estuviera inmersa en el motivo alegado, es decir, si no fuera parte del grupo poblacional discriminado).

Para efectos de este documento es de especial importancia tener en cuenta que el requisito de los motivos es amplio y puede contemplar situaciones y personas que contextualmente sean discriminadas inclusive perteneciendo a grupos privilegiados, como podría ocurrir con un extranjero europeo discriminado en Colombia en ciertos contextos, basándose en el motivo de su nacionalidad, idioma y origen social, o un hombre discriminado por su sexo, sin embargo, ello no significa que ambos no se encuentren en una condición de privilegio por estos motivos en relación con el contexto sociocultural colombiano o en relación con las mujeres. Más allá de estas situaciones que serían probablemente puntuales, el espíritu de la citada Convención y del principio de igualdad y no discriminación apunta a reconocer que hay ciertos grupos poblacionales que por su sola pertenencia a los mismos pueden ser objeto de discriminación y, de hecho, son desproporcionadamente afectados por actos de discriminación por encontrarse en un contexto sociocultural que, basándose en estereotipos, prejuicios y estigmas, los considera inferiores. De allí que la Corte IDH haya señalado que es incompatible con la noción de igualdad ‘toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad’ (Corte IDH, OC-4/84, parágrafo 55).

Recientemente, en el caso IV contra Bolivia, la Corte Interamericana interpretó que la protección del artículo 1.1 de la CADH establece unos criterios diferenciadores (o motivos prohibidos), que ‘aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales’ (Corte IDH, Caso IV, p. 240). En el mismo sentido ya se había pronunciado la Corte Constitucional colombiana al agrupar en estas mismas categorías los criterios diferenciadores (C-371/2000; C-481 de 1998).

La hipótesis que queremos sostener, es que los enfoques diferenciales hacen alusión al primero de estos criterios, es decir, a la protección particular de aquellas personas que pertenecen a grupos poblacionales identificados por rasgos de los cuales no pueden prescindir so pena de perder su identidad y que, al identificarse como tales, se encuentran en una situación de subordinación en el marco de relaciones sociales que los consideran inferiores. Si bien es cierto cualquier persona puede ser víctima de discriminación, existe una mayor probabilidad de ser discriminada si la persona hace parte de uno de estos grupos sociales considerados inferiores – justamente por la existencia de esta jerarquía social – y, por esta razón, el tipo de actuación que se demanda del Estado es distinta y tiene un carácter reforzado al estar ligada a contextos de histórica discriminación.