

Segunda parte

Género y derechos humanos

El principio de igualdad y no discriminación y los enfoques diferenciales como herramienta¹

LILIANA ROCÍO CHAPARRO MORENO²

Introducción

Desde hace un poco más de una década en Colombia es frecuente el uso de la categoría *enfoques diferenciales* tanto en políticas públicas como en el trabajo diario de organizaciones sociales e instituciones estatales, sin que su contenido, alcance y forma de materialización sean claros y uniformes, lo cual, más que contribuir al avance en la protección de derechos de grupos históricamente discriminados, en ocasiones lleva a un uso meramente retórico que no aporta al objetivo para el cual fueron creados.

Este documento pretende ofrecer unos mínimos conceptuales que permitan iniciar un diálogo abierto sobre lo que son y no son los enfoques diferenciales, sus posibilidades y sus limitaciones, en consonancia

1 Artículo resultado producto de investigación del proyecto denominado *Procesos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en el contexto nacional e internacional*. Adscrito al Grupo de Investigación Sociohumanístico Categoría A en Colciencias de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

2 Abogada de la Universidad Nacional de Colombia y docente de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Documento elaborado en septiembre de 2017. Correo electrónico: lilianachaparro@usantotomas.edu.co

con los avances del principio de igualdad y no discriminación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

Para ello, el texto se divide en tres partes: 1) el sustento del principio de igualdad y no discriminación, 2) el concepto de *enfoques diferenciales* y 3) los elementos de aproximación a una herramienta.

Principio de igualdad y no discriminación

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 CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos), 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. (Énfasis añadido)

Según la interpretación reiterada de la Corte IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), 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 IV, 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, parágrafo 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 permea 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 incluso 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, y 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 iure* 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 aun 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*, pp. 286 y 287; Comité DESC, 2009, parágrafo 10.b).

El derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado en la identificación de los “motivos prohibidos”, y es 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 incluso 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: 1) rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad; 2) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y 3) 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 de 2000; C-481 de 1998).

La hipótesis que quiero sostener en este documento 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 que 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.

Concepto de enfoques diferenciales

La protección internacional del principio de igualdad y no discriminación tiene su correlato en el artículo 13 de la Constitución nacional, el cual exige tanto de manera formal como material la protección del derecho a la igualdad. Dicho esto, no solo es legítima sino una obligación derivada de las normas nacionales e internacionales la adopción de mecanismos que garanticen que tanto *de iure* como *de facto* todas las personas sean protegidas a fin de evitar cualquier acto que resulte discriminatorio.

En este contexto, el uso de la noción de *enfoques diferenciales* ha sido específicamente desarrollado en Colombia en el marco de la defensa y protección de los derechos de la población víctima del conflicto armado y, con el tiempo, se ha extendido a la mayoría de políticas públicas.

Su génesis se encuentra en dos principales fuentes: por un lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-025 de 2004, que si bien no usa exactamente esta expresión, sí reconoce que ciertas poblaciones requieren de “ayuda” y “atención diferencial”, lo cual dio lugar a diversos autos de seguimiento que se concentraron en el reconocimiento de las diferencias que debían obtener una respuesta distinta por parte del Estado. Por otro lado, el Acnur en sus informes impulsó el uso de esta categoría, y la entiende de la siguiente manera:

Según Donny Meertens, el enfoque diferencial es “un método de análisis que toma en cuenta las diversidades e inequidades en

nuestra realidad con el propósito de brindar una adecuada atención y protección de los derechos [...]. Parte de los principios básicos del libre ejercicio de los derechos, de la equidad y del reconocimiento de las diferencias entre los grupos poblacionales. Emplea un análisis de la realidad que pretende (en particular) hacer visibles las diferentes formas de discriminación contra aquellas poblaciones consideradas diferentes. (Acnur, 2007, pp. 243 y 244)

El uso de esta expresión fue ampliándose a la sociedad civil organizada y a las políticas públicas, y ello generó una variedad de conceptualizaciones. A manera de ejemplo, la Ley 1448 de 2011 lo define así:

El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque. (art. 13)

El Subcomité Técnico de Enfoque Diferencial del Snariv [Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas] lo define como:

Un principio rector de la política pública para la prevención, atención, asistencia y reparación integral a las víctimas desde su dimensión individual y colectiva, que permite focalizar nuestra mirada y reconocer que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y discapacidad; [...] y en razón de su pertenencia étnica. (2014)

El DPS (Departamento para la Prosperidad Social) lo entiende como “el instrumento jurídico idóneo para revertir o evitar los procesos y actos que generan las condiciones actuales o históricas de discriminación e impiden el goce efectivo de derechos” (2015).

Estos ejemplos de definición, si bien pueden ser parecidos, acentúan algunos aspectos (como las “características particulares” o las “condiciones actuales o históricas de discriminación”) y eliminan otros (como el método de análisis), por lo cual resulta útil proponer elementos que sean coincidentes y tiendan a materializar el principio de la igualdad.

Este documento propone que se entienda que los enfoques diferenciales son métodos o herramientas de análisis que permiten observar las diferencias y los modos en los que se han constituido condiciones de discriminación histórica en contra de determinados grupos, basándose en sus rasgos de carácter inmutable, los cuales causan violaciones particulares a sus derechos —ya sea directamente o por sus impactos—, y limitan la posibilidad de un desarrollo pleno de sus derechos humanos basados en el respeto al principio de igualdad y no discriminación³.

De allí que no toda diferencia entre grupos sociales pueda asociarse con los enfoques diferenciales. Tal y como ha venido evolucionando el uso del concepto, podemos afirmar que esta expresión se limita a aquellas diferencias que son inherentes a las personas e inmutables, siendo esto último “una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad” (CIDH, 2010, p. 94).

Básicamente esos rasgos inmutables pueden asociarse con las siguientes categorías: 1) la identidad de género, orientación sexual y diversidad corporal; 2) la raza y la etnia; 3) la edad, y 4) la discapacidad. Este listado no es exhaustivo y no niega el deber de los Estados de tener en consideración las situaciones de especial vulnerabilidad en que se encuentran ciertas personas. Así, otras variables que podrían generar exclusión o subordinación, como la pobreza, la victimización, la religión, la afiliación política, el liderazgo, entre otras, no se encuentran incluidas dentro de las categorías de enfoques diferenciales, básicamente porque no son rasgos inherentes a las personas, no son inmutables y no hacen presumir la discriminación, aun cuando pueden desempeñar un papel determinante en la violación de derechos. Por ello es preciso alertar sobre la importancia de hacer dialogar los enfoques diferenciales

3 En un sentido similar, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos entiende los enfoques diferenciales como “un método de análisis y una guía para la acción. En el primer caso, emplea una lectura de la realidad que pretende hacer visibles las formas de discriminación contra aquellos grupos o pobladores considerados diferentes por una mayoría o por un grupo hegemónico. En el segundo caso, toma en cuenta dicho análisis para brindar adecuada atención y protección de los derechos de la población” (OACNUDH, s. f.)

con estas otras condiciones que necesariamente afectan la vivencia de las personas y pueden aumentar los efectos de la discriminación.

Un ejemplo puede resultar de utilidad: tal como lo ha mencionado la Corte Constitucional colombiana, toda la población desplazada forzosamente se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, no obstante

En algunos casos se conjugan en las víctimas de desplazamiento condiciones adicionales —relativas a la salud, el sexo, la edad, la raza, etc.— que maximizan su estado de debilidad manifiesta, aun frente a otros desplazados. Esta población demanda un esfuerzo superior del aparato estatal encauzado a atender *con un enfoque diferencial* su urgente necesidad de vivienda. (Corte Constitucional, Sentencia T-661 de 2016; énfasis añadido)

Como puede verse, es posible y necesario distinguir entre dos categorías: personas en situación de debilidad manifiesta y personas inscritas en grupos protegidos a través de los enfoques diferenciales (que pueden estar también en situación de debilidad manifiesta). En el primer caso se trata de personas o grupos que requieren de una especial atención del Estado porque sus derechos se encuentran en riesgo, sin que esa vulneración se asocie necesariamente a una histórica discriminación o a la consideración social de su inferioridad y sin que su pertenencia al grupo obedezca a un rasgo inherente e inmutable. Tal es el caso de sindicalistas, personas que profesan una religión o afiliación política, personas en pobreza, etc. En el segundo caso, por el contrario, debe presumirse la discriminación por el motivo de pertenecer a ese grupo, dado que esa condición es inherente a la persona e inmutable, y hay una situación de histórica discriminación y consideración de inferioridad que exige del Estado no solo proteger los derechos para evitar que sean vulnerados, sino crear condiciones que tiendan a eliminar las causas estructurales que hacen que ese grupo haya sido históricamente discriminado.

En el primer grupo, el de identidad de género, orientación sexual y diversidad corporal, asociado a los rasgos de sexo y género, encontramos como históricamente discriminadas a las mujeres, personas con orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas y personas

intersexuales. Los hombres cisgénero y heterosexuales son quienes se encuentran en el lugar de privilegio por estos rasgos, y la discriminación se asocia al machismo y la homofobia, en el marco del sistema patriarcal.

En el segundo grupo, el de raza y etnia, encontramos que en Colombia han sido históricamente discriminados personas y colectivos afro, indígenas, palenqueros, rom y raizales. Escapan de la discriminación las personas mestizas para el contexto colombiano⁴, y la discriminación se asocia al racismo.

En el tercer grupo, referido a la edad, resultan como históricamente discriminados los niños, niñas, adolescentes y personas adultas mayores. Están en posición de privilegio las personas adultas, y la discriminación se asocia al adultocentrismo.

En el cuarto grupo, sobre la discapacidad, resultan históricamente discriminadas aquellas personas que tienen diversidades mentales, intelectuales, físicas y sensoriales. La posición de privilegio la ostentan quienes no poseen esas diversidades, y la discriminación se asocia al capacitismo.

Todos estos grupos han sido beneficiarios de tratados o declaraciones internacionales de derechos humanos específicos, de los cuales los más relevantes se presentan en la tabla 3⁵:

Como puede verse, estos cuatro grandes bloques de población han sido objeto de mecanismos internacionales de protección que, aunque en su mayoría no establecen derechos específicos, sí buscan la toma de medidas puntuales y transversales para lograr equilibrar condiciones de poder desiguales que merman su capacidad de ejercer plenamente la totalidad de sus derechos humanos. Aparte de estos grupos poblacionales, en el caso del Sistema Interamericano no existen otros tratados que protejan a grupos en específico, y en el caso del Sistema Universal solo se cuenta en adición con la Convención Internacional sobre

4 Esto es por supuesto objeto de amplios debates académicos y sociales que, aunque no se desconocen, no anulan la afirmación de la posición de discriminación.

5 Aunque claramente los tratados y las declaraciones tienen una naturaleza jurídica distinta, incluyo las declaraciones como manifestación de un sector importante de la comunidad jurídica internacional que apunta hacia la protección de ciertos grupos poblacionales.

la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990. Esto da cuenta de la relevancia que el derecho internacional de los derechos humanos ha dado a estas poblaciones y su interés particular por protegerlas de la discriminación.

Visto desde otro ángulo, solo se encuentran al margen de estos cuatro bloques de poblaciones protegidas los hombres cisgénero, heterosexuales, mestizos, adultos y sin discapacidades, es decir, la minoría de la población. Sobre todas las demás personas recae una presunción de discriminación, y deben activarse mecanismos de análisis de sus realidades a fin de identificar si esos rasgos inmutables tienen un rol en la eventual violación de sus derechos o sus impactos y, en todo caso, a fin de prevenir que sus derechos se vean amenazados como producto de dichos rasgos.

De allí que resulte absolutamente necesario que los enfoques diferenciales no se circunscriban a la experticia de ciertas personas conocedoras del tema, sino que se transversalicen para alcanzar la mayor cantidad de población posible. Por ello, apuntar hacia una herramienta de análisis puede resultar fructífero a fin de materializar el principio de igualdad y no discriminación, para lo cual a continuación se presentan algunos elementos.

Elementos de aproximación a una herramienta

Teniendo claro que los enfoques diferenciales constituyen una herramienta, este apartado pretende aportar algunos elementos básicos para el análisis tanto de situaciones abstractas para la formulación de políticas públicas como de situaciones concretas para dar respuesta a violaciones a los derechos humanos de personas o grupos en específico.

Debe aclararse que los enfoques diferenciales, como método para garantizar el principio de igualdad y no discriminación, deben activarse de dos maneras: 1) a través de políticas y programas específicos que sirvan como medidas afirmativas para cerrar las brechas de desigualdad entre los grupos históricamente discriminados, y 2) de manera transversal a todas las políticas públicas, a fin de que tengan en cuenta las particularidades de cada sector y eviten una neutralidad que podría constituir discriminación indirecta.

Tabla 3. Grupos beneficiarios de tratados o declaraciones internacionales de derechos humanos

Enfoque	Grupo protegido	Sistema Universal	Sistema Interamericano	Otros instrumentos de importancia ⁶
Identidad de género, orientación sexual y diversidad corporal	Mujeres	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), 1994	---
	Personas con orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas y personas intersexuales	Declaración sobre Identidad Sexual y Orientación de Género presentada a la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2008	Resoluciones de la Asamblea General de la OEA (8 resoluciones entre 2008 y 2016, disponibles en OEA (2015).	Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006
Raza y etnia	Personas y colectivos afro, indígenas, palenqueros, rom y raizales	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965	Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, 2013 Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989

6 Se incluye información en esta columna cuando en los sistemas Universal e Interamericano no hay tratados específicos o cuando hay tratados complementarios que complementan el *corpus iuris*.

Enfoque	Grupo protegido	Sistema Universal	Sistema Interamericano	Otros instrumentos de importancia
Edad	Niños, niñas y adolescentes	Convención sobre los Derechos del Niño, 1989	---	---
	Personas adultas mayores	---	Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 2015	---
Discapacidad	Personas con diversidad mental, intelectual, física y sensorial	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 1999	---

Fuente: elaboración propia.

Para cualquiera de estas formas de aplicación, al igual que para el análisis de situaciones concretas, deben tenerse en consideración como mínimo tres escenarios: 1) el contextual, 2) el de las violaciones a los derechos y 3) el de los impactos. Cada uno de ellos debe a su vez ser estudiado atendiendo a análisis diferentes y teniendo en cuenta que son situados espacio-temporalmente y relacionales, tal como se detalla a continuación:

Tabla 4. Escenarios por tener en cuenta

Carácter relacional	Contexto (antes)	Violaciones (durante)	Impactos (después)	Situación espacio-temporal
	Genérico	Directa	Desproporcionado	
	Situado	Indirecta	Residual	

Fuente: elaboración propia.

El carácter situado de los enfoques diferenciales hace referencia a su carácter histórico, contingente y cambiante, que si bien comparte elementos comunes en distintas sociedades (dada su particular construcción como sistema de dominación según sea el grupo de que se trate), se materializa de forma distinta en cada sociedad. Esto hace que el análisis deba ser situado tanto en términos espaciales como temporales, con lo cual no solo se requiere un conocimiento de la construcción sociocultural de las relaciones de poder entre el grupo privilegiado y el subordinado, sino de estas construcciones en el momento y lugar específicos que se analicen.

Por otro lado, el análisis de los enfoques diferenciales implica reconocer su carácter relacional. Dado que hablamos de relaciones de poder asimétricas, esta herramienta analítica exige que el estudio no solo se enfoque en la parte subordinada de la relación, sino en la relación misma, es decir, en comprender cómo se ha construido tanto el privilegio como la ausencia de este (en el marco de esa relación, puesto que puede darse ese privilegio en otras esferas). Esto significa que, por ejemplo, el enfoque de género esté incompleto si solo se analiza la situación de las mujeres y se ignora la de los hombres, no solo porque obviar la otra parte conlleva ignorar la relación de poder y subordinación, sino porque solo puede entenderse hasta qué punto un asunto o situación

está ligado al género si se compara lo que le ocurre a una mujer frente a lo que le ocurre a un hombre; o a un niño frente al adulto, etcétera.

Teniendo como telón de fondo estos dos elementos transversales, a continuación formulo una propuesta de herramienta que permita acercarse en una escala temporal al análisis de los enfoques diferenciales. Para ello, tomo como base una mirada contextual (antes), de las violaciones (durante) y de los impactos (después).

Análisis contextual

El análisis contextual apunta a evaluar de manera general y concreta, en función del enfoque que pretenda evaluarse, cuáles son los roles, estereotipos y expectativas sociales en relación con el grupo poblacional del que se trate, en el que se desarrolló la situación. Puede ser genérico, en el sentido del contexto en el que se presenta la situación que busca intervenir, o situado respecto de una persona concreta, a fin de evaluar su sincronía o la falta de esta con el contexto general.

A manera de ejemplo, si la intención es analizar desde los enfoques diferenciales un hecho de amenaza contra una mujer afrocolombiana líder de población desplazada, lo primero que debe hacerse es identificar cuáles son los estereotipos de género y raciales en el contexto en el que se desarrolla la amenaza. Esto significa que debe establecerse en el municipio o región donde la víctima efectuaba el liderazgo cómo son vistas las mujeres, qué se espera de ellas, qué tipo de actitudes y comportamientos se supone que deben realizar. Lo mismo debe hacerse en relación con el factor racial (si se determina como aspecto relevante para el caso). Además, deben contemplarse otras posibles variables, como la edad, la orientación sexual y la condición de discapacidad, en caso de existir. Una vez establecido el contexto genérico, procede el análisis en el contexto situado, es decir, si la persona cuyo caso estoy analizando responde o se ajusta a esos roles y comportamientos esperados, en relación con cada una de las variables. Esto permitirá definir quién era esa persona en su contexto particular. En el caso concreto de la mujer afrocolombiana podré contrastar si cumplía con sus roles de cuidado frente al hogar en función de la expectativa social; si por el hecho de ser afro no se esperaba que cumpliera

roles de liderazgo en la organización, por ejemplo. Si además era una persona joven, entonces podría estar contraviniendo los mandatos de disponibilidad sexual, etcétera.

Para poder hacer este ejercicio tanto genérico como situado, es necesario que quien realiza el análisis tenga conocimientos sobre estereotipos de los grupos poblacionales protegidos, entendiendo por estereotipos:

La visión o preconcepción generalizada de los atributos o características que los miembros de un grupo particular poseen, o de los roles que juegan o deben jugar... [Un] estereotipo presume que todos los miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares... [En consecuencia] se considera que una persona, simplemente por su pertenencia a dicho grupo, se ajusta a la visión generalizada o la preconcepción.

Esta comprensión sobre los estereotipos es tan relevante que la Corte IDH la ha utilizado como eje fundamental para determinar la existencia de la violencia de género (Corte IDH, caso Campo Algodonero, p. 401; Velásquez Paiz, pp. 180-183; caso I.V., p. 187).

Análisis sobre las violaciones

Tratándose de violaciones a los derechos humanos podemos afirmar que el paso anterior, el del contexto, sirve como telón de fondo para analizar el *antes* de la violación. Este punto, a diferencia de ese, examina el *durante*, es decir, la forma como las violaciones a los derechos humanos se establecieron y de qué manera la pertenencia a ese grupo poblacional afectó o incidió en su ejecución.

Para ello se pueden distinguir por lo menos dos posibilidades: 1) cuando la violación es directamente motivada por la discriminación en contra del grupo estudiado, y 2) cuando, aunque su motivo no es esa condición de pertenencia, el hecho sí se aprovecha de la misma. Por supuesto, siempre puede existir la posibilidad de que la pertenencia al grupo poblacional no tenga ninguna incidencia en el hecho.

Volviendo al ejemplo de la mujer afro lideresa, tendría que estudiarse si la forma como se ejecutó el acto tuvo relación con su condición de género o racial, entre otras. Es posible que la amenaza se dé en

términos desobligantes por su condición racial, que se le señale que su lugar es, por ejemplo, ejerciendo labores de servicio. O por su condición de género, y se le tilde de mala madre por salir al escenario público. En estos casos hablamos de una violencia directa. Igual ocurriría si, por ejemplo, la amenaza es de cometer actos de violación, o de atacar a sus hijas e hijos, puesto que el objeto del ataque es su sexualidad o sus personas a cargo, elementos típicamente relacionados con lo femenino.

Por otro lado, es posible que no encontremos elementos de violencia directa motivados por su condición de género o racial, pero sí que estos elementos faciliten la comisión del hecho, es decir, que el agresor cometa violencia oportunista. Tres ejemplos pueden servir para la comprensión: el despojo es mucho más fácil de cometer en contra de las mujeres por su relación históricamente precaria con la tierra (debido a la escasa titularidad de bienes a su nombre). En este caso, si bien el objetivo no es atacar a las mujeres por su condición de tales, sí hay un aprovechamiento de su condición que facilita la ejecución del hecho. En otro ejemplo podemos encontrar ejecuciones extrajudiciales en la modalidad de “falsos positivos” en contra de personas con discapacidad mental o intelectual. El hecho no se comete por ser discapacitados, pero sí pueden ser seleccionados como población objetivo por ser mucho más sencillo de cometer el ataque. Un tercer ejemplo lo plantea la Corte Constitucional (Sentencia C-438 de 2013):

El solo reconocimiento del enfoque diferencial, es decir, de la existencia de grupos particulares en un mayor grado de vulnerabilidad, implica afirmar que no todas las necesidades de las víctimas guardan una relación directa con el hecho victimizante, pues muchas de estas son previas al mismo y no fueron generadas por el hecho violento. Por el contrario, como lo establece la misma ley, en muchos casos estas necesidades “previas e indirectas” (como una discapacidad o la minoría de edad) facilitaron el ambiente propicio para que se configuraran los hechos que originaron la victimización. Así por ejemplo, la situación de indefensión en la que se encuentra una mujer con discapacidad en una zona geográfica en conflicto agrava su riesgo de ser víctima de violencia sexual por parte de grupos armados.

En este ejemplo que plantea la Corte podemos observar un hecho de violencia sexual que presenta una doble connotación: probablemente oportunista frente a la discapacidad (puesto que “facilita” la comisión del hecho) y directa frente al hecho de ser mujer (si entendemos la violación como un tipo de violencia paradigmática de género, tal y como la ha entendido la Corte IDH, caso Rosendo Cantú, p. 109).

Tanto en la violencia directa como en la oportunista encontramos elementos que se asocian al concepto de *discriminación* y, por tanto, los enfoques diferenciales deberían permitir desentrañar aspectos de verdad y justicia.

Para que ello sea posible, quien analice los hechos debe plantearse preguntas sobre el porqué, cómo, para qué, y establecer indicios de discriminación. Estos, a su vez, están estrechamente ligados con los estereotipos y roles esperados que se señalaron en el momento contextual.

La principal dificultad radica en la prueba, puesto que difícilmente se encontrarán hechos en los que sea evidente la motivación o el aprovechamiento de la condición. Por ello los indicios y el conocimiento profundo de estereotipos resultan fundamentales. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana al analizar el tipo penal del feminicidio:

La intención de dar muerte por motivos de género al descubrir patrones de desigualdad intrincados en la sociedad y tener el potencial de tomar tantas formas resulta extremadamente difícil de probar bajo esquemas tradicionales que replican las desigualdades de poder. Por lo tanto, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción. Lo anterior, se concreta, entre otros, en una flexibilización del acercamiento a la prueba en el feminicidio que permita que el contexto conduzca a evidenciar el móvil. Esto no implica que la valoración del hecho punible como tal abandone los presupuestos del derecho penal, el debido proceso o el principio de legalidad, pero sí que su apreciación tenga la posibilidad de reconocer las diferencias de poder que generan

una discriminación sistemática para las mujeres que desencadena una violencia exacerbada y cobra sus vidas en la impunidad. Lo contrario supondría que el feminicidio constituya un tipo penal simbólico desprovisto de eficacia, lo cual convertiría los bienes jurídicos que tutela en una protección de papel. (Corte Constitucional, Sentencia C-297 de 2016)

Análisis sobre los impactos

El tercer momento se refiere a los impactos, es decir, a los efectos de los hechos de violencia o de los contextos que se pretenden intervenir: al *después*.

Por tratarse de la elaboración de políticas públicas, un análisis de impactos desde enfoques diferenciales debería permitir establecer si leyes en apariencia neutras pueden afectar de manera particular a un grupo por su condición. Esta afectación puede ser directa o indirecta; la intencionalidad carece de importancia. Un ejemplo puede ilustrar: la elaboración de políticas sobre movilidad que no incorpora el componente de discapacidad puede resultar discriminatoria por no contener aspectos como rampas, lengua de señas para personas sordas, etcétera (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014).

En el análisis de situaciones concretas encontramos casos en los cuales los impactos pueden verse potenciados por su pertenencia a un determinado grupo (impacto desproporcionado). Este análisis es distinto al realizado en el momento de la violación, porque, aunque un hecho no haya estado motivado por la pertenencia al sector, sí puede afectar de manera distinta. Los ejemplos abundan en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los impactos del desplazamiento forzado.

Además del impacto desproporcionado, tenemos otro tipo de impacto que es indirecto, residual, en el que quien vive el efecto no es quien vive la violación, pero aun así su pertenencia a un grupo poblacional genera un efecto mayor. Un ejemplo lo encontramos cuando una persona se ve afectada por una mina antipersona: si ese hecho redundante en una discapacidad, es posible presumir que quien cuidará de ella sea una mujer en ejercicio de su rol de cuidadora. Ella ha tenido un impacto residual por encontrarse en el radio de acción de la

víctima (y puede ser también objeto de discriminación *por motivo de* dicha condición, aunque no la viva directamente).

Al igual que en los momentos anteriores, para poder hacer este análisis de impactos es necesario tener conocimientos sobre estereotipos y roles esperados de los grupos poblacionales objeto de protección, lo cual puede hacer presumir efectos particulares.

Como puede observarse, los enfoques diferenciales son un método, pues implican un análisis de realidades asociadas a la discriminación histórica materializada en distintos momentos, todos ellos ligados a estereotipos. De allí que sea absolutamente necesario conocer de estereotipos para comprender las distintas formas en que se presenta la discriminación y así poder superarla.

Es imperativo reivindicar el carácter de método de los enfoques diferenciales, a fin de revertir la tendencia a utilizar de manera retórica esta herramienta y hacer de ella un mecanismo que posibilite transformar la discriminación y no reforzarla aún más con argumentos basados en estereotipos.

Finalmente, para que esta herramienta no tienda a sectorizar el análisis, es necesario incorporar una mirada interseccional que permita comprender la variedad de elementos identitarios que pueden incidir en la discriminación y que no se reduzca a la mera suma de los mismos. Tal como lo señala la Corte IDH, en ciertos casos múltiples factores pueden derivar “en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente” (Corte IDH, caso González Lluy, p. 290; caso I.V., pp. 318 y 321). Identificar la naturaleza particular y situada de la discriminación y de sus efectos es un propósito del uso de los enfoques diferenciales.

Conclusiones

La elaboración teórica de los enfoques diferenciales constituye una oportunidad para revertir las causas y los efectos de la histórica discriminación que recae en contra de ciertos grupos debido a los rasgos inherentes e inmutables que los determinan. En este sentido, delinear los límites de los enfoques diferenciales y potenciar su carácter

de herramienta puede servir de canal para materializar el principio de igualdad y no discriminación, de tal forma que constituya una guía programática para las políticas públicas y un mecanismo en el análisis de situaciones concretas que facilite el respeto y protección de los derechos de aquellas personas y grupos que han sido históricamente discriminados y socialmente subordinados.

La herramienta propuesta apunta a utilizar como telón de fondo los estereotipos contruidos en torno a estos grupos poblacionales, de tal forma que permitan develar situaciones —reales o presuntas— en las que las características que los definen puedan conllevar situaciones de discriminación y violencia, con lo cual se requiere un análisis contextual de las violaciones y de sus impactos. Esto permitirá construir políticas públicas basadas en la idea de la prevención de la discriminación y estudiar situaciones concretas de violaciones a los derechos humanos que acerquen la verdad y la justicia a las específicas condiciones de las víctimas.

Referencias

- Agencia de la ONU para los Refugiados (Acnur). (2007). *Balance de la política pública para la atención integral al desplazamiento forzado en Colombia. Enero 2004-Abril 2007*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (17 de septiembre de 2010) Caso 12 504 de Karen Atala vs. Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (21 de julio de 2011) Caso 12 626 de Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros vs. Estados Unidos. Informe de Fondo n.º 80/11.
- Cook, R. J. y Cusack, S. (2010). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/j.ctt3fhmhd>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (16 de noviembre de 2009). Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 agosto de 2010). Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2012). Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2012). Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de mayo de 2014). Caso Veliz Franco y Otros vs. Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1 de septiembre de 2015). Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de noviembre de 2015). Caso Velásquez Paiz y Otros vs. Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de febrero de 2016). Caso Duque vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2016). Caso Flor Freire vs. Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (30 de noviembre de 2016). Caso IV vs. Bolivia.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia C-481. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional (2000). Sentencia C-371. [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional (2004). Sentencia T-025. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional (2013). Sentencia C-438. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional (2016). Sentencia C-297. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T-661. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Departamento para la Prosperidad Social, Grupo de Enfoque Diferencial (2015). Descripción Enfoque Diferencial. Recuperado de <http://www.prosperidadsocial.gov.co/ent/gen/prg/Documents/Descripción%20Enfoque%20Diferencial.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh, s. f.). ¿Qué es el enfoque diferencial? Recuperado de <http://www.hchr.org.co/index.php/76-boletin/recursos/2470-ique-es-el-enfoque-diferencial>
- Organización de las Naciones Unidas (1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Organización de las Naciones Unidas (1979). Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

- Organización de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Organización de las Naciones Unidas (1990). Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Organización de las Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Organización de las Naciones Unidas (2008). Declaración sobre Identidad Sexual y Orientación de Género presentada a la Asamblea General de la ONU.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (1999). Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (2013). Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (2013). Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (2015). Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (2015). Relatoría sobre los derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/enlaces/>
- Organización de los Estados Americanos [OEA] (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.
- Principios de Yogyakarta (2006). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

Shelton, D. (2008). Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 0(4). Recuperado de <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2008.13488>

Subcomité Técnico de Enfoque Diferencial (2014). Presentación. Recuperado de https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/1._subcomite_tecnico_de_enfoque_diferencial.pdf

Observaciones, recomendaciones e informes temáticos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia contra personas LGBTI*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). *Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Opinión Consultiva 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

Comité de Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas (1989). *Observación General n.º 18. No discriminación*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de las Naciones Unidas (2009). *Observación General n.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Organización de las Naciones Unidas (2014). *Observación General n.º 2 sobre el artículo 9: Accesibilidad*.