

La protección de los grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural

Mônia Clarissa Hennig Leal, Hartmut Rank y Felipe Franco

Editores



La protección de los grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural

La protección de grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural

Mônia Clarissa Hennig Leal, Hartmut Rank y Felipe Franco

Editores

©2024 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.

Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B n.º 18-12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: /kasiusla

Editores responsables:

Mônia Clarissa Hennig Leal, Hartmut Rank y Felipe Franco

Coordinador académico y editorial:

Felipe Franco

Corrección de textos:

María José Díaz Granados M.

Diagramación:

Marta Rojas

Imagen de cubierta:

Paulo Cañón y María Reyes

ISBN: 978-628-7708-17-4

Bogotá, D. C., enero de 2025

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

7 Prólogo

Hartmut Rank y Felipe Franco

15 Introducción. Minorías, grupos vulnerables, grupos en situación de vulnerabilidad y su relación con la discriminación estructural

Mônia Clarissa Hennig Leal

45 La protección de grupos vulnerables en el orden constitucional argentino: de las pautas normativas a la jurisdicción tuitiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Argentina. María Sofía Sagüés

93 La protección de los grupos vulnerables por el Tribunal Supremo brasileño

Brasil. Ana Carolina Lopes Olsen y Mônia Clarissa Hennig Leal

141 Enfrentar judicialmente la vulnerabilidad y la discriminación: el constitucionalismo transformador igualitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Colombia. Jorge Ernesto Roa Roa y Juan José Aristizábal

175 Grupos vulnerables en México: nuevas gramáticas jurisprudenciales sobre igualdad y no discriminación

México. Mario Cruz Martínez

211 Protección constitucional de los grupos en situación de vulnerabilidad en el Perú

Perú. César Landa

255 La protección jurisprudencial de las minorías, grupos en situación de vulnerabilidad, y discriminación estructural en Uruguay

Uruguay. María Paula Garat

281 Protección de grupos vulnerables, discriminación estructural
e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos

SIDH. Mônia Clarissa Hennig Leal y Felipe Franco

324 Conclusiones

Prólogo

Este segundo tomo de la serie *Activismo judicial: cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina*, que nos honra y complace presentar desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, es una muestra más del continuado esfuerzo de la Fundación por apoyar y propiciar el desarrollo de un orden jurídico justo en esta región, basado en la garantía efectiva de los derechos humanos de todos sus habitantes. Un orden justo es el resultado de la labor de múltiples actores sociales, en el que se distinguen también aquellos que trabajan en pro de aplicar los órdenes legales existentes conformados principalmente por las constituciones políticas, a fin de identificar brechas de protección y proponer soluciones para cerrarlas. Así pues, las juezas y los jueces de los tribunales, las cortes y salas constitucionales de América Latina son quienes, a través de sus decisiones, introducen estándares e interpretaciones que ilustran de manera contundente las promesas constitucionales y que han sido replicados por los gobiernos, de manera más extensa, en un sinnúmero de instrumentos regionales internacionales que consagran compromisos y nuevas promesas de salvaguardia de estas garantías esenciales de protección.

El tomo que se presenta a continuación expone el tema de la protección de los grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural que se presenta en algunos países del hemisferio latinoamericano. Este análisis se centra en la experiencia de los tribunales constitucionales de seis países de la región: Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú y Uruguay que, a través de su jurisprudencia, han venido sentando su posición frente a la existencia de estos grupos y a la identificación de contextos generales de discriminación que responden a casos de vulneración de derechos humanos en específico. Como se esbozó en el primer tomo de la serie, partimos de ilustrar cómo se ha manifestado el activismo judicial de estos tribunales a partir de causas impulsadas por la ciudadanía, las cuales han permitido avances en el reconocimiento y la protección de casos de discriminación. La discriminación vista como un concepto, o quizás más como una cuestión jurídica, requiere el desarrollo de otros términos asociados; desde la

noción propia de la discriminación y su contraste con la diferenciación de trato, hasta la afirmación de una condición o de condiciones de vulnerabilidad que recaen sobre un grupo de personas que gozan de una protección especial, amparadas por las constituciones, y que pueden resultar víctimas de vulneraciones graves de sus derechos fundamentales.

El análisis de esta cuestión atraviesa también diferentes debates jurídicos: la adopción de una noción amplia de protección personal como la de “grupos vulnerables” (concepto abstracto), “grupos en situación de vulnerabilidad” (noción vinculada al contexto de cada caso en concreto) o “minorías” (concepto con arraigo en una característica interpersonal); la incorporación de “categorías sospechosas de discriminación” como término jurídico y criterio de interpretación jurisprudencial para los tribunales al momento de valorar la proporcionalidad de una distinción legal que tenga, presuntamente, efectos discriminatorios; el reconocimiento y desarrollo de la noción de “discriminación estructural” y de su aplicación hacia un grupo determinado de personas; y, finalmente, cómo la práctica judicial en América Latina ha venido considerando estos términos y temáticas para la toma de decisiones o resolución de casos que conlleven la adopción de medidas estructurales para la erradicación de factores de discriminación.

La protección constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación en Argentina ha tenido un camino progresivo desde los orígenes de la Constitución Federal, como lo comenta la profesora María Sofía Sagüés en su artículo, al incluir una cláusula transversal de igualdad sustancial que se predica aplicable no solamente desde el Gobierno central federal, sino también desde las diferentes provincias argentinas. Este camino progresivo ha llevado a la inclusión de cláusulas concretas de protección de minorías y grupos vulnerables, con lo cual se afirma su amplio reconocimiento en el sistema legal argentino y en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Según nos muestra Sagüés, la Suprema Corte argentina ha destacado y protegido grupos específicos de tutela, a partir de condiciones especiales de protección como es el caso de niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad y los adultos mayores. La experiencia argentina, como lo comenta Sagüés, se enmarca también en la promulgación de decisiones estructurales por la Suprema Corte, sobre las cuales poblaciones en condición de vulnerabilidad han encontrado una tutela estructural que ha permitido su debida protección ante casos de discriminación. Bajo esta premisa, en Argentina el derecho a la igualdad y no discriminación es un concepto constitucional y convencional que exige ponderar

la vulnerabilidad como un factor de desventaja comparativa, en el que la referencia a los grupos vulnerables se realiza atendiendo un sinnúmero de aspectos coyunturales y que no acogen una sola categoría predeterminada en la ley. Ello resalta la importancia de los procesos constitucionales estructurales para acoger la naturaleza policéntrica que tiene la afectación de los derechos a grupos vulnerables, con el fin de habilitar medidas de reparación transformadora y de eliminación de la discriminación estructural.

En Brasil, la igualdad es consagrada como un principio rector de toda la acción del Estado, destacándose dentro de los objetivos fundamentales del Estado y consagrada concretamente por la Constitución brasileña. Las profesoras Ana Carolina Lopes y Mônia Clarissa Hennig explican cómo esta inclusión partió de una razón última, como es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y el compromiso de todas las instancias estatales con su realización. La igualdad defendida en la historia constituyente de Brasil tuvo diferentes formas complementarias como son la igualdad formal, la igualdad material y la igualdad como reconocimiento. Esta amplia concepción, según las autoras, ha permitido que al menos desde la última Constitución Federal de Brasil, la concreción de igualdad material se dé con la existencia de una sociedad pluralista y sin prejuicios. Como lo exponen las autoras, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, a partir de este reconocimiento, así como de la ratificación de múltiples instrumentos internacionales para ampliar la dimensión material de la igualdad, ha ordenado garantías específicas de protección estructural y objetiva para diferentes grupos. Los grupos vulnerables en Brasil no son una categoría producto de elementos culturales definidos, no obstante son discriminados por su género, su condición física, su edad o condición social. Estas diferencias surgen como factores sospechosos de discriminación o exclusión social, sobre los cuales la sociedad ha conformado un movimiento de ampliación del reconocimiento de deberes especiales de protección por parte del Estado para los miembros de estos grupos. Ejemplos concretos de esta protección pueden verse en casos que el Supremo Tribunal Federal ha fallado en favor de la población LGBTQIA+ como víctimas de perjuicios y discriminación a lo largo de su historia, así como con la comunidad afrodescendiente y las personas privadas de la libertad.

Como lo comentan las autoras en su artículo, la experiencia brasileña es el resultado de un desarrollo amplio de la sociedad desde contextos de opresión hasta el surgimiento de una redemocratización, que ha permitido establecer un mandato concreto de no discriminación y una serie de

prácticas positivas por implementar. Ahora bien, la igualdad de derechos y deberes sigue siendo un término pendiente de evolución; no obstante, el trabajo del Supremo Tribunal Federal, en la mayoría de los casos, ha buscado tratar la desigualdad de manera estructural, indagando sobre los elementos concretos de discriminación y atendiendo, bajo su deber de protección constitucional, revisiones de escrutinio directo y de proporcionalidad para lograr su resolución.

Pasando al contexto colombiano, los profesores Jorge Ernesto Roa y Juan José Aristizábal nos muestran que el ordenamiento colombiano está dotado de dispositivos normativos para configurar un modelo estatal en el que impere la ley del más débil, es decir, un sistema que reconozca las diferencias entre quienes integran la sociedad, pero que busque también de manera decidida la creación de modelos y políticas institucionales que intervengan para reducir dichas brechas entre los individuos. La aspiración constitucional colombiana de protección del derecho a la igualdad y no discriminación parte, por supuesto, del reconocimiento constitucional de este derecho, pero también de la condición de que los jueces, en el ámbito de la justicia constitucional, deben controlar la aplicación de normas sustanciales que representen riesgos de discriminación, sobre las cuales la misma Constitución ha establecido protecciones de naturaleza reforzada. En esta medida, en Colombia, la categoría de sujetos de especial protección constitucional se integra por personas que, debido a su condición diferenciada, merecen una acción positiva estatal, con miras a lograr una igualdad real. Como lo mencionan los autores, el listado de estos sujetos no es taxativo, pero podemos ver cómo se han incluido, entre otros, a las personas que padecen enfermedades huérfanas o a quienes cuentan con un diagnóstico de VIH o sida.

El reconocimiento que ha hecho la Corte Constitucional a la protección de los grupos vulnerables, a partir también del reconocimiento de categorías sospechosas de discriminación, en donde existe el reto de este problema en expansión, ha ameritado el otorgamiento de acciones afirmativas que privilegian la concientización, la promoción y facilitación, así como acciones de discriminación inversa o positiva. Los autores destacan cómo, en el ámbito del ordenamiento colombiano, la Corte Constitucional ha utilizado juicios de proporcionalidad en diferentes intensidades para realizar valoraciones integradas de igualdad caso por caso, destacando cómo la aplicación de estas herramientas ilustra diferentes elementos concretos de escrutinio que deberán tenerse en cuenta para valorar efectivamente

cuándo se trata de una discriminación o cuándo nos encontramos ante una diferenciación de trato. De igual forma, los avances que ha tenido la Corte Constitucional en materia de discriminación estructural deben mirarse a partir de casos emblemáticos, sobre los cuales la Corte ha adoptado decisiones de similar naturaleza con la figura del estado de cosas inconstitucional, a partir del cual se evidencia una situación estructural de vulneración de derechos humanos sobre una población en concreto, configurando así una forma de discriminación. Como señalan los autores, en estos casos la Corte Constitucional ha realizado intervenciones judiciales transformadoras que han ampliado el contenido del texto constitucional; estos arguyen que la actuación del tribunal colombiano ha promovido un activismo judicial que expresa las preocupaciones de la sociedad civil y que ha generado un efecto transformador de las promesas constitucionales que originalmente se dieron en el año 1991 con la promulgación de la Constitución Política de Colombia. Por el momento, en opinión de los autores, los jueces colombianos deben seguir promoviendo un constitucionalismo transformador que conduzca a tratar efectivamente a las personas con igual consideración y respeto.

En el caso mexicano, por otro lado, el enfoque de protección a los grupos vulnerables y de respeto por el derecho a la igualdad y no discriminación partió de la inclusión de una cláusula directa de no discriminación en 2001 y la promulgación de una reforma constitucional en 2011, que advirtió una transformación cualitativa de dicho paradigma constitucional. La interpretación de las normas constitucionales mexicanas se atiene, entonces, como bien explica el profesor Mario Cruz, al importante principio pro persona y a la inclusión de un catálogo de categorías sospechosas ampliadas. El autor nos resalta una cuestión esencial en el paradigma mexicano, que se dio con el reconocimiento en sede doméstica de diferentes fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), los cuales evidenciaron las situaciones de discriminación estructural que han existido históricamente en la sociedad mexicana como es el caso, por ejemplo, de la violencia contra las mujeres y la falta de acceso a la justicia de las víctimas de desaparición forzada. La extensión de estos fallos llevó luego al desarrollo de líneas jurisprudenciales por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, a criterio del autor, han tenido diferentes matices. En el desarrollo de las decisiones de este alto tribunal han existido diversos enfoques y delimitaciones conceptuales frente al principio de igualdad, y se han advertido cuestiones acerca de la ponderación de derechos de los grupos vulnerables

a partir de la salvaguarda que otorga el juicio de amparo constitucional. Al respecto, la Suprema Corte ha recurrido a herramientas como el test de escrutinio o el test de proporcionalidad para resolver dichas cuestiones. Los fallos de este tribunal han impulsado un importante diálogo con el sistema interamericano, a la vez que han realizado nuevas interpretaciones de conceptos como la dignidad esencial de la persona, el respeto por el otro y la igualdad ante la ley. Finalmente, como lo observa el profesor Cruz, la incorporación del principio de protección a la dignidad y a la igualdad en México ha sido un proceso en constante desarrollo y, de cierta manera, se han acogido criterios específicos que permiten en la actualidad afirmar el pleno reconocimiento de la igualdad y no discriminación dentro del sistema legal mexicano.

Perú acoge una noción de igualdad sustancial o material que se ha consolidado a través de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional. En su artículo, el profesor César Landa expone cómo, desde la dimensión del derecho-principio a la igualdad que se ha otorgado en el Perú, se vienen reconociendo tratamientos específicos a grupos vulnerables dentro de la legislación peruana como, por ejemplo, los pueblos indígenas y originarios o las personas que viven en pobreza o extrema pobreza. Ahora bien, ante el reconocimiento de estos grupos vulnerables, el trabajo del Tribunal Constitucional peruano se ha enfocado en el establecimiento de acciones positivas destinadas a proteger y satisfacer derechos fundamentales de las personas en dicha condición. No obstante, el autor aboga por un reconocimiento de estos sujetos como titulares de bienes fundamentales, sobre los cuales se tutelen tanto sus derechos como la garantía y el cumplimiento de sus necesidades e intereses vitales. Aquí el reto es precisar cuáles son estos bienes jurídicos fundamentales ante un contexto diferenciado, en el cual para cada grupo se debe dar no necesariamente lo mismo.

El abordaje de la cuestión de protección a grupos vulnerables en el Uruguay se da a partir del reconocimiento de dicha protección en su Constitución Política, pero se instituye con la inclusión del concepto de vulnerabilidad por parte de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay. Ello no implica aludir a nociones de “minorías” o de “discriminación estructural”, lo cual dista de las tradiciones de otros países y también de lo expresado en la jurisprudencia de la Corte IDH la cual, dicho sea de paso, no ha sido desarrollada del todo por este máximo tribunal nacional. La profesora Paula Garat reflexiona acerca de la inclusión de categorías sospechosas de discriminación que se basaron en un principio en la doctrina

y la jurisprudencia estadounidense, que actualmente ha evolucionado de manera considerable, sin incorporar parámetros recientes dentro de la jurisprudencia uruguaya, tanto así que las nociones de escrutinio estricto o de juicio de proporcionalidad no han sido aplicadas en el país. No obstante, cabe destacar el amplio diálogo que ha tenido la Suprema Corte con la Corte IDH, no solamente al acoger los criterios y estándares de casos contenciosos y opiniones consultivas, sino incluso de los diferentes pronunciamientos tanto de la Corte como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en materia de limitación y protección de derechos ante la pandemia del covid-19, en donde se señalaron medidas tendientes a proteger de manera generalizada a la población que se veía expuesta a esta pandemia. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con la autora, recurre a una noción clara de vulnerabilidad, sobre la cual se amparan ciertos grupos en una situación de debilidad especial, entre los que se destacan las mujeres trans y las víctimas de violencia de género, entre otros. Si bien el desarrollo de estas cuestiones se ha establecido en la Constitución uruguaya, la adopción de parámetros de protección ha sido más bien reciente y, de esta manera, figuras como el test de igualdad y el principio de proporcionalidad, aunque destacables, aún son poco utilizadas o desarrolladas, lo cual requiere por lo menos que la jurisprudencia del supremo tribunal uruguayo se corresponda con los diálogos que ha tenido con el tribunal interamericano y que también recurra a apreciar el valor de opiniones desde la doctrina o incluso desde otras latitudes para enriquecer dicho andamiaje de protección.

Una revisión comparada de la experiencia latinoamericana no puede ignorar los desarrollos que ha traído la jurisprudencia de la Corte IDH, máximo tribunal regional en la materia y referente para el mencionado sistema regional y los sistemas legales nacionales. La garantía de no discriminación parte de una interpretación literal de la obligación jurídica internacional del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que insta a los Estados a proteger y garantizar los derechos de las personas sin ninguna distinción. El artículo 24 de este mismo instrumento internacional, que enriquece esta interpretación, plasma el principio de igualdad y no discriminación y habilita, como se verá en el texto, la introducción de nuevas categorías de protección en contra de la discriminación, y de estándares aplicables ante casos en los que esta se presuma. Sin embargo, dicha interpretación también se ha visto abocada a resolver casos específicos de discriminación, en virtud de los cuales el tribunal

interamericano ha sentado importante jurisprudencia que ha sido utilizada, como ya lo hemos visto, por los diferentes países de la región y que ha esbozado la necesidad de continuar reconociendo barreras estructurales de discriminación y medidas que contemplen garantías de no repetición y de reparación estructural.

La causa de la discriminación pertenece al ámbito del constitucionalismo global, sobre el cual existen todavía un sinnúmero de casos por resolver. La experiencia de cada uno de los países presentados en esta obra así lo demuestra, señalando que se ha avanzado de manera sustancial en esta, pero que todavía quedan muchos desafíos por resolver. Los contextos de desarrollo social que se vienen presentando en la humanidad con el reconocimiento de nuevos sujetos de protección como los animales o los bienes naturales, o nuevos escenarios de ponderación de derechos como los entornos digitales, dejan entrever cuestiones relacionadas con la igualdad de trato y con la protección especial que se debe brindar ante ellas. Asimismo, las diferencias sustanciales en nuestras sociedades, tanto de naturaleza social como económica y política –que vienen de antaño pero que se han acrecentado con la situación excepcional contemporánea de la pandemia del covid-19–, ameritan continuar interpretando activamente las garantías mínimas de protección de los órdenes tradicionales ante el panorama de nuevas subjetividades y contextos que se presenten.

Aspiramos a que esta obra destaque de manera ilustrativa, pero también reflexiva, las nuevas cuestiones en materia de lucha contra la discriminación, bajo una lectura evolutiva de los parámetros conceptuales y legales de esta cuestión que, como ya hemos señalado, pertenece al ámbito de todos los sistemas constitucionales latinoamericanos y necesita del trabajo comprometido de los tribunales y las cortes constitucionales para avanzar y lograr sociedades más justas y equitativas.

Hartmut Rank

Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Felipe Franco

Coordinador de Proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Introducción.

Minorías, grupos vulnerables, grupos en situación de vulnerabilidad y su relación con la discriminación estructural

Aunque las expresiones “grupos vulnerables” y “minorías” se utilizan a menudo como sinónimos, su significado no es el mismo. Ambos dependen de una protección diferenciada, pero el comportamiento del Estado hacia cada uno de ellos debe ser diferente, ya que de lo contrario se agravará la discriminación. Los grupos vulnerables no tienen un rasgo identificativo presente en todos sus miembros, que están conformados por personas en general, como los grupos de consumidores, las personas con discapacidad, los acusados de delitos penales, entre otros. Por el contrario, las minorías tienen un rasgo cultural común a todos sus miembros, y es precisamente este rasgo el que les une como grupo. En este contexto, existen minorías étnicas, raciales, religiosas y sexuales, entre otras.¹

Ambas terminologías no deben confundirse, y es posible señalar a las “minorías” como una especie del género “grupos vulnerables”. Esto implica que toda minoría es un grupo vulnerable, pero no todo grupo vulnerable es una minoría. En cuanto al objetivo, los grupos vulnerables pretenden ejercer sus derechos, mientras que las minorías pretenden primero reconocer que también tienen derechos para luego ejercerlos.²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reforzado reiteradamente el entendimiento de que es deber de los Estados adoptar una postura de protección diferenciada hacia los grupos en situación de vulnerabilidad, de modo que toda persona que se encuentre en tal situación tiene derecho a “una protección especial, en virtud de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”.³

1 Dirceu Pereira Siqueira y Lorena Roberta Barbosa Castro, “Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como factor preponderante para uma real inclusão social”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), 1, 2017, pp. 110-111. 10.25245/rdspp.v5i1.219.

2 *Ibid.*, pp. 114-115.

3 Corte IDH, Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C, No. 318.

Por lo tanto, es necesario permitir la protección de los grupos minoritarios o vulnerables, ya sea mediante la adopción de medidas negativas (abstención estatal) o mediante la adopción de estrategias de intervención, porque

... queda clara la noción de que la prohibición de discriminación, en su aspecto negativo (en cuanto derecho de defensa) posee dimensión subjetiva y eficacia inmediata, presentándose, en sentido amplio, como barrera y como limitación a la actuación del Estado. Al mismo tiempo, en su dimensión objetiva, la apreciación de tratamientos diferenciados, por la legislación, está condicionada a una lógica de proporcionalidad, tanto en el sentido de evitar privilegios cuanto para, por medio de tratamientos diferenciados, viabilizar la protección e inclusión de determinados grupos considerados minoritarios o vulnerables.⁴

Por lo tanto, la acción u omisión del Estado implica una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cuando restringe los derechos humanos previstos en la misma, o cuando no formula estrategias o adopta mecanismos para proteger a grupos en situación de vulnerabilidad,⁵ máxime si se tiene en cuenta que en los escenarios de violaciones estructurales, es decir, reiteradas violaciones de los derechos humanos, la Corte IDH considera que el Estado incurre en responsabilidad internacional en los casos en que existe discriminación estructural y no adopta medidas específicas respecto de la situación particular de victimización en que se materializa la vulnerabilidad en un círculo de personas individuales.⁶

Por consiguiente, la Corte IDH adopta una noción de igualdad material,⁷ que incorpora una dimensión estructural, ya que

4 Mônia Clarissa Hennig Leal, “Derechos de grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en César Landa Arroyo (ed.), *Derechos fundamentales: actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima, Palestra, 2018, pp. 271-291.

5 Víctor Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y tensiones clásicas en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 11, 2009, pp. 7-39. 10.18800/derechopucp.200902.005.

6 Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil, cit.

7 Claudio Nash Rojas y Valeska David, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Claudio Nash Rojas (ed.), *El control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, México D.F., Porrúa, 2013, pp. 543-587.

... el SIDH no recoge sólo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y por lo tanto a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren por consiguiente la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho. Al mismo tiempo obliga a examinar, en un estudio de igualdad, la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados.⁸

Reconocer la existencia de discriminación estructural es un paso fundamental para revertir este escenario, ya que nos permite percibir la situación de manera más amplia, adoptando estrategias que buscan actuar sobre la raíz del problema, con el objetivo de transformar la realidad social y, a través de ello, superar las prácticas discriminatorias que afectan no solo a un individuo, sino a un determinado grupo de personas que han sido estigmatizadas, discriminadas o excluidas históricamente.⁹

Esta mirada al contexto general permite pensar en soluciones que repercutan en el conjunto de la sociedad, buscando poner fin o reducir las desigualdades de hecho existentes, así como buscando evitar que nuevas violaciones de derechos de la misma naturaleza se perpetúen en el tiempo o se repitan.¹⁰ Esta es incluso una tendencia que se observa en las sentencias dictadas por la Corte IDH, que ha incorporado progresivamente en estas la lógica de la determinación de medidas de no repetición.¹¹

8 Abramovich, “De las violaciones masivas”, *op. cit.*, p. 21.

9 Claudio Nash Rojas, “Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales - las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 125-145.

10 Roberto Saba, “(Des)Igualdad estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, n.º 11, 2005, pp. 123-147.

11 Sobre el tema, véase Mônia Clarissa Hennig Leal y Douglas Matheus de Azevedo, “La postura preventiva adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: nociones del

Desde esta perspectiva, podemos hablar de discriminación estructural en dos dimensiones: una más identificada con la perspectiva económica y social (el objetivo aquí es superar las desigualdades, mediante la adopción de acciones afirmativas y de inclusión) y otra asociada a la noción de pluralismo y diversidad, de carácter más cultural, propia del Estado democrático de derecho (donde, en este caso, el objetivo no es simplemente igualar a los individuos, sino valorar sus diferencias: “igualdad en la diferencia” y “diferencia en la igualdad”, es decir, valorar las diferencias y la pluralidad, pero sobre una base igualitaria y no discriminatoria).¹²

Desigualdad y discriminación estructural: la igualdad como no sumisión y como reconocimiento

Conceptualmente, las minorías culturales pueden definirse como grupos de personas que, independientemente de que representen un número mayor o menor que el resto, se encuentran, por razones históricas, económicas o políticas, o por sus características raciales, sexuales, étnicas o lingüísticas, entre otras, en una condición de desventaja o subordinación respecto al resto de la sociedad.¹³ Cada minoría tiene su rasgo identificativo: el origen, para las minorías étnicas; el color de la piel, para las minorías raciales; la opción sexual, para las minorías sexuales.

Analizando los aspectos que identifican a las minorías, se observa que todas ellas tienen cuatro elementos en común: 1) una posición de no dominación en la sociedad; 2) un vínculo subjetivo de solidaridad entre sus miembros con el fin de proteger su identidad cultural; 3) exigen una protección especial por parte del Estado; 4) sufren la opresión de otros miembros de la sociedad.¹⁴ Por último, hay que subrayar que las minorías no siempre están en minoría.¹⁵

‘deber de protección’ del Estado como base para el uso de ‘juicios estructurantes’”, *Revista Novos Estudos Jurídicos*, n.º 2, 2016, pp. 442-461. 10.14210/nej.v21n2.

12 Erhard Denninger y Dieter Grimm, *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, p. 57.

13 Miguel Carbonell, “Constitucionalismo, minorías y derecho”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 12, 2000, p. 98.

14 Estos aspectos están relacionados con el paradigmático voto particular del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia del caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit.

15 Pereira Siqueira y Barbosa Castro, “Minorias e grupos vulneráveis”, *op. cit.*, p. 111.

Esta diferencia conceptual entre grupos vulnerables y minorías, así como sus distintas necesidades, tiene a su vez efectos concretos a la hora de hacer efectivos sus derechos. En la medida en que los grupos vulnerables no tienen un rasgo identitario distintivo, las políticas públicas dirigidas a estas personas deben buscar soluciones que los equiparen a los demás, mientras que en el caso de las minorías es imprescindible reconocer y proteger su rasgo identitario distintivo, en aras de la pluralidad y la igualdad.¹⁶

La existencia de personas sistemáticamente excluidas y discriminadas es una realidad que exige una respuesta de los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales capaz de proteger los derechos humanos y fundamentales implicados. Sin embargo, proponer respuestas adecuadas puede derivar en la necesidad de reformular las herramientas tradicionales del derecho,¹⁷ ya que la mera igualdad de derechos es insuficiente para que los grupos vulnerables y las minorías tengan las mismas oportunidades que el resto de la población.¹⁸

Así pues, las posibles respuestas que deben ofrecer los ordenamientos jurídicos a los planteamientos multiculturalistas e integradores presuponen una distinción entre los conceptos de diferencias y desigualdades. Las diferencias corresponden a los rasgos específicos que distinguen e individualizan a las personas, y están protegidas por los derechos humanos y fundamentales. Por otro lado, las desigualdades pueden ser económicas y sociales, entendidas como disparidades entre las personas como resultado de sus derechos de propiedad, así como de las relaciones de poder y sometimiento. La protección de los derechos que permiten las diferencias y combaten las desigualdades puede derivarse de obligaciones negativas o positivas que deben cumplir los poderes públicos.¹⁹

16 Jaime Domingues Brito, “Minorias e Grupos Vulneráveis: Avaliando as possíveis diferenças para efeitos de implementação de políticas públicas”, *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinópolis*, n.º 11, 2009, p. 108. 10.35356/argumenta.v11i11.145.

17 María Sofia Sagüés, “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Pantoja Flores (eds.), *Inclusión, Ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana el caso del campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 129.

18 Eumar Evangelista de Menezes Júnior, Edson de Souza Brito y Maria Helena Borges de Souza, “Direitos das minorias e múltiplas perspectivas jurídicas e sociais”, *Revista Cadernos de Ciência Social da UFRPE*, n.º 4, 2014, p. 71.

19 Carbonell, “Constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 107.

Saba propone, al respecto, la construcción de un nuevo paradigma para la idea de igualdad ante la ley, que permita desmembrar dos visiones de la igualdad: una liberal, individualista, y otra que denomina “estructural”, que se basa en la idea de que la ley no puede ser ciega a las relaciones que existen, en un momento histórico dado, entre diferentes grupos de personas.

Afortunadamente, ya no tenemos en nuestro país esclavos y déspotas claramente identificables cuya relación de sumisión se manifieste explícitamente. Sin embargo, hay grupos en nuestra sociedad que carecen de acceso a determinados empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la empresa colectiva del autogobierno.²⁰

El sometimiento permanente de los grupos históricamente vulnerables y de las minorías es producto de aspectos que afectan a todos los ámbitos de sus vidas: “sus miembros son generalmente rechazados, sus oportunidades educativas desiguales, su campo de empleo limitado y se ven confinados a vivir juntos en el mismo barrio, generalmente en los lugares más antiguos”.²¹ Incorporar el concepto de grupos desfavorecidos al derecho exige, por tanto, reconocer a las clases desfavorecidas como grupos sociales que conforman la sociedad.²²

La noción de igualdad como “no sumisión” no se opone, por tanto, al ideal de no arbitrariedad que sustenta la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo considera insuficiente o incompleto. Cabe destacar también que esta lectura estructural de la desigualdad “no se vincula a la irrazonabilidad o no instrumentalidad disfuncional del criterio elegido para hacer la distinción, sino que entiende que el objetivo que persigue la igualdad ante la ley es evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o subyugados en una sociedad”.²³

20 Saba, “(Des)Igualdad estructural”, *op. cit.*, p. 125.

21 Owen Fiss, “La acumulación de desventajas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44, 2021, pp. 95-129. 10.15779/Z38P55DH0H.

22 Owen Fiss, “Los grupos y la cláusula de igual protección”, en Roberto Gargarella (ed.), *Derecho y Grupos Desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 137-167.

23 Roberto Saba, “La discriminación positiva y las dos caras de la igualdad”, en Ana María Ibarra Olguín (ed.), *Discriminación: Piezas para armar*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 81-139.

Y es que el principio de igualdad ante la ley como forma de no discriminación, desde el punto de vista de una versión individualista de los derechos, puede resultar en un trato sistemáticamente excluyente, ya que acaba descontextualizando la situación de cada individuo, en contra de una visión sociológica y contextualizada de la realidad social más amplia, que tenga en cuenta el entendimiento de que ese individuo forma parte de un grupo sometido a un determinado trato o práctica social.²⁴

En este sentido, Fiss²⁵ denomina como estructural una perspectiva de la desigualdad asociada a determinados grupos, considerados desfavorecidos, que presentan las siguientes características: a) poseen una identidad propia, diferente de las identidades de los miembros concretos que componen el grupo; b) la identidad y el bienestar del grupo, así como la identidad y el bienestar de sus miembros son interdependientes; c) los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a él y su estatus viene determinado (al menos en parte) por el estatus del grupo.

Así, analizada desde una perspectiva sociológica de la igualdad, una norma antidiscriminación debe tener en cuenta el contexto social que sustenta ciertas categorías potencialmente opresivas, como la raza o las cuestiones de género. Tomemos, por ejemplo, una audición a ciegas para una plaza en una determinada orquesta: esta selección podría parecer justa en un mundo ideal, pero no se puede ignorar el hecho de que, debido a determinadas condiciones y prácticas sociales, muchas mujeres no participan en el concurso por las exigencias culturales que se les imponen en relación con las actividades domésticas, lo que significa que acaban excluyéndose de la selección. La ausencia de candidatas, debido a este contexto social, acaba poniendo en peligro la neutralidad del proceso de selección, por lo que una norma antidiscriminatoria debe tener como objetivo la transformación social, y no ignorar las circunstancias socioculturales que identifican una situación de clara segregación estructural.²⁶

24 Roberto Saba, “Desigualdad estructural y acción afirmativa”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (eds.), *Acción afirmativa: política para una democracia efectiva*, Santiago de Chile, Fundación Equitas, Ril Editores, 2013, pp. 85-125.

25 Owen Fiss, “La acumulación de desventajas”, *California Law Review*, v. 106, n.º 6, 2018, pp. 1944-1976.

26 Robert Post y Reva Siegel, “Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash”, *Harvard Civil Law-Civil Liberties Law Review*, n.º 42, 2007, pp. 373-433.

La finalidad de estas medidas de acción positiva –que tratan de combatir estos problemas sociales– es, por tanto, garantizar la igualdad real de trato, superando los impedimentos culturales que condicionan o limitan la igualdad en casos concretos,²⁷ utilizando elementos positivos destinados a eliminar y prevenir la discriminación estructural, favoreciendo con mayor protección a un determinado grupo social, para compensar y equilibrar la situación que presenta un desequilibrio debido a la discriminación histórica de un determinado grupo.

Desde esta perspectiva, Kirste²⁸ sostiene que existen determinados derechos que solo pueden reconocerse y otorgarse a un grupo –como la cultura y la lengua, por ejemplo– que tienen por objeto proteger los rasgos identificativos de sus miembros, y que la protección de las características de sus miembros corresponde a la protección del propio grupo, aunque este constituya una entidad autónoma, lo que significa que tiene una existencia distinta de la de sus miembros, si bien la identidad y el bienestar de los miembros y del grupo están interrelacionados: “los miembros del grupo se autoidentifican –explican quiénes son– refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo”.²⁹

Así, además de principios objetivos y deberes estatales, los derechos de grupo son también victorias de reivindicaciones históricas,³⁰ y a menudo acaban incorporándose al texto constitucional.³¹

Las constituciones nacionales y los convenios internacionales ofrecen un amplio tratamiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación desde ambas perspectivas. Protegen tanto la igualdad formal, entendida como aquella entre las personas ante la ley, como la igualdad material,

27 Roberto Saba, “La discriminación positiva”, pp. 87-89.

28 Stephan Kirste, “Individualism and collectivism in the foundation of group rights”, en Kenneth Einar Himma y Bojan Spaic (eds.), *Derechos fundamentales: justificación e interpretación*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2016, pp. 27-45.

29 Fiss, “Los grupos”, *op. cit.*, pp. 138-139.

30 Kirste, “Individualism”, *op. cit.*, p. 41.

31 Gargarella y Courtis llaman la atención sobre el hecho de que las constituciones surgen en momentos de crisis, con el objetivo de resolver ciertos problemas complejos. En este contexto, sostienen que el principal problema que deben abordar los constituyentes en los países latinoamericanos es la desigualdad, que afecta decisivamente al desarrollo constitucional de la región. Roberto Gargarella y Christian Courtis, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *CEPAL - Serie Políticas Sociales*, n.º 153, 2009, pp. 10-11.

que pretende analizar las diferencias entre los individuos para ofrecerles efectivamente las mismas oportunidades.³² La protección del derecho a la igualdad contrarresta una realidad en la que las desigualdades generan discriminación contra determinados grupos de personas marginadas o subordinadas a prácticas comunes de exclusión social.

La realidad que se presenta exige, por tanto, una reformulación de la tradicional protección del derecho a la igualdad, lo que hace necesario abordar las estructuras que perpetúan las situaciones de sumisión, centrándose en la exclusión, la marginación y el sometimiento. Desde esta perspectiva, la noción de discriminación estructural se vincula al concepto de igualdad como no sumisión.³³

En algunas situaciones, sin embargo, los conceptos tradicionales de desigualdad y discriminación pueden resultar insuficientes. Este es el caso de la discriminación estructural –también conocida como discriminación sistemática– “cuyas causas y manifestaciones son particularmente complejas para ser abordadas únicamente bajo un esquema de análisis ciego a las diferencias y basado en la mera racionalidad instrumental”.³⁴ Hablar de discriminación estructural es referirse a la situación a la que se enfrentan determinados grupos o sectores de la población que, debido a ciertas prácticas sociales, culturales e institucionales arraigadas en el comportamiento popular, no pueden disfrutar de los derechos en pie de igualdad con el resto de la sociedad.

Como respuesta a la discriminación estructural, Saba³⁵ propone adoptar una visión estructural de la igualdad que, dejando de aceptar como único elemento la relación funcional entre categorías elegidas y diferencias, considere relevante la situación de la persona tanto de manera individual como haciendo parte de un grupo sistemáticamente excluido. Esto se debe a que el principio de no discriminación derivado de una idea individualista de la igualdad ante la ley no proporciona herramientas suficientes para hacer frente a las desigualdades de hecho que existen en la sociedad moderna.

Este escenario es evidente en el contexto de las acciones afirmativas, entendidas como un trato estatal diferenciado que tiene por objeto reconocer

32 Sagüés, “Discriminación estructural”, *op. cit.*, p. 132.

33 *Idem.*

34 Nash Rojas y Valeska, “Igualdad y no discriminación”, *op. cit.*, p. 573.

35 Saba, “(Des)Igualdad estructural”, *op. cit.*, p. 126.

la necesidad de prerrogativas especiales para los miembros de determinados grupos, debido a su situación histórica de sometimiento. Este escenario debe ser tenido en cuenta si se quieren entender las políticas de inclusión desde un punto de vista constitucional, porque de lo contrario, como bien señala Saba,³⁶ ¿cómo justificar un trato beneficioso para ciertos grupos solo desde un punto de vista individualista de no discriminación? Se trata, por tanto, de cambiar la comprensión no solo de la propia igualdad como derecho, sino también de su naturaleza, superando, como señala Hannah Arendt,³⁷ la autocomprensión idealizada de la sociedad burguesa –que sirvió de base al constitucionalismo liberal–, en la que la igualdad se concibe como un presupuesto y no como un objetivo.

Adoptar un concepto de igualdad en términos estructurales implica, por tanto, desde este cambio de perspectiva, una serie de consecuencias. La primera es la imposibilidad de invalidar las acciones positivas promovidas por el Estado alegando que vulneran la igualdad formal. La segunda es que, además del deber de no discriminar, los Estados tienen la obligación de adoptar acciones positivas compensatorias, con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos por parte de determinados colectivos desfavorecidos. La tercera es que resultará imposible adoptar prácticas o políticas aparentemente neutras que tengan un impacto negativo en determinados grupos desfavorecidos (la noción de “impacto desproporcionado” o *disparate impact*). Esto se debe a que “una serie de prácticas que pueden parecer neutras o que pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector pueden tener el efecto de discriminar a un grupo definido”, circunstancia que violaría el derecho a la igualdad.³⁸

Desde este punto de vista, tanto los actos, las normas y políticas que excluyen deliberadamente a un determinado colectivo, como los que pueden tener impactos discriminatorios, deben ser rechazados por el derecho a la igualdad, porque

... utilizar la noción de igualdad material significa definir el papel del Estado como garante activo de los derechos en entornos sociales de desigualdad. También es una herramienta útil para analizar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales, tanto su formulación como sus efectos. La

36 *Ibid.*, p. 134.

37 Hannah Arendt, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006, p. 188.

38 Abramovich, “De las violaciones masivas”, *op. cit.*, pp. 18-19.

imposición de obligaciones positivas tiene consecuencias muy importantes en cuanto al papel político o promocional del SIDH, ya que impone a los Estados el deber de formular políticas para prevenir y reparar las violaciones de derechos humanos que afectan a determinados grupos o sectores desfavorecidos.³⁹

Nancy Fraser,⁴⁰ por su parte, trabaja con la noción de desigualdad a partir de una distinción entre injusticia político-económica e injusticia sociocultural. Para la autora, la primera está enraizada en la estructura económico-política de la sociedad y requiere como remedio la redistribución de la renta, la reorganización del trabajo, el control democrático de las inversiones y la transformación de las estructuras económicas básicas. La segunda es cultural o simbólica, y su remedio es la necesaria revalorización de las identidades y los productos culturales no respetados de los grupos afectados, reclamando el reconocimiento y la valoración positiva de su diversidad cultural. Esta última, a su vez, se ve impactada por acciones dirigidas a transformar los patrones sociales dominantes de representación, interpretación y comunicación.⁴¹

Refiriéndose a esta última dimensión, Fraser⁴² afirma que la noción actual de igualdad y no discriminación exige que, además de adoptar prácticas redistributivas, los miembros de grupos en situación de vulnerabilidad sean reconocidos como titulares de derechos, con vistas a superar su proceso histórico de invisibilización, es decir, la situación en la que a menudo ni siquiera son percibidos por los demás miembros de la sociedad como sujetos de derechos.

Sin embargo, en este contexto, no puede pasarse por alto que la privación/exclusión económica y la falta de respeto cultural están entrelazadas y, al reforzarse mutuamente, permiten la reproducción histórica de la discriminación.

A pesar de esta conexión e interrelación, la solución a ambos problemas es diferente. Mientras que el remedio para la injusticia económica consiste

39 *Ibid.*, p. 21.

40 Nancy Fraser, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era ‘postsocialista’”, *Cadernos de Campo*, n.º 14-15, 2006, p. 232.

41 Laura Clérico y Martín Aldão, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 89, 2011, pp. 144-163.

42 Fraser, “¿De la redistribución”, *op. cit.*, pp. 231-232.

en la reestructuración político-económica, sobre todo mediante políticas de redistribución y discriminación positiva, el remedio para la injusticia sociocultural es el reconocimiento, que también puede implicar una valoración positiva de la diversidad cultural. De forma aún más radical, puede implicar una transformación integral de los modelos sociales de representación, interpretación y comunicación.⁴³ Esta noción está asociada a una perspectiva de injusticia cultural o simbólica, arraigada en los patrones sociales dominantes, interpretados con una pretensión de “uniformidad” (por ejemplo, cuando se adopta una determinada forma de matrimonio legalmente reconocida, sin tener en cuenta los derechos y la condición de quienes tienen una orientación sexual diferente, y sin permitir su participación en la definición de tales deliberaciones políticas).⁴⁴

De esta manera, la injusticia político-económica exige políticas públicas de redistribución con el objetivo de disipar los arreglos económicos que generan la estratificación social, mientras que la injusticia sociocultural tiene el objetivo opuesto, que es precisamente promover la diferenciación del grupo para buscar su valoración y reconocimiento. Cada una requiere, por tanto, un remedio diferente, lo que dificulta aún más las cosas cuando estas injusticias de distinta naturaleza se superponen, como ocurre en una situación de desigualdad estructural de género y racial. Debido a este carácter bivalente (tanto injusticia político-económica como sociocultural), Fraser⁴⁵ sostiene que las mujeres necesitan al menos dos tipos de remedios analíticamente distintos: la redistribución y el reconocimiento, los cuales proponen acciones en direcciones opuestas, pues la lógica de la redistribución es acabar con la diferenciación que recae sobre el género (desigualdad entre hombres y mujeres), mientras que la lógica del reconocimiento es valorar sus especificidades (preservar y potenciar las particularidades de la condición femenina).

Además de estos aspectos, y reforzando el carácter multidimensional de la noción de igualdad y no discriminación, es importante destacar que además de la redistribución (desigualdades materiales) y el reconocimiento (desigualdades simbólicas), se debe incorporar una tercera dimensión: la

43 *Ibid.*, p. 232.

44 Laura Clérico y Martín Aldao, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2011.

45 Fraser, “¿De la redistribución”, *op. cit.*, pp. 232-235.

participación, por la que se debe garantizar la paridad de participación y representación política de los grupos en situación de desigualdad estructural.⁴⁶

Teniendo en cuenta todos estos aspectos, es necesaria, por tanto, una discriminación positiva que neutralice las desventajas existentes para garantizar la igualdad material mediante remedios redistributivos; la igualdad simbólica para reforzar el reconocimiento; y la igualdad de participación para las colectividades estructuralmente excluidas del proceso de representación en el que participan las minorías y los grupos vulnerables, ya que la neutralidad puede acabar perpetuando las desigualdades estructurales.

La doctrina de la discriminación estructural puede, a su vez, relacionarse con algunos precedentes de la Corte IDH, tales como el Caso Campo Algodonero vs. México, donde la Corte se refirió a una cultura de discriminación contra las mujeres que contribuyó a los asesinatos ocurridos en la ciudad de Juárez; o en el Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay, que analizó un estado de vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria que amenazaba continuamente la supervivencia de los miembros y la integridad de la comunidad. En el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, es posible identificar los elementos estructurales de la discriminación contra las minorías sexuales, retomando la referencia al caso Campo Algodonero. En el Caso Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana, existen varios elementos yuxtapuestos que enfatizan la situación, como el hecho de ser niños y no tener documentación. A partir de estos elementos, se observa que la doctrina de la discriminación estructural tiene importantes antecedentes en la jurisprudencia de la Corte IDH.⁴⁷

En este sentido, el voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil profundiza en la cuestión, poniendo de manifiesto los elementos que configuran la noción de discriminación estructural. Parte del entendimiento de que la CADH “no contiene una definición

46 Martín Aldao y Laura Clérico, “Igualdad multidimensional (redistribución, reconocimiento, participación) para revisar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Flores Pantoja (eds.), *El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021, pp. 53-92.

47 A pesar de esta jurisprudencia consolidada, no existen delimitaciones definitivas sobre el concepto de “discriminación estructural” en el marco de la Corte IDH. Como ilustración de ello, Sagüés señala que si bien es posible encontrar decisiones basadas en elementos culturales e históricos relacionados con el reconocimiento de la dimensión estructural, en otras decisiones esta base no está presente. Sagüés, “Discriminación estructural”, *op. cit.*, pp. 132-137.

explícita del concepto de discriminación, ni de cuáles son los grupos sometidos a esta discriminación”, señalando algunos elementos –de manera enunciativa y no taxativa– que caracterizan la discriminación estructural.⁴⁸

En primer lugar, la existencia de discriminación estructural debe referirse a un grupo de personas, aspecto que acaba por excluir del concepto la discriminación meramente individual. En opinión del juez, este grupo de personas debe reunir, al menos, tres características: a) la inmutabilidad voluntaria de sus características, es decir, que la persona que integra el grupo no pueda, por su propia voluntad, cambiar esta característica; b) estar vinculado a un factor histórico; y c) que sea indiferente que este grupo forme una mayoría o una minoría numérica de personas.⁴⁹ Del voto también se desprende que es posible verificar la existencia de discriminación estructural con independencia de que se produzca una subordinación histórica o prolongada en el tiempo.⁵⁰

El segundo elemento es la situación generalizada de exclusión, marginación o sumisión, que acaba impidiendo el acceso a las condiciones básicas del desarrollo humano.⁵¹ Este es un elemento central de la noción de discriminación estructural: “la situación generalizada de desventaja, exclusión, subordinación, marginación o sumisión”.⁵²

También es importante destacar que la Corte IDH no utiliza la terminología “grupos vulnerables” o “minorías”, optando en su lugar por “grupos en situación de vulnerabilidad”. Esta elección terminológica se justifica por su objetivo de analizar el caso concreto de cada persona, o grupo de personas, en un momento determinado, evitando clasificaciones previas o estigmatizantes:

... la Corte no adopta criterios para reconocer a los grupos vulnerables y a las minorías, es decir, no apunta a criterios de clasificación para reconocer y determinar si un determinado grupo entra o no dentro de estos conceptos y, por tanto, merece o podría recibir un trato diferenciado. No señala elementos

48 *Ibid.*, p. 137.

49 Texto del voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el Caso Trabajadores de La Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit.

50 Sagüés, “Discriminación estructural”, *op. cit.*, p. 138.

51 Texto del voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el Caso Trabajadores de La Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit.

52 Sagüés, “Discriminación estructural”, *op. cit.*, p. 138.

que identifiquen la condición de vulnerabilidad, sino que analiza la situación de un determinado grupo en términos concretos.⁵³

La jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido a la defensa de los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación estructural. En este sentido, Rojas⁵⁴ enumera el reconocimiento por parte de la Corte IDH de los siguientes grupos en situación de vulnerabilidad que han recibido una respuesta más integral que la simple resolución de un caso concreto: indígenas,⁵⁵ mujeres,⁵⁶ niños,⁵⁷ personas privadas de

53 Mônia Clarissa Hennig Leal y Sabrina Santos Lima, *El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de grupos vulnerables: discriminación estructural y sentencias estructurantes*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 73-74.

54 Claudio Nash Rojas, “Tutela judicial y protección”, *op. cit.*, p. 129.

55 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 79; Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 127; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 146; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 172; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 245; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 279.

56 Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 160; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 205; Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 215; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 216; Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 277.

57 Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, Serie C, No. 63; Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 112; Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, No. 130; Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 260.

libertad,⁵⁸ migrantes,⁵⁹ desplazados⁶⁰ y por su orientación sexual.⁶¹ También hay personas negras,⁶² ancianos,⁶³ defensores de derechos humanos⁶⁴ y personas que viven en extrema pobreza.⁶⁵

58 Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, cit.; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 150; Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, Sentencia de 19 de mayo de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 226; Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 241.

59 Caso Vélez Loo vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 218; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 251; Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 282.

60 Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, No. 140; Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2013, Serie C, No. 270.

61 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 239; Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 310; Caso Flor Freire vs. Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 315.

62 Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 407; Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 410.

63 Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 349; Caso Profesores de Chañaral y otras municipalidades vs. Chile, Sentencia de 10 de noviembre de 2021, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 443.

64 Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 283; Caso Sales Pimenta vs. Brasil, Sentencia de 30 de junio de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 454; Caso Baraona Bray vs. Chile, Sentencia de 24 de noviembre de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 481.

65 Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit.; Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 351; Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil, cit.

Discriminación estructural e interseccionalidad

Otro factor que merece la pena destacar es la aparición de la discriminación múltiple, es decir, cuando una persona concreta sufre discriminación no solo por uno, sino por dos o más factores, lo que agrava aún más su situación de vulnerabilidad,⁶⁶ a través de la noción de interseccionalidad.

La expresión, acuñada originalmente por la abogada, académica y activista estadounidense Kimberlé Crenshaw, en su artículo “Demarginalising the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, publicado en 1989, tiene sus raíces en el concepto de sistemas de opresión “entrelazados”⁶⁷ al que solía referirse el Combahee River Collective, una organización feminista de lesbianas negras formada en Boston en 1974 y que, en 1978, lanzó una declaración para definir y fomentar el feminismo negro. En ella se afirmaba que “como mujeres negras, vemos el feminismo negro como el movimiento político lógico para combatir las múltiples y simultáneas opresiones a las que se enfrentan todas las mujeres negras”. Por tanto, el enfoque no se limitaba a la representación en los movimientos feministas y de derechos civiles, sino que abarcaba también la lucha por el reconocimiento como mujeres negras, y no solo como negras o solo como mujeres.⁶⁸

Crenshaw,⁶⁹ a su vez, amplió esta perspectiva, afirmando que para comprender la opresión de las mujeres negras era necesario examinar la intersección entre la negritud y la feminidad.

66 Florencia Luna, “Elucidando el concepto de vulnerabilidad: capas, no etiquetas”, *Revista Internacional de Enfoques Feministas de la Bioética*, 2009, pp. 121-139.

67 Cuando las feministas negras empezaron a hablar abiertamente de la naturaleza blanca y de clase media del movimiento feminista dominante, a muchas mujeres negras les resultó difícil identificarse con los temas del movimiento feminista dominante (blanco) como, por ejemplo, la presión de ser ama de casa. Las mujeres negras, que a menudo tenían que trabajar para mantener a sus familias y, por tanto, no podían permitirse el lujo de ser simplemente amas de casa, no sentían que estos temas estuvieran relacionados con sus experiencias. Al mismo tiempo, muchas mujeres negras experimentaron el sexismo mientras participaban en el movimiento por los derechos civiles y a menudo fueron excluidas de los puestos de liderazgo. Esta experiencia interseccional de enfrentarse al racismo en el movimiento feminista y al sexismo en los derechos civiles animó a las mujeres negras a reclamar una práctica feminista que centralizara sus experiencias vividas.

68 Sarah el Gharib, “¿Qué es la interseccionalidad y por qué es importante?”, <https://www.globalcitizen.org/en/content/what-is-intersectionality-explained/>.

69 Crenshaw, “Demarginalising the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, Issue 1, pp. 139-167.

Aunque muchas de las que defendieron la interseccionalidad desde el principio fueron mujeres afroamericanas, la teoría resultó necesaria para comprender una amplia gama de diferencias y desigualdades, como la orientación sexual, la edad, la clase social y la discapacidad, entre otras.

A partir de estas luchas y experiencias, Crenshaw siguió definiendo el término en el contexto de las leyes contra la discriminación, al entender que no abordan suficientemente las experiencias de las mujeres negras que se enfrentan a la discriminación y la exclusión en diversos contextos. Según ella, las leyes existentes solo tienen en cuenta el género y la raza, y no las formas en que las experiencias de las mujeres negras se ven exacerbadas por el sexismo y el racismo.⁷⁰ En su opinión, la opresión no debe analizarse por separado, sino como interdependiente, y la interseccionalidad nació como la idea de que los individuos experimentan la opresión de forma diferente en función de su posición en los marcadores sociales.⁷¹

La discriminación interseccional es más difícil de identificar,⁷² porque los contextos económicos, culturales y sociales conforman silenciosamente las relaciones dentro de este sistema de subordinación, provocando enfoques “infrainclusivos” de la discriminación, cuando la diferencia hace invisible un conjunto de problemas (como en el caso en que un subconjunto de mujeres subordinadas se enfrentan a un problema en parte por ser mujeres y en parte por su raza, pero esto no se considera un problema de género porque las mujeres de los grupos dominantes no sufren la misma experiencia) o enfoques “sobreinclusivos”, cuando la diferencia ni siquiera se percibe (como en el caso en que un problema se impone solo a un subgrupo de mujeres y se absorbe como una simple cuestión de género, mientras

70 La autora menciona que estos aspectos también se reflejan en el ámbito jurisdiccional y en la forma en que los tribunales tienden a leer los casos en los que están implicadas mujeres negras, reproduciendo la lógica sectaria, que se centra por separado en las causas de la discriminación: “Una forma de abordar el problema de la interseccionalidad es examinar cómo los tribunales enmarcan e interpretan las historias de las mujeres negras demandantes. Aunque no puedo afirmar que conozca las circunstancias subyacentes a los casos que voy a analizar, creo, no obstante, que la forma en que los tribunales interpretan las demandas presentadas por mujeres negras forma parte en sí misma de la experiencia de las mujeres negras y, en consecuencia, un somero examen de los casos en los que intervienen mujeres negras demandantes resulta bastante revelador”. Crenshaw, “Demarginalising”, *op. cit.*, pp. 139-167.

71 *Idem.*

72 Kimberlé Crenshaw, “Ponencia para la reunión de expertos sobre los aspectos de género de la discriminación racial”, *Revista Estudios Feministas*, n.º 12, 2002, pp. 174-176.

que las circunstancias demuestran que la marginación tiene un vínculo con otro factor no percibido, como en el caso de la trata de mujeres, donde la cuestión racial y social es relevante para entender a qué mujeres afecta).

Así pues, la interseccionalidad se centra en el estudio de las identidades sociales superpuestas o que se entrecruzan y los sistemas de opresión, dominación o discriminación relacionados.⁷³ La teoría sugiere que —y trata de examinar cómo— diversas categorías: biológicas, sociales y culturales, como el género, la raza, la clase, la capacidad, la orientación sexual, la religión, la casta, la edad, la nacionalidad y otros ejes sectoriales de identidad interactúan en niveles múltiples y a menudo simultáneos. En otras palabras, la teoría desarrolla el argumento de que las personas se ven a menudo desfavorecidas por múltiples fuentes de opresión: su raza, clase, identidad de género, orientación sexual, religión y otros marcadores de identidad, reconociendo que no existen independientemente unas de otras y que se refuerzan mutuamente creando a menudo una compleja convergencia de opresión.⁷⁴

Para ayudar a visualizar lo que esto implica, Crenshaw ofrece el ejemplo de carreteras que se cruzan: la carretera del racismo se cruza con las calles del colonialismo y el patriarcado, y los “accidentes” se producen en las intersecciones, lo que genera un triple o múltiple manto de opresión.⁷⁵

Este enfoque es, a su vez, crucial para comprender las desigualdades a las que se enfrentan los distintos grupos y, por extensión, cómo superarlas, teniendo en cuenta la complejidad de identidades y pautas de opresión a las que se enfrentan los individuos en una sociedad determinada.⁷⁶

73 Silvio Luiz de Almeida, *Racismo estructural*, São Paulo, Sueli Carneiro, Pólen, 2019, p. 102.

74 Laura Clérico y Natalia Bórquez, “Un tímido retorno al análisis de estereotipos: el estereotipo combinado”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, n.º 26, 2021, pp. 1-28.

75 Como ejemplo, la autora menciona la diferencia salarial en Estados Unidos, donde las mujeres ganan 83 céntimos por cada dólar que gana un hombre. Sin embargo, esta cifra cambia rápidamente cuando se tienen en cuenta identidades adicionales, ya que las mujeres negras ganan solo 64 céntimos por cada dólar que gana un hombre blanco. Si este hecho solo se considerara desde la perspectiva de género, no sería posible ver cómo el factor racial amplía esta disparidad. Del mismo modo, si la diferencia salarial se entendiera solo desde una perspectiva racial, no quedaría claro cómo afecta el género a la opresión de las mujeres negras. Crenshaw, “Demarginalising”, *op. cit.*, pp. 139-167.

76 Sumi Cho, Kimberlé Crenshaw y Leslie Mc-Call, “Hacia un campo de estudios de interseccionalidad: teoría, aplicación y praxis”, *SIGNS - Journal of Women in Culture and Society*, n.º 4, 2013, pp. 785-810.

Por tanto, un mismo individuo puede estar inserto en un contexto en el que se superponga más de una “capa de vulnerabilidad”, por lo que el concepto se relaciona con situaciones concretas, sin generalizaciones ni clasificaciones abstractas, ya que la vulnerabilidad no puede entenderse como una situación permanente o una condición categórica. Por lo tanto, la cuestión central no es si una persona es vulnerable (desde una perspectiva estigmatizadora), sino si se encuentra en una situación (contexto social) que la hace vulnerable, y es posible que distintas vulnerabilidades se superpongan y refuercen entre sí.⁷⁷

Es el caso, por ejemplo, de una mujer pobre, seropositiva y homosexual. Aquí podemos ver la incidencia de múltiples factores que agravan la situación de discriminación por ser mujer (género), que son los factores de pobreza, enfermedad (VIH), así como la orientación sexual, lo que aumenta el riesgo de que esta mujer sufra algún acto de violencia u otras violaciones de derechos humanos.⁷⁸

Este aspecto se destaca, por ejemplo, en la sentencia del Caso González Lluy y otros vs. Ecuador,⁷⁹ en la que la Corte IDH concluyó que en relación con la niña Talía confluyeron múltiples factores de discriminación que agravaron su situación de vulnerabilidad y aumentaron el riesgo de discriminación. Era niña, mujer, pobre y seropositiva, y cada una de estas cuestiones aumentaba, en mayor o menor medida, el nivel de estigmatización y violencia que sufría la víctima.⁸⁰

Esto significa que la interseccionalidad es un aspecto que necesariamente hay que tener en cuenta, porque la estigmatización no impacta de forma homogénea en todas las personas, y sus efectos se intensifican en aquellos grupos ya afectados por otros factores de marginación.⁸¹

77 Luna, “Elucidando el concepto”, *op. cit.*, pp. 128-129.

78 *Idem.*

79 Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 01 de septiembre de 2015, Serie C, No. 298.

80 Nos damos cuenta de que, en este caso, no se trata solo de una “suma” de vulnerabilidades, ya que también existe una interacción y un refuerzo multidimensional de esta vulnerabilidad. En otras palabras, la condición de ser pobre refuerza la vulnerabilidad de las mujeres, que condiciona y acrecienta su condición, y existe una interacción y refuerzo mutuo entre estos factores.

81 En palabras de la Corte IDH, “en definitiva, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no tiene un impacto homogéneo en todas las personas y que los impactos en los grupos que son a su vez marginados son más graves”. Véase el Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.

Es importante señalar, sin embargo, la crítica que hace Gharib⁸² de que este marco crítico a menudo se malinterpreta, y que incluso en los círculos progresistas que incorporan el pensamiento interseccional, la interseccionalidad se utiliza a menudo como una descripción vaga del simple hecho de que alguien es miembro de más de un grupo social cuya voz merece ser escuchada. Hay que entender que este concepto va mucho más allá, caracterizándola como una poderosa lente para ayudar a comprender –y superar– la profunda desigualdad estructural que existe en la sociedad.

En la misma línea, Góngora Mera,⁸³ refiriéndose a la aplicación del enfoque de interseccionalidad en el Caso Ramírez vs. Guatemala (especialmente en los párrafos 303 y 304 de la sentencia), argumenta que la Corte IDH analiza cada motivo de discriminación por separado y, al encontrar que existe más de un factor relevante de discriminación, concluye que la discriminación es interseccional como parte final del examen de la violación de derechos, por lo que este análisis aparece como una “simple suma de discriminaciones”.

Otra crítica que merece la pena destacar es la de Celal,⁸⁴ que llama la atención sobre el hecho de que a menudo se hace referencia a la interseccionalidad en términos que vacían su potencial transformador, que es un reflejo de la propia sociedad, al tiempo que contribuyen a ahondar aún más las desigualdades: “en mi trabajo a lo largo de los años, he observado una tendencia hacia conceptos más seguros como diversidad e inclusión. Aunque sin duda son importantes, el problema es que pueden pasar por alto por qué hay falta de diversidad y qué impulsa la exclusión para empezar”.

82 Sarah el Gharib, “¿Qué es la interseccionalidad y por qué es importante?”. <https://www.globalcitizen.org/en/content/what-is-intersectionality-explained/>.

83 Manuel Góngora Mera, “La discriminación en un contexto interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Mariela Morales Antoniazzi, Liliana Ronconi y Laura Clérico (eds.), *Interamericanización de los DESCAs: el caso Cuscul Pivaral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Max Planck Institut, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Heidelberg, 2020, p. 423.

84 Rana Zincir Celal, “Interseccionalidad y desigualdad”, en *El poder transformador de la interseccionalidad*, Gerlingen, Robert Bosch Stiftung, 2020, p. 8. Traducción libre: “En mi trabajo a lo largo de los años, he observado una tendencia a utilizar conceptos más seguros como diversidad e inclusión. Aunque sin duda son importantes, el problema es que pueden encubrir por qué hay una falta de diversidad y qué lleva a la exclusión en primer lugar”.

Desde esta perspectiva, la noción de interseccionalidad, como proceso permanente y constante (*work in progress*),⁸⁵ puede jugar un papel importante en el abordaje de la discriminación, especialmente la relacionada con grupos históricamente estigmatizados, ya que busca identificar las raíces del problema y sus repercusiones sociales, económicas y culturales, desde una perspectiva amplia que busca incorporar la complejidad en la que se insertan las personas víctimas de discriminación.

Discriminación estructural y “acumulación de desventajas”

En una línea similar al enfoque de la interseccionalidad, la teoría de la “acumulación de desventajas”, desarrollada por Owen Fiss,⁸⁶ es un enfoque teórico que examina cómo diversas desventajas sociales y económicas se combinan y refuerzan entre sí a lo largo del tiempo, para dar lugar a una exacerbación de las desigualdades. Podemos citar como principios elementales de esta teoría los siguientes:

- *Interseccionalidad*: las desventajas no operan de forma aislada; al contrario, factores como la raza, el sexo, la clase social, la discapacidad y otros pueden solaparse, creando barreras adicionales para las personas que se encuentran en la intersección de estas categorías.
- *Ciclo de refuerzo*: las desventajas sociales y económicas tienden a reforzarse mutuamente; una persona que crece en un entorno de pobreza, por ejemplo, puede tener un acceso limitado a una educación de calidad, lo que a su vez limita sus oportunidades de empleo, perpetuando el ciclo de pobreza.
- *Impacto sistémico*: la acumulación de desventajas no es solo un fenómeno individual, sino también un reflejo de estructuras y sistemas sociales que perpetúan la desigualdad, y las leyes, políticas y prácticas institucionales tienden a contribuir al mantenimiento de estas desventajas.

Este concepto, a su vez, está estrechamente relacionado con la noción de *disparate impact* o la de “discriminación indirecta”, cuyo ejemplo emblemático es el caso Griggs contra Duke Power Co., juzgado por la Corte

85 Devon Carbado *et al.*, “Interseccionalidad: cartografiando los movimientos de una teoría”, *Du Bois Review - investigación en ciencias sociales sobre la raza*, n.º 10, 2013, p. 305.

86 Fiss, “La acumulación de desventajas”, *op. cit.*, pp. 1945-1976.

Suprema estadounidense en 1971, que constituye un hito en la jurisprudencia de este país, ya que abrió el camino a la percepción de la incidencia de factores múltiples y complejos en relación con el derecho a la igualdad. En este caso, la empresa Duke Power exigía a los empleados que se sometieran a una prueba de inteligencia y tuvieran un diploma de enseñanza secundaria para poder ascender. Aunque estos requisitos eran neutrales desde el punto de vista racial, dieron lugar a una exclusión desproporcionada de los empleados afroamericanos, que históricamente habían tenido menos acceso a estos recursos educativos debido a prácticas discriminatorias. Desde esta perspectiva, incluso una conducta que no es discriminatoria por naturaleza puede acabar perpetuando la discriminación, por no tener en cuenta el contexto en el que se inserta.

En su decisión, el Tribunal estableció tres pasos para evaluar los requisitos de contratación, método que se ha dado en llamar “principio de Griggs”:⁸⁷ 1) el demandante debe demostrar en primer lugar que la prueba impugnada (los criterios de selección) ha tenido un impacto adverso y desigual sobre los afrodescendientes;⁸⁸ 2) una vez completado el primer paso, corresponderá a la empresa demostrar que la prueba de selección (los criterios utilizados) es razonable para medir el rendimiento en el trabajo; 3) si la empresa demuestra la razonabilidad, corresponderá al postulante demostrar la existencia de otros medios de medición del desempeño laboral que tengan efectos menos adversos para el colectivo afrodescendiente, como alternativa al que perpetúa la desigualdad existente.⁸⁹

87 *Ibid.*, pp. 97-98.

88 Cabe señalar que, a pesar de avanzar en la comprensión de la discriminación y la desigualdad, reconociendo su dimensión estructural, no existe una lógica de protección diferenciada para los grupos víctimas de discriminación, como en los casos de utilización del “escrutinio estricto de proporcionalidad” y de inversión de la carga de la prueba. Eliziane Fardin de Vargas y Mônia Clarissa Hennig Leal, *La utilización de la noción de “categoría sospechosa” de discriminación y del “escrutinio estricto de proporcionalidad” por el Supremo Tribunal Federal en el juzgamiento de acciones relativas a grupos vulnerables*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2024, p. 104.

89 Es interesante notar, a este respecto, que la concepción de Fiss sobre la superación de esas desigualdades de carácter más amplio y estructural involucra en gran medida la actuación del Poder Judicial, más específicamente de la Corte Suprema, por lo que es posible establecer aquí una relación con la concepción del papel y de la legitimidad de la jurisdicción constitucional. Siegel critica este aspecto cuando, a pesar de haber sido discípula de Fiss, defiende la adopción de una postura dialógica en la labor de los poderes del Estado: “Soy escéptica del enfoque de cambio constitucional planteado por Hess y centrado en las cortes. Yo contrapongo su relato juricéntrico del cambio constitucional a un relato dialógico, un relato en el que los

Asociada a esta, la Corte utilizó también la llamada “teoría de la responsabilidad acumulativa” (implícita en la sentencia *Estados Unidos c. Gaston Country* de 1969⁹⁰ y retomada posteriormente en *Griggs c. Duke Power Company* de 1971), que condena la participación de cualquier institución, independientemente de su historia, por prácticas que agraven, perpetúen o simplemente se sumen a cualquiera de las desventajas existentes en relación con los afrodescendientes. En este caso, la desventaja en la educación conduce a la desventaja en el empleo, perpetuando así la discriminación de forma indirecta, por lo que reconoció la responsabilidad de una empresa privada por la discriminación racial, que se añade a la discriminación perpetrada por las autoridades educativas, y estos comportamientos forman parte de un contexto de discriminación estructural.

A la luz de esto, en Estados Unidos se ha desarrollado la noción de “discriminación indirecta”, que se produce cuando una práctica no tiene en cuenta el efecto de perpetuar una discriminación previa y estructural, es decir, cuando una determinada conducta, analizada individualmente, no parece discriminatoria, pero si se analiza en el contexto de la estratificación social, acaba mostrando una perpetuación de la discriminación, reforzando las desventajas acumuladas en relación con un determinado grupo.⁹¹

Por ello, la noción de “discriminación indirecta”, que también está estrechamente relacionada con la teoría del “impacto desproporcionado”,⁹² puede utilizarse para impugnar medidas públicas o privadas aparentemente neutras, pero cuya aplicación concreta se traduce, de manera

tribunales interactúan con las instituciones del gobierno representativo y con el propio pueblo en la interpretación de la Constitución”. La autora igualmente argumenta que la noción de “impacto dispar” también debería aplicarse a otros grupos, y no sólo en relación con el racismo. Reva Siegel, “The constitutionalisation of ‘disparate impact’ - Court centered and popular pathways: a comment on Owen Fiss’s Brennan Lecture”, *California Law Review*, n.º 6, 2018, p. 2004 (traducción propia).

90 En el caso, se condenó al condado de Gaston por la práctica de denegar a los afrodescendientes el derecho de voto porque no superaban una prueba de alfabetización, sin tener en cuenta que se les negaban sistemáticamente oportunidades educativas cuando eran niños, lo que ponía en peligro su igualdad con los demás. Fiss, “La acumulación”, *op. cit.*, p. 97.

91 *Ibid.*, pp. 97-99.

92 La teoría del “impacto desproporcionado” se desarrolló en el contexto de la lucha contra la discriminación en los Estados Unidos, abordando las prácticas que, aunque aparentemente neutras y no intencionadamente discriminatorias, tienen efectos negativos desproporcionados para los grupos protegidos, como las minorías raciales, las mujeres, las personas con discapacidad, entre otros. Reva Siegel, “The constitutionalisation”, *op. cit.*

intencional o no, en un perjuicio manifiesto para las minorías o los grupos estigmatizados.⁹³

En cuanto al examen de la “discriminación indirecta”, Fiss⁹⁴ analiza que la comprensión de las decisiones antidiscriminatorias (en el ámbito racial) no debe centrarse solo en la conducta individual. Considera que la cuestión debe examinarse de forma más amplia, en relación con la estratificación social arraigada en la esclavitud y mantenida por las llamadas leyes Jim Crow.⁹⁵ La discriminación basada en la raza sería solo una de las técnicas utilizadas contra este grupo para mantener la estructura social, siendo únicamente un instrumento del problema mayor, que es la subordinación perpetua y sistemática de un grupo racialmente definido.⁹⁶ La teoría, sin embargo, solo analiza la interconexión entre las desventajas en un

93 Daniel Sarmiento, “La ubicuidad constitucional: las dos caras de la moneda”, en Cláudio Pereira de Souza Neto y Daniel Sarmiento (ed.), *Constitucionalización del Derecho: fundamentos teóricos y aplicaciones concretas*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007, pp. 113-148.

94 Fiss, “La acumulación”, *op. cit.*, pp. 99-100.

95 Las leyes Jim Crow eran un conjunto de normativas estatales y locales de Estados Unidos que institucionalizaban la segregación racial y la discriminación contra los afroamericanos. Principalmente en los estados del sur, estas leyes se implantaron tras la Reconstrucción, en torno a 1877, y permanecieron en vigor hasta el movimiento por los derechos civiles de las décadas de los cincuenta y sesenta. El nombre “Jim Crow” deriva de un personaje ficticio de los programas de humor del siglo XIX que representaba estereotipos racistas sobre los afroamericanos. Segregaban prácticamente todos los ámbitos de la vida pública y privada, incluyendo: a) educación: escuelas y universidades separadas para blancos y negros; b) transporte público: autobuses, trenes y otras formas de transporte público con zonas separadas para blancos y negros; c) instalaciones públicas: aseos, fuentes, restaurantes, teatros y otros lugares públicos segregados; d) vivienda: barrios y zonas residenciales segregadas; e) matrimonios: leyes que prohibían el matrimonio interracial (mestizaje). También se crearon diversas barreras para impedir el voto de los afroamericanos, como: a) pruebas de alfabetización: exámenes que a menudo se aplicaban arbitrariamente para descalificar a los votantes negros; b) impuestos de capitación: tasas que los votantes debían pagar para poder votar, discriminando económicamente a los afroamericanos; c) cláusulas de ascendencia: normas que solo permitían votar a aquellos cuyos abuelos ya tenían derecho a hacerlo, excluyendo a los descendientes de esclavos. La aplicación de estas leyes solía ir acompañada de violencia e intimidación por parte de grupos como el Ku Klux Klan, así como de linchamientos y otras formas de terrorismo racial que las autoridades locales toleraban o incluso fomentaban. Aunque las leyes Jim Crow han sido abolidas formalmente, el legado de estas prácticas de segregación y discriminación aún se deja sentir en el país, ya que persisten la desigualdad racial, la discriminación sistémica y las disparidades socioeconómicas.

96 Dérique Soares Crestane y Mônia Clarissa Hennig Leal, *Discriminação estrutural e discriminação algorítmica*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2024, p. 29.

área (como la educación) que afectan y repercuten en otra (como el trabajo), tratando de demostrar que la desigualdad genera más desigualdad.

Por tanto, la teoría de la responsabilidad acumulativa también contribuye a la aplicación del principio de igualdad en aquellas situaciones en las que, *a priori*, no existen indicios de discriminación, desplazando el foco de atención al contexto en el que se inserta la conducta, desde una perspectiva de acumulación de actos discriminatorios. Así, circunstancias que en un principio parecen inocentes y aparentan cumplir con el principio de igualdad, dentro de un contexto mayor, visto desde una perspectiva más amplia (como ocurre en los casos de discriminación estructural, por ejemplo), pueden ser en realidad un factor discriminatorio más para determinadas colectividades.

Según Primus,⁹⁷ la teoría de Fiss da lugar a la noción de “responsabilidad acumulativa”, que puede entenderse de dos maneras: una descriptiva (que entiende la desigualdad como producto de la discriminación desde diferentes perspectivas) y otra normativa (según la cual la sociedad tiene el deber de cambiar el sistema), considerándose la responsabilidad como una “obligación”:

... la Segunda Reconstrucción dio fuerza a una idea que él [Fiss] denomina Teoría de la Responsabilidad Acumulativa. Según tengo entendido, esa teoría tiene dos aspectos: uno descriptivo y otro normativo. Como teoría descriptiva, la Teoría de la Responsabilidad Acumulativa insiste en que la desigualdad, o quizás el tipo específico de desigualdad que existe entre los grupos demográficos privilegiados y desfavorecidos, es el producto de la discriminación en muchos entornos diferentes, y no en un único entorno. Lo que crea el sistema jerárquico es la fuerza combinada de muchos procesos sociales que se refuerzan mutuamente. Como teoría normativa, la Teoría de la Responsabilidad Acumulativa insiste en que la sociedad tiene el deber colectivo de corregir el sistema de desigualdad que crean y sostienen esos procesos discriminatorios que se refuerzan mutuamente. En la Teoría de la Responsabilidad Acumulativa, la afirmación descriptiva toma “responsabilidad” como sinónimo de “causalidad”. La afirmación normativa toma “responsabilidad” como sinónimo de “obligación”.⁹⁸

97 Richard Primus, “Segunda redención, tercera reconstrucción”, *California Law Review*, n.º 6, 2018, pp. 1989-1990.

98 *Idem*.

Desde esta perspectiva, promover la igualdad, superando sus aspectos estructurales, no es una cuestión sencilla, por lo que requiere la actuación de todos los poderes del Estado –ejecutivo, legislativo y judicial–, así como de la propia sociedad.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y tensiones clásicas en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 11, 2009, pp. 7-39. 10.18800/derechopucp.200902.005.
- Aldao, Martín y Laura Clérico, “Igualdad multidimensional (redistribución, reconocimiento, participación) para revisar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Flores Pantoja (eds.), *El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021, pp. 53-92.
- Almeida, Silvio Luiz de, *Racismo estructural*, São Paulo, Sueli Carneiro, Pólen, 2019.
- Arendt, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006.
- Brito, Jaime Domingues, “Minorias e Grupos Vulneráveis: Avaliando as possíveis diferenças para efeitos de implementação de políticas públicas”, *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopoli*, n.º 11, 2009, pp. 95-110. 10.35356/argumenta.v11i11.145.
- Carbado, Devon *et al.*, “Interseccionalidad: cartografiando los movimientos de una teoría”. *Du Bois Review - investigación en ciencias sociales sobre la raza*, n.º 10, 2013, pp. 303-312.
- Carbonell, Miguel, “Constitucionalismo, minorías y derecho”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 12, 2000, pp. 95-118.
- Celal, Rana Zincir, “Interseccionalidad y desigualdad”, en *El poder transformador de la interseccionalidad*, Gerlingen, Robert Bosch Stiftung, 2020.
- Cho, Sumi, Kimberlé Crenshaw y Leslie McCall, “Hacia un campo de estudios de interseccionalidad: teoría, aplicación y praxis”, *SIGNS – Journal of Women in Culture and Society*, n.º 4, 2013, pp. 785-810.
- Clérico, Laura y Martín Aldao, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte

- Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2011, pp. 157-197.
- Clérico, Laura y Martín Aldao, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 89, 2011, pp. 141-179.
- Clérico, Laura y Natalia Bórquez, “Un tímido retorno al análisis de estereotipos: el estereotipo combinado”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, n.º 26, 2021, pp. 1-28.
- Crenshaw, Kimberlé, “Demarginalising the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167.
- Crenshaw, Kimberlé, “Ponencia para la reunión de expertos sobre los aspectos de género de la discriminación racial”, *Revista Estudos Feministas*, n.º 12, 2002, pp. 171-188.
- Crestane, Dérique Soares y Mônia Clarissa Hennig Leal, *Discriminação estrutural e discriminação algorítmica*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2024.
- Denninger, Erhard y Dieter Grimm, *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural*, Madrid, Trotta, 2007.
- Fiss, Owen, “La acumulación de desventajas”, *California Law Review*, n.º 6, 2018, pp. 1994-1976.
- Fiss, Owen, “La acumulación de desventajas”, en Juan Francisco Patzán Sánchez (ed.), *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44, 2021, pp. 96-129. 10.15779/Z38P55DH0H.
- Fiss, Owen, “Los grupos y la Cláusula de Igual Protección”, en Roberto Gargarella (ed.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 137-167.
- Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era ‘postsocialista’”, en Julio Assis Simões (ed.), *Cadernos de Campo*, n.º 14-15, 2006, pp. 231-239.
- Góngora Mera, Manuel, “La discriminación en un contexto interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Mariela Morales Antoniazzi, Liliana Ronconi y Laura Clérico (eds.), *Interamericanización de los DESCA: el caso Cuscul Pivaral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Heidelberg,

- Max Planck Institut, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, p. 423.
- Hennig Leal, Mônia Clarissa, “Derechos de grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en César Landa Arroyo (eds.), *Derechos fundamentales: actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima, Palestra, 2018, pp. 271-291.
- Kirste, Stephan, “Individualism and collectivism in the foundation of group rights”, en Kenneth Einar Himma y Bojan Spaic (eds.), *Derechos fundamentales: justificación e interpretación*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2016, pp. 27-45.
- Luna, Florencia, “Elucidando el concepto de vulnerabilidad: capas, no etiquetas”, *Revista Internacional de Enfoques Feministas de la Bioética*, 2009, pp. 121-139.
- Menezes Júnior, Eumar Evangelista de, Edson de Souza Brito y Maria Helena Borges de Souza, “Direitos das minorias e múltiplas perspectivas jurídicas e sociais”, *Revista Cadernos de Ciência Social da UFRPE*, n.º 4, 2014, pp. 65-78.
- Post, Robert y Reva Siegel, “Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash”, *Harvard Civil Law-Civil Liberties Law Review*, n.º 42, 2007, pp. 373-433.
- Primus, Richard, “Segunda redención, tercera reconstrucción”, *California Law Review*, n.º 6, 2018, pp. 1987-1999.
- Rojas Nash, Claudio y Valeska David, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Claudio Nash Rojas (ed.), *El control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, México D. F., Porrúa, 2013, pp. 543-587.
- Rojas Nash, Claudio, “Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna ‘Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia’”, en Víctor Bazán (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales - las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 125-145.
- Saba, Roberto, “(Des)Igualdad estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, n.º 11, 2005, pp. 123-147.
- Saba, Roberto, “Desigualdad estructural y acción afirmativa”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (eds.), *Acción afirmativa: política para una*

democracia efectiva, Santiago de Chile, Fundación Equitas, Ril Editores, 2013, pp. 85-125.

Saba, Roberto, “La discriminación positiva y las dos caras de la igualdad”, en Ana María Ibarra Olguín (ed.), *Discriminación: piezas para armar*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 81-139.

Sagüés, María Sofia. “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Pantoja Flores (eds.), *Inclusión, Ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana el caso del campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 129-180.

Sarah el Gharib, “¿Qué es la interseccionalidad y por qué es importante?”. <https://www.globalcitizen.org/en/content/what-is-intersectionality-explained/>.

Sarmiento, Daniel, “La ubicuidad constitucional: las dos caras de la moneda”, en Cláudio Pereira de Souza Neto y Daniel Sarmiento (eds.), *Constitucionalización del Derecho: fundamentos teóricos y aplicaciones concretas*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007, pp. 113-148.

Siegel, Rev, “The constitutionalisation of ‘disparate impact’ - Court centered and popular pathways: a comment on Owen Fiss’s Brennan Lecture”, *California Law Review*, n.º 6, 2018.

Siqueira, Dirceu Pereira y Lorena Roberta Barbosa Castro, “Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como factor preponderante para uma real inclusão social”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, n.º 1, 2017, pp. 105-122. 10.25245/rdspp.v5i1.219.

Vargas, Eliziane Fardin de y Mônia Clarissa Hennig Leal, *La utilización de la noción de “categoría sospechosa” de discriminación y del “escrutinio estricto de proporcionalidad” por el Supremo Tribunal Federal en el juzgamiento de acciones relativas a grupos vulnerables*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2024.

Mônia Clarissa Hennig Leal

Editora de la serie

La protección de grupos vulnerables en el orden constitucional argentino: de las pautas normativas a la jurisdicción tuitiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

ARGENTINA

María Sofía Sagüés*

La protección constitucional del derecho de igualdad y no discriminación en la Constitución argentina: el camino progresivo hacia la igualdad sustancial

En el orden constitucional argentino se ha producido un desarrollo de los conceptos de igualdad y no discriminación que acompaña su evolución, que puede verificarse tanto a nivel constitucional como en el marco del orden internacional de los derechos humanos.

Así, en un primer texto histórico se partió del concepto de “igualdad” ínsito en la Constitución de 1853/60, gestada en un contexto ideológico liberal individualista, aunque con tintes iusnaturalistas teocráticos, vinculado al principio de la igualdad formal: “todos sus habitantes son iguales ante la ley” (art. 16), del cual se desprendía el principio de neutralidad del Estado.

En consonancia, la Constitución originaria decretó la abolición completa de la esclavitud (art. 15), rechazó las prerrogativas de sangre y de nacimiento, eliminó los fueros personales y los títulos de nobleza, declaró la igualdad como la base de los impuestos y de las cargas públicas, y señaló que todos eran admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad (art. 16).

Posteriormente, de conformidad con los ritmos del derecho constitucional comparado, en particular la Constitución social de Querétaro de 1917, de Weimar de 1920 y las consiguientes, en el derecho constitucional argentino se incorporaron tintes de constitucionalismo social, pero obstaculizados por conflictos políticos internos y escenarios de desconstitucionalización que impidieron una mutación sistemática.

* Doctora en Derecho, Universidad Católica Argentina. Actualmente se desempeña como secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. mssagues@gmail.com.

En efecto, la Constitución aprobada con tal orientación en el año 1949, que preveía la protección específica de grupos a través del reconocimiento de los derechos del trabajador; de la mujer, la familia y la ancianidad; la educación y la cultura, entre otros, fue dejada sin efecto por un gobierno de facto, que restableció el texto originario y en 1957 convocó a una reforma (con el partido mayoritario proscrito), y concluyó con la inclusión de un solo artículo de tres párrafos. El nuevo artículo 14 “bis” estableció obligaciones a cargo del Estado de proteger a los trabajadores asegurándoles derechos básicos y dictó las bases de la seguridad social.

Desde el punto de vista conceptual, la noción de igualdad recibió un impacto basal en esta reforma, en la que se evolucionó hacia una concepción sustancial y material, con la inclusión de sujetos de tutela constitucional preferente, a la luz de la consagración de los derechos del trabajador.

Este camino fue ahondado en la reforma de 1994, de importante tenor social, donde se apuntó a la “igualdad real de oportunidades” de mujeres y varones en el campo de los derechos políticos (art. 37) y, en general, de mujeres, niños, ancianos y discapacitados (art. 75, inc. 23). También previó la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna en el ámbito educativo (art. 75, inc. 19). Incluso exigió programar, en los dos primeros artículos citados, acciones positivas (*affirmative actions*) para asegurar tal igualdad real.

Con relación al primer supuesto, una cláusula transitoria exigió que las acciones afirmativas existentes al momento de la reforma no fueran disminuidas posteriormente. En el segundo artículo, si bien se establece como “potestad” del Congreso instrumentar este tipo de medidas, la jurisprudencia del máximo tribunal lo ha entendido como obligatorio, en virtud del actual concepto de “igualdad”, como se verá más adelante.

Fórmulas de previsión constitucional de protección de los “grupos vulnerables”

La Constitución argentina contiene diversos dispositivos que se vinculan con el reconocimiento del derecho a la igualdad, en particular la igualdad de oportunidades, la veda a la discriminación, y proyectan su espíritu tuitivo a grupos vulnerables. Estas pautas, dispersas a lo largo de distintos sectores de la norma fundamental argentina, tienen diversa naturaleza, y pueden recibir una lectura articulada y sistémica.

Siguiendo el orden expositivo del texto, podemos encontrar las siguientes pautas jurídicas:

- a. Normas genéricas consagradoras del derecho a la igualdad.¹
- b. Exigencia de igualdad en el marco del sistema federal, con principios que se proyectan horizontalmente entre provincias, y entre estas y la Ciudad de Buenos Aires.²
- c. Cláusulas sistémicas que habilitan remedios idóneos en tutela de la igualdad, entre las cuales encontramos la previsión expresa del amparo colectivo para supuestos de discriminación.³
- d. Reconocimiento del derecho al desarrollo, progreso económico en clave social y educación con igualdad de oportunidades.⁴
- e. Consagración expresa de sujetos de tutela constitucional preferente: la Constitución argentina refiere específicamente a algunos grupos, a

1 Norma genérica de consagración del derecho a la igualdad, de génesis liberal individualista: Artículo 16. “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

2 Artículo 8°. “Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias. // Artículo 75 inc. 2, relativo a la distribución de fondos coparticipables entre los sujetos del estado federal: “La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.

3 Artículo 43 segundo párrafo: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

4 Artículo 75, corresponde al Congreso: “19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. // Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. // Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

los que reconoce una protección diferencial, es decir, refiere a tute-las o incluso prerrogativas específicas para estos grupos. Entre ellos, encontramos a los trabajadores;⁵ extranjeros;⁶ mujeres (ya sea ins-trumentando directamente medidas de acción positiva, o hacien-do referencia a la potestad genérica del Congreso de adoptarlas;⁷ consumidores y usuarios de bienes y servicios;⁸ y las comunidades

5 Artículo 14 bis. “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. // Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. // El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

6 Artículo 20. “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República. // Artículo 25. “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

7 Artículo 37. “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Un aspecto interesante es la disposición transitoria segunda: “Las acciones positivas a que alude el Artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”. En el artículo 75 inciso 23, se prevé como atribución del Congreso de la Nación el “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

8 Artículo 42. “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo

originarias.⁹ Los derechos específicamente reconocidos a cada grupo se vinculan con su naturaleza. Por ejemplo, el fomento de la inmigración europea, la participación de los consumidores o comunidades originarias en la adopción de decisiones públicas que les conciernen. Asimismo, se prevé como atribución del Congreso de la nación el “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de *los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*” (énfasis agregado).

- f. Reconocimiento expreso de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales que específicamente se orientan a la lucha contra la discriminación de algunos grupos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), la Convención sobre los Derechos del Niño, a las que posteriormente se sumaron¹⁰ la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, o bien que genéricamente consagran el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación (art.

y digno. // Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. // La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

9 Artículo 75 inc. 17, corresponde al Congreso: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

10 Como el texto habilita, el Poder Legislativo ha jerarquizado otros instrumentos de esta naturaleza.

75, inc. 22) como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha adoptado una lectura armonizadora de todos estos preceptos, y del bloque de constitucionalidad, a la luz de una noción real y sustancial de igualdad, comprensiva de la igualdad de oportunidades, a través de una serie de pronunciamientos articulados que se desarrollarán en los apartados siguientes.

El uso de las nociones de “minorías” y “grupos vulnerables” por la CSJN

En algunas oportunidades, el máximo tribunal argentino ha utilizado el término “minorías” para referirse a grupos con posiciones o puntos de vista no mayoritarios. En efecto, ha sostenido que “la república representativa, adoptada para el gobierno de la Nación en la Constitución, se funda en el respeto a la Ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquellas; por eso nada es superior a la ley, excepto la Constitución”.¹¹

La noción de “minoría” vinculada a la idea de igualdad, y el reconocimiento del valor de la diversidad pueden encontrarse en dos fallos de gran trascendencia del Tribunal. En el año 2006, la CSJN dictó un pronunciamiento que reconocía la personería jurídica de la Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual. El Tribunal fundó su decisión en que

... el “bien común”, en el marco del artículo 33, segunda parte, apartado 1 del Código Civil, no es una abstracción independiente de las personas o un

11 CSJN, *Fallos*: 343:195. En similar orientación, ha señalado: “Una interpretación que llevara al extremo la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso por un lado anularía el diálogo de poderes que la propia Constitución sustenta, mediante el cual cada uno de ellos encuentra, en su interrelación con los otros, la fuente de sus propios límites y una buena orientación general en las políticas de Estado y por otro lado, podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales” (*Fallos*: 330:3160).

espíritu colectivo diferente de éstas y menos aun lo que la mayoría considere “común” excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural.¹²

Un precedente importante en torno al tema fue la disidencia del juez Carlos Fayt en el caso “Comunidad Homosexual Argentina”, donde, contrario a la mayoría del Tribunal, sostuvo:

Existen categorías o grupos sociales respecto de los cuales no resulta apropiada la presunción general en favor de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, cuando ellos los afectan en sus libertades básicas. Este es el sentido esencial que se le debe otorgar a lo que se ha dado en llamar el *derecho de las minorías*, consagrado expresamente en constituciones modernas y que se induce de diversas disposiciones de la nuestra, como los arts. 16 y 19. En estas circunstancias es adecuado aun rechazar desde la óptica constitucional disposiciones legales previstas para la generalidad y que desatienden peculiaridades de aquéllas. (Énfasis agregado)¹³

Posteriormente, en el fallo “Partido Nuevo Triunfo”, el Tribunal confirmó la negación de personería política a un partido en cuya plataforma se hacían referencias racistas y se propugnaba la persecución de grupos por su origen nacional y por su género. La contundencia del Tribunal es elocuente, al señalar:

Cabe confirmar la decisión de la Cámara Nacional Electoral que denegó el reconocimiento de la personería jurídico-política en el Distrito Capital Federal requerida por una agrupación basada en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que dichas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, pues tal pronunciamiento respeta estrictamente el mandato de la ley nacional e internacional, no pudiendo legitimarse como partido político a quienes incurren en apología del odio e, indirectamente, incitan a la violencia, el doble castigo para los extranjeros, la utilización de símbolos del mismo modo en que

12 CSJN, Fallos: 329:5266.

13 CSJN, Fallos: 314:1531.

lo hacían los nazis y una terminología aludiendo a determinadas personas como subhumanas.¹⁴

Por su parte, puede encontrarse la noción de “grupos minoritarios” en la referencia a aspectos vinculados a la valorización y preservación de las diferencias, en decisiones relativas a discriminación religiosa.¹⁵ Esta referencia halla algunos antecedentes en votos particulares como, por ejemplo, en la causa “Sejean”, donde se consagró el derecho al divorcio vincular, lo que repercutió en la adopción de una ley en tal sentido. El voto del doctor Jorge Antonio Bacqué sostuvo:

En el campo de la elección de los mejores medios para lograr las finalidades del bien común que debe perseguir el poder de policía, el Poder Legislativo es la vía apta para llegar a decisiones basadas en el compromiso o en la voluntad de la mayoría; pero cuando se trata de precisar el contenido de los derechos de rango constitucional, adquiere toda su trascendencia el Poder Judicial, pues precisamente la Constitución los establece para proteger a cada persona, y por ende a los grupos minoritarios, contra las determinaciones de la mayoría, aun cuando dicha mayoría actúa según lo que estime que es el bien general o común.¹⁶

Por su parte, la posición sostenida por Enrique Santiago Petracchi en este mismo caso, expuso que

a los integrantes del Poder Judicial les corresponde el respeto a los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así en conquista irreversible del sistema democrático, en una de las formas más eficaces de resguardar la coexistencia social pacífica, asegurando el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos comparativos por conjuntos

14 CSJN, *Fallos*: 332:433.

15 En *Fallos*: 340:1795, que será desarrollado más adelante, el Tribunal expuso que “la norma del inciso ‘ñ’ del art. 27 de la ley 7546 de la Provincia de Salta si bien es en ‘apariencia’ neutral porque de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro, resulta incuestionable que ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios posibilitando que, a través de diversas manifestaciones, dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existan patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia *grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes*”. También se señaló: “Los desequilibrios fácticos que derivan del texto del inciso ‘ñ’ del art. 27 de la Ley 7546 de educación de la Provincia de Salta afectan la constitucionalidad de la norma, aumentando la situación de desventaja en que se encuentran los *grupos religiosos minoritarios y los no creyentes*” (énfasis agregado).

16 CSJN, *Fallos*: 308:2268.

de personas, *aun minoritarios*, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica. (Énfasis agregado)

Fuera de estos supuestos, el término “minorías” es utilizado generalmente por el máximo tribunal argentino para hacer referencia a grupos no mayoritarios en órganos de decisión, ya sea personas jurídicas de existencia ideal, cámaras del Congreso,¹⁷ el Consejo de la Magistratura,¹⁸ o tribunales colegiados.¹⁹

Por su parte, a partir de los inicios del siglo XXI puede encontrarse una profusa referencia a la noción de vulnerabilidad, con múltiples proyecciones. En efecto, la jurisprudencia del máximo tribunal vincula la idea de vulnerabilidad al desequilibrio y la necesidad de tratamiento diferencial, e incluso protección, sea que se trate de personas calificadas por la misma Constitución como “sujetos de tutela constitucional preferente”, o bien personas que se encuentren en tal situación de vulnerabilidad en términos fácticos, supuesto que las identifica por ser históricamente postergadas o débilmente protegidas. En algunos casos se ha identificado la vulnerabilidad en clave de desventaja comparativa, es decir, cuando un grupo se encuentra obligado a contar con mayores recursos que las otras personas para no ver comprometida seriamente su existencia o calidad de vida, y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.²⁰

Frente a tales situaciones la tutela excede, al entender del Tribunal, a las personas concretas involucradas, y se proyecta en términos de mandato constitucional dirigido al bien común de la sociedad. Así lo ha aclarado expresamente en un fallo donde se menciona que

... en los procesos referentes a *grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad (como lo es el de los niños), o bien que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos*, la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de *un fuerte interés estatal para su protección*, entendido como el de la sociedad en su conjunto. (Énfasis agregado)²¹

17 CSJN, Fallos: 345:1269, 333:1023, 322:528.

18 CSJN, Fallos: 345:1269.

19 CSJN, Fallos: 328:2702

20 CSJN, Fallos: 344:983, “García Blanco, Esteban” y 342:411, “García, María Isabel”.

21 CSJN, Fallos: 345:905.

Tal extensión ha llegado a abarcar, incluso, a personas jurídicas que se encuentren en un estado de vulnerabilidad por la circulación de sus datos personales.²²

Un salto cualitativo importante en esta orientación ha sido la aprobación, en el año 2009, de las 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.²³ Tales reglas fueron adoptadas en el año 2008 por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, afirmando un compromiso con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables.²⁴ En tal orientación, parten de considerar vulnerables a quienes, por diversas razones, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.²⁵

Identificada tal vulnerabilidad, a la luz de la nueva concepción de igualdad brindada por el constituyente de 1994, el tribunal ha concluido que del Estado se desprenden diversas obligaciones: “La reforma constitucional de 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de la tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo medidas de acción positiva –traducidas tanto en discriminaciones inversas cuanto en la asignación de cuotas benignas– en beneficio de ellas”.²⁶

En similar sentido, “a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos y dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico”.²⁷

22 CSJN, *Fallos*: 329:5239 (voto del juez Lorenzetti): “El bien jurídico protegido por la ley 25.326 es la privacidad en sentido amplio, contemplada en el art. 19 de la Carta Magna. Se trata de la protección de la persona y de la esfera de la individualidad personal, que en nuestro derecho incluye a las personas de existencia ideal, la que se encuentra en un estado de vulnerabilidad cuando los datos que le pertenecen circulan sin su control”.

23 Acordada 5/09.

24 Declaración de Brasilia, puntos 12 y 13.

25 CSJN, *Fallos*: 342:411, “García, María Isabel”.

26 CSJN, *Fallos*: 344:1788 (voto de los jueces Maqueda y Rosatti) y *Fallos*: 343:1805 (disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

27 CSJN, *Fallos*: 344:1788 (voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

Con base en tales pautas, la jurisprudencia del máximo tribunal exige ponderar “la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son”.²⁸

Cabe aclarar que pueden encontrarse algunos votos particulares en los que la diversidad cultural es considerada un elemento que contribuye a la vulnerabilidad. Así, el juez Rosatti ha señalado que “la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas –debido a su idiosincrasia que los diferencia de la mayoría de la población– exige que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses”.²⁹ De hecho, el juez Fayt ya había postulado la identificación de los pueblos originarios como sujetos o “seres” vulnerables.³⁰

Grupos considerados vulnerables por la CSJN

En diversos supuestos, la CSJN utiliza el término “vulnerabilidad” para referirse a distintos grupos, situaciones o medidas por adoptar. Seguiremos en el orden expositivo utilizado en el título 2 del presente artículo, es decir, se referirán los casos donde la Corte ha utilizado el término para destacar a sujetos de tutela constitucional preferente expresa, para luego mencionar otros grupos también calificados así, con base en su jurisprudencia.

Niños, niñas y adolescentes

En múltiples decisiones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha proyectado la “vulnerabilidad” de niños, niñas y adolescentes, tanto en aspectos sustanciales del ejercicio de sus derechos, como en pos de su acceso a la justicia.

Entre las líneas jurisprudenciales que ejemplifican esta visión encontramos la referencia a los niños, niñas y adolescentes como “los más vulnerables” de los involucrados, como resultado de vincular su condición con el concepto de interés superior del niño. En efecto, la Corte ha sostenido tradicionalmente que

28 CSJN, *Fallos*: 344:3307 (disidencia del juez Rosatti); CSJN, *Fallos*: 343:1871 (disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

29 CSJN, *Fallos*: 344:441 (voto del juez Rosatti).

30 CSJN, *Fallos*: 328:3555 (voto del juez Fayt).

... al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles.³¹

Pueden citarse aquí interesantes ejemplos de este criterio con relación al derecho a la identidad y la adopción.³² Incluso se ha tenido en cuenta la necesidad de recomponer equilibradamente la situación de vulnerabilidad de una niña involucrada.³³

Conforme la CSJN, la vulnerabilidad de la persona involucrada habilita la modulación del contenido sustancial de sus derechos. Así, por

31 CSJN, *Fallos*: 331:147; ver, asimismo, *Fallos*: 330:642.

32 CSJN, *Fallos*: 341:1733: “La declaración de estado de abandono y de situación de adoptabilidad, así como la guarda, unida a la vinculación con la familia biológica, en el marco del llamado ‘triángulo adoptivo-afectivo’, se presenta como la mejor alternativa para el sujeto más vulnerable de los involucrados, en el caso la niña”. *Fallos*: 335:1838: “Teniendo en cuenta que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, por lo que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que tuvo como consecuencia la desvinculación del menor de quien en vida lo cuidó generando un vínculo materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como su hijo en uno de sus testamentos ológrafos”, ver entre otros *Fallos*: 344:1901. *Fallos*: 341:1733: “Es improcedente la declaración de nulidad de una guarda provisoria y situación de adoptabilidad, si no es ajustada a las circunstancias actuales del juicio, lo cual no importa soslayar la trascendencia que tienen los lazos de sangre y el derecho fundamental del niño a su identidad ni sancionar a la progenitora por haberlo dado en adopción, sino por el contrario, se trata de considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles”.

33 CSJN, *Fallos*: 344:2647: “La decisión de mantener la declaración de adoptabilidad no importa soslayar la trascendencia que tienen los lazos de sangre y el ineludible derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia a la que se le ha otorgado la guarda con fines de adopción respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta; y mucho menos estigmatizar a la progenitora por conductas pasadas, pues por el contrario se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer, por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos”.

ejemplo, la situación de vulnerabilidad se utilizó para exigir preservar en el tiempo la cuota alimentaria, más allá de la prohibición legal de indexar.³⁴

En determinados casos, el derecho a la privacidad familiar resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés sobre todos los intereses en juego.³⁵

Ello cobra especial énfasis en supuestos de interseccionalidad, como es el de menores privados de su libertad.³⁶

También se ha utilizado el principio de instrumentalidad subjetiva y exigencia de la ponderación de la vulnerabilidad de un niño, niña y adolescente al determinar aspectos relativos al proceso judicial. En numerosas oportunidades, el máximo tribunal ha descalificado como arbitrarias decisiones que, en clave de rigurosidad procesal, no ponderaron los aspectos

34 CSJN, *Fallos*: 347:51, 2024: “La sentencia que dejó sin efecto la actualización semestral de la cuota alimentaria fijada, con sustento en que ello violaba la prohibición de indexar deudas prevista por la ley 23.928, es arbitraria, pues sostuvo dicha prohibición de indexar sin explorar remedios alternativos adecuados a la situación de especial vulnerabilidad de la niña, dirigidos a preservar en el tiempo la significación económica de la condena alimentaria”.

35 CSJN, *Fallos*: 335:888; 345:549.

36 CSJN, *Fallos*: 339:381: “La obstrucción puesta por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia a la actividad de la Procuración Penitenciaria de la Nación relativa a efectuar visitas periódicas en los establecimientos donde se encuentran menores privados de la libertad implica un incremento real e inmediato del riesgo propio de la situación de vulnerabilidad de los menores sujetos a encierro, que amerita hacer lugar a la acción de hábeas corpus correctivo y colectivo”.

propios de la particular vulnerabilidad de niños y niñas,³⁷ y la necesidad de evitar su revictimización.³⁸

Mujeres

El máximo tribunal argentino ha considerado elementos contextuales e históricos que contribuyen a determinar una situación de “vulnerabilidad” en que se encuentran las mujeres, lo que le ha llevado, incluso, a adoptar dentro de su organigrama dos oficinas de particular singularidad: la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) y la Oficina de la Mujer (OM). Esos criterios también se proyectaron jurisdiccionalmente. En algunos casos, tal vulnerabilidad se concentra en aspectos específicos de la persona y

37 CSJN, *Fallos*: 347:474, “B, C y otros”, 2024: “Es arbitraria la decisión que declaró el estado de adoptabilidad de los infantes y dispuso el cese de la convivencia de ellos con el matrimonio guardador, toda vez que importó un examen parcial y riguroso del asunto que conllevó a desatender los derechos de los sujetos cuya protección constituía el objeto principal del juicio, enfocando el análisis solo desde la perspectiva de una de las partes involucradas, sin ponderar la situación real de los niños ni las consecuencias que podrían derivarse para ellos dada su vulnerabilidad”. CSJN, *Fallos*: 347:441, 2024: “La decisión que restableció una medida cautelar por la cual se prohibía a los progenitores alterar el domicilio del niño sin la conformidad del otro o con autorización judicial debe ser dejada sin efecto, pues mantener aquella medida, dictada hace más de 7 años, cuando el niño reside con su madre en otra ciudad desde hace varios años donde mantiene vínculo con la familia extensa materna y ha sido escolarizado, no se presenta como una decisión razonada del derecho vigente a la luz de las circunstancias particulares del caso, ni resulta contemplativa de su interés superior que debe primar en el proceso de toma de decisiones que lo afecten”. El Tribunal agregó que “el carácter provisorio que identifica a estas medidas, autoriza su modificación y/o extinción en función de nuevas realidades que, en asuntos que involucran a infantes, presentan una dinámica cambiante propia que exige por parte los operadores judiciales una atenta y prudente ponderación a la hora de evaluar la solución que proteja, del mejor modo posible, *al sujeto más vulnerable*” (énfasis agregado).

38 CSJN, *Fallos*: 344:2647: “Corresponde mantener la declaración de adoptabilidad, toda vez [que] la niña convive desde hace más de tres años con los guardadores a quienes reconoce como sus progenitores y con quienes ha entablado lazos de apego; el matrimonio guardador se encuentra inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos; los informes especializados desaconsejan la disolución del vínculo afectivo construido con el matrimonio guardador y también dan cuenta del panorama de incertidumbre sobre la aptitud actual de la madre para asumir –de modo estable y continuo– la crianza de la niña, así como de la ausencia de una red familiar/social/comunitaria que colabore con ella y, por ende, de la posibilidad cierta de someter a la infante a una nueva situación de vulnerabilidad padeciendo otra desvinculación y otro desarraigo”.

su coyuntura, o incluso su “historia de vulnerabilidad”,³⁹ mientras que en otros se refiere a situaciones generalizadas o estructurales.

Tal criterio es aplicado, por ejemplo, al ponderar su condición de víctima.⁴⁰ En tal sentido, es interesante el voto de la doctora Highton de Nolasco, quien explicó:

Teniendo en cuenta que se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización y que la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal –y donde se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales– los jueces deben adoptar en estos casos las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima.⁴¹

Por su parte, la consideración de las mujeres como grupo vulnerable ser puede encontrar en el voto particular del juez Rosatti, en la causa “Puig”, que analiza la aplicación a varones de la presunción de discriminación

39 CSJN, *Fallos*: 345:578: “Es procedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia condenatoria si el *a quo* convalidó la misma limitándose a reiterar los fundamentos del fallo, pero sin abordar –y, en consecuencia, sin tampoco refutar– los planteos de la recurrente en relación a su historia de vulnerabilidad en el análisis de los hechos”.

40 CSJN, *Fallos*: 345:140: “Es arbitraria la sentencia que rechazó el recurso de casación deducido contra la sentencia que absolvió a los imputados en orden a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado y abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal, pues el *a quo* puso en duda el aprovechamiento por parte del imputado de la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima –detenida en una celda– y sugirió la posibilidad de que ésta hubiese dado su consentimiento, basándose al efecto en que la víctima había tenido acceso a distintos medios de comunicación mediante los cuales podía haber dado razón de los agravios sufridos, pasando por alto que las agresiones sexuales son actos traumáticos que la víctima no suele denunciar por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente”. CSJN, *Fallos*: 345:181: “es dentro de un contexto de vulnerabilidad y subordinación coactiva que, el imputado habría promocionado el ejercicio de la prostitución de dos de sus empleadas, de ‘escasos dieciocho años’, por lo que sin perjuicio del carácter común que en sí reviste la figura del artículo 125 bis del Código Penal, no puede pasar inadvertido que las circunstancias de modo, tiempo, lugar y condiciones de explotación en las que se habría consumado, impiden desconocer la estrecha vinculación existente entre ese delito y la trata de personas”.

41 CSJN, *Fallos*: 334:725 (voto de la jueza Highton de Nolasco).

sobre el despido realizado dentro del año del matrimonio que la Ley de Contrato de trabajo preveía expresamente en el título de los derechos de las mujeres.⁴²

En diversos casos, el tribunal ha realizado una convergencia interpretativa entre estándares convencionales y domésticos en pos de la debida diligencia en la investigación de delitos cometidos contra la mujer, calificada por su condición de vulnerable.⁴³

Específicamente en torno a la protección de la mujer víctima de violencia, se ha presentado un diálogo de fuentes entre instrumentos convencionales, constitucionales, reglamentarios, e incluso de otro carácter.⁴⁴ Con base en dicho diálogo, y en la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém de Pará), que en Argentina tiene jerarquía *supra legal* pero *infra* constitucional (a la luz del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), se sostuvo la vulnerabilidad de una niña víctima de abuso sexual por un ascendiente.⁴⁵

42 CSJN, *Fallos*: 343:1037, voto del juez Rosatti: “el espíritu tuitivo que llevó a consagrar la presunción del artículo 181 de la LCT bajo el título ‘Del trabajo de las mujeres’, constituyó una precursora y temprana medida de acción positiva dirigida en ese entonces a proteger a un colectivo vulnerable como el de las trabajadoras; en la actualidad resulta imperativa una lectura dinámica y progresiva de la norma que, superando los estereotipos culturales con tintes discriminatorios, procure su extensión a todos los trabajadores, con una hermenéutica de equidad de género”.

43 La Corte enfatizó el “compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (art. 7º, párr. 1) tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y también por la Corte en el precedente ‘Góngora’ (CSJN, *Fallos*: 336:392), en particular teniendo en cuenta que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente” (CSJN, *Fallos*: 345:140).

44 Por ejemplo, en el caso de la mujer víctima de violencia obstétrica, se citó la Ley 26.485, que garantiza el acceso a la justicia a mujeres que padecen violencia en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, entre la que se destaca la violencia institucional, obstétrica y contra la libertad reproductiva (art. 16 incs. b, d, y g, Constitución Nacional; art. 73 inc. 23, Cedaw, Convención Belém do Pará, y Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, cap. II, secc. 4, y cap. III, secc.1), *Fallos* 343:103.

45 CSJN, *Fallos*: 345:1374: “Es arbitraria la sentencia que sobreseyó al imputado en orden al delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido por un ascendiente y contra una menor de dieciocho años de edad, pues la cámara estimó que la versión de los hechos alegada era huérfana de prueba, afirmación que no sólo resulta contrapuesta a las constancias de la causa sino que implica la inobservancia de las normas de la Convención de Belém do Pará —que prevé que las menores están en una situación de vulnerabilidad a la violencia (art. 9º)—, ley

Personas con discapacidad

La discapacidad es considerada una causa predisponente o determinante de la vulnerabilidad, que demanda respuestas especiales y diferenciadas por el Estado.⁴⁶

Ello también ha implicado la aplicación del principio de instrumentalidad subjetiva de las formas, proyectando la vulnerabilidad en la modulación de los procesos a fin de garantizar el debido respeto del acceso a justicia, sin que los trámites judiciales generen mayor mortificación a la persona.⁴⁷ Ello

26.485, de Protección Integral de las Mujeres y Convención sobre los Derechos del Niño, y de la doctrina sobre la materia”.

46 Fallos: 343:264. Ver, asimismo, CSJN, Fallos: 344:6567 y 342:411: “A partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos; y en tal sentido el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales”.

47 CSJN, Fallos: 338:29: “Es improcedente el rechazo *in limine* de la acción de amparo interpuesta por una asociación civil contra el INSSJP con el objeto de que se reconozca el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.091, pues aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional)”.

se aplica a figuras procesales como la legitimación activa,⁴⁸ las medidas cautelares⁴⁹ y la competencia territorial,⁵⁰ entre otros.

Por su parte, la tutela preferente de la que gozan las personas en situación de vulnerabilidad, en particular las personas discapacitadas, y el principio de progresividad en la satisfacción plena de sus derechos fundamentales, según se encuentra prescrito en el artículo 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos.⁵¹

En algunos casos, la Corte ha considerado la particular situación de vulnerabilidad que revisten las personas internadas en institutos neuropsiquiátricos, independientemente de su declaración como discapacitadas, a fin de garantizar el debido respeto de sus derechos en los procesos de internación.⁵²

48 CSJN, *Fallos*: 338:29: “A los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica, cabe reconocer legitimación a las asociaciones que iniciaron la acción de amparo contra el INSSJP con el objeto de que se reconozca el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de aquéllas –beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.09–, máxime si se repara que con la pretensión procesal deducida se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas”.

49 CSJN, *Fallos*: 339:1683: “La sentencia que interpreta que el alcance de la exención de la contracautela establecida en el artículo 200, inciso 2, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no incluye a quien goza del beneficio provisional consagrado en el artículo 83, limita irrazonablemente el derecho a la tutela judicial efectiva de índole cautelar, respecto de los derechos de una persona en situación de vulnerabilidad (arts. 18, 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”.

50 CSJN, *Fallos*: 344:1788 (voto de los jueces Maqueda y Rosatti): “Es irrazonable que personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y formulan pretensiones de carácter alimentario, que se relacionan con su subsistencia y mejor calidad de vida, se vean compelidas a acudir a tribunales que distan centenares o miles de kilómetros del lugar donde residen, debiendo afrontar los costos que se derivan de tal circunstancia”.

51 CSJN, *Fallos*: 344:3307 (disidencia del juez Rosatti); 343:1871 (disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

52 CSJN, *Fallos*: 328:4832 y 330:2774 (disidencias de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni y de la jueza Argibay); 330:5234; 331:68; 331:211; 331:1524; 331:1854; 331:1859: “La regla del debido proceso contenida en el artículo. 8º, párrafo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe, con mayor razón, ser observada en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de

Adultos mayores

En consonancia con el título anterior, el Tribunal también ha sostenido que el carácter de “Adulto mayor” es considerado una causa predisponente o determinante de la vulnerabilidad.⁵³

La particular vulnerabilidad de los adultos mayores fue analizada por el máximo Tribunal en el precedente “García”, donde cuestionó la imposición del impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios. Fuera de lo invocado por las partes, el Tribunal analizó la vulnerabilidad que presentan los adultos mayores, las desventajas comparativas que el colectivo presenta en el acceso a la calidad de vida, y su condición de sujeto de tutela constitucional preferente a la luz del artículo 75 inciso 23 de la Constitución. Con base en eso, se estableció un estándar conforme al cual se veda la constitucionalidad de la aplicación de dicho tributo a haberes previsionales de sujetos vulnerables (adultos mayores y discapacitados), por entender que la igualdad en las cargas públicas no debe solo tener como factor determinante la capacidad contributiva,⁵⁴ sino también los aspectos particulares de los individuos que los colocan en desventajas comparativas en el acceso al desarrollo y la calidad de vida. Ello, además, tiene especial prevalencia en lo que se refiere al acceso a la justicia, debido a la necesidad de una respuesta oportuna.⁵⁵

esta índole”. En un sentido similar, en CSJN, *Fallos*: 331:68; 331:1524; 331:1854, señaló que “Ante la existencia de una internación involuntaria, resulta imperioso –atento su vulnerabilidad y desprotección–, extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección”.

53 *Fallos*: 343:264. Ver, asimismo, CSJN, *Fallos*: 344:6567 y 342:411: Así, se ha sostenido que “A partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos; y en tal sentido el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales”.

54 CSJN, *Fallos*: 344:983 “García Blanco, Esteban” y 342:411, “García, María Isabel”: “La sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja”.

55 CSJN, *Fallos*: 342:411 y 343:264.

En definitiva, la desventaja comparativa entre sectores vulnerables y no vulnerables es determinante de tal condición de vulnerabilidad. El análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, incurriendo en más gastos el primero que el segundo; la misma capacidad económica está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desiguando en la realidad lo que el legislador igualó.⁵⁶

El impacto del concepto de vulnerabilidad en el derecho de igualdad –y su proyección en materia tributaria– causó una importante conmoción en los operadores jurídicos, y constituye un interesante aporte de la Corte argentina al diálogo jurisprudencial en pos de la indivisibilidad de los derechos humanos.⁵⁷

El tribunal ha identificado una relación directamente proporcional entre la afectación al acceso a justicia y la condición de vulnerabilidad,⁵⁸ lo

56 CSJN, *Fallos*: 344:983 “García Blanco, Esteban” y 342:411, “García, María Isabel”.

57 CSJN, *Fallos*: 344:983 “García Blanco, Esteban” y 342:411, “García, María Isabel”: “A partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos y dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal ya que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente ‘a cualquier precio’, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales”.

58 CSJN, *Fallos*: 339:740: Así, ha señalado que “la tardanza en resolver los planteos de naturaleza alimentaria de los jubilados supone el agravamiento para un grupo de por sí vulnerable”. CSJN, *Fallos*: 344:983: “Con mayor cautela cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado artículo 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento”. Ya anteriormente, el juez Lorenzetti había señalado en CSJN, *Fallos*: 328:566 “Itzcovich, Mabel” (voto del juez Lorenzetti): “La calificación constitucional de los ancianos como un grupo particularmente vulnerable, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejoran su posición jurídica. El art. 19 de la ley 24.463 constituye una diferencia negativa en perjuicio del grupo constituido por las personas ancianas en el ámbito de las acciones judiciales”.

que toma especial importancia en el escenario de colapso de la justicia previsional, alertado por el mismo tribunal.⁵⁹ En tal sentido, se señaló:

El derecho de ocurrir ante un órgano judicial aparece seriamente afectado cuando, en una materia tan sensible como lo es la previsional, el trámite ordinario del proceso, sin razones particulares que lo justifiquen, se le traslada de la sede de residencia del actor y en este sentido, cabe resaltar que la importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad ha sido expresamente destacada en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. (Capítulo II, Sección 4°, pto. 42)⁶⁰

En ese marco, una derivación del principio de instrumentalidad subjetiva de las formas se encuentra en la adopción por la CSJN de sentencias exhortativas y de control de inconstitucionalidad por omisión en la tutela de derechos de adultos mayores a beneficios previsionales,⁶¹ elemento de especial relevancia ya que el ordenamiento jurídico argentino carece de previsión legislativa de garantías de tal naturaleza.⁶²

59 CSJN, *Fallos*: 337:530 “Pedraza, Héctor Hugo”: “La situación de colapso en que se encuentra la Cámara Federal de la Seguridad Social impacta directamente en uno de los grupos vulnerables que define nuestra Constitución –los jubilados– que no logran obtener respuestas de los jueces cuando efectúan un reclamo en torno a su prestación previsional, de neto carácter vital y alimentario (art. 75, inc. 23)”.

60 CSJN, *Fallos*: 337:530 “Pedraza, Héctor Hugo”.

61 CSJN, *Fallos*: 330:4866 y 329:3089. CSJN, *Fallos*: 337:1564: “La procedencia de la acción de amparo –por omisión de autoridad pública– interpuesta por el actor con el objeto de que no se disponga de sus aportes voluntarios ingresados al régimen de capitalización individual, resulta de la falta de implementación ante la existencia de un mandato legislativo expreso, que constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual –y por los últimos seis años, desde que la ley 26.425 fue promulgada– los derechos constitucionales del actor, máxime si se considera el carácter netamente alimentario del objeto de este litigio, que afecta a uno de los grupos vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23)”.

62 CSJN, *Fallos*: 342:411 “García, María Isabel”. “Habida cuenta de la relación de colaboración que debe existir entre los departamentos de Estado, corresponde hacer saber a las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones generales necesarias, que la omisión de disponer un tratamiento diferenciado para aquellos beneficiarios en situación de mayor vulnerabilidad que se encuentran afectados por el tributo (en especial los más ancianos, enfermos y discapacitados), agravia la Constitución Nacional [...] Corresponde poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial”.

Pueblos originarios

El estatuto específico de los pueblos originarios ha recibido especial consideración en la jurisdicción de la Corte, en clave de su vulnerabilidad. Como se ha señalado anteriormente, algunos votos particulares han encontrado en la diversidad cultural un elemento que contribuye a la vulnerabilidad.⁶³ De hecho, el juez Fayt ya había postulado la identificación de los pueblos originarios como sujetos o “seres” vulnerables.⁶⁴

Así las cosas, la participación en la toma de decisiones es entendida como un elemento superador de la vulnerabilidad.⁶⁵ En tal sentido, expresamente se sostiene que la escucha de las comunidades tiene como fin “revertir” su situación de desigualdad. Este concepto nos remite a la idea de habilitar espacios dialógicos innovadores para lograr la inclusión, más allá de los términos democráticos procedimentales clásicos.

Migrantes

Más allá de no estar expresamente mencionados en el artículo 75 inciso 23, o en otra norma constitucional, dado el tenor meramente enunciativo de dicha cláusula, y con base en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, el tribunal ha concluido que “los migrantes son considerados personas en condición de vulnerabilidad”.⁶⁶

63 CSJN, *Fallos*: 344:441 (voto del juez Rosatti): “La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas –debido a su idiosincrasia que la diferencia de la mayoría de la población– exige que el Estado diseñe, promueva y fomenté diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses”.

64 CSJN, *Fallos*: 328:3555 (voto del juez Fayt).

65 CSJN, *Fallos*: 344:441: “El derecho a la participación de los pueblos indígenas –art. 6 inc. b, Convenio 169 de la OIT, y art. 75, incisos 17 y 22, Constitución Nacional– tiene como fin revertir la situación de desigualdad en la que éstos se encuentran e impedir que la identidad indígena se diluya en concepciones asimilacionistas e integracionistas, que han sido dejadas de lado por las normas federales, por lo que su intervención en las elecciones no garantiza la participación colectiva indígena en las estructuras de poder público, sino por el contrario, las citadas normas demandan la presencia de las comunidades para que puedan hacer oír su voz e incidir, en forma efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen, y no puede obviarse que el logro de la igualdad social y económica de los grupos en situación de vulnerabilidad está estrechamente asociado con el incremento de la igualdad a nivel de la participación política”.

66 CSJN, *Fallos*: 346:84 “Qingyu Li” (voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y disidencia parcial del juez Rosatti): “De conformidad con lo establecido por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, a las que adhirió la

Tal protección y consideración se ha extendido a hijos menores, cuando una migrante (sobre cuya expulsión versaba la causa) acreditó fehacientemente no solo la dependencia emocional y económica de estos, sino también ser el único adulto sostén económico, a lo que se sumaba el contexto de violencia doméstica del otro progenitor, habitante de Argentina.⁶⁷

Consumidores y usuarios de bienes y servicios

A la luz del artículo 42 de la Constitución Nacional, el máximo tribunal argentino ha adoptado una exégesis especialmente tuitiva de los derechos de este sector, al considerar que “los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial”.⁶⁸ Esta vulnerabilidad es definida, incluso, a la luz del concepto de “subordinación estructural”⁶⁹ del consumidor en las relaciones de consumo.

La CSJN ha habilitado el control de políticas públicas que afectan colectivamente la prestación de servicios públicos,⁷⁰ y ha instrumentado

Corte mediante la Acordada 5/2009, los migrantes son considerados personas en condición de vulnerabilidad, calificación que implica reconocer que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico e impone el deber de prestarles asistencia de calidad, especializada y gratuita, así como de revisar las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin”.

67 CSJN, *Fallos*: 345:905: “Debe revocarse la expulsión de la migrante dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones, con prohibición de reingreso permanente en el territorio nacional, pues la migrante ha invocado y acreditado de manera fehaciente el altísimo grado de dependencia de sus hijos menores de edad para su subsistencia y desarrollo tanto en el plano psicológico y emocional, como económico, así como también el significativo grado de vulnerabilidad que reviste la situación de la familia, por lo que el cumplimiento de la orden de expulsión representa un riesgo cierto y concreto de que sus hijos menores de edad queden en situación de desamparo”.

68 CSJN, *Fallos*: 343:2255 y 331:819.

69 CSJN, *Fallos*: 340:172: “La norma contenida en el art. 42 de la Constitución Nacional revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables y este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural”.

70 CSJN, *Fallos*: 339:1077.

herramientas procesales tuitivas,⁷¹ especialmente en aspectos procesales, tales como el principio de instrumentalidad subjetiva de las formas.⁷²

Cabe aclarar que el tribunal ha ponderado tal vulnerabilidad en términos concretos y contextuales, considerando que en algunos casos se ve ahondada, a la luz del derecho conculcado. Así, al ponderar la vía procesal para la tutela de derechos homogéneos a través de una pretensión colectiva en una acción de clase donde se cuestionaba la validez de diversas resoluciones de aumento de tarifas de servicios públicos, por carecer de la audiencia previa necesaria para garantizar la participación de los usuarios en la toma de decisiones, el Tribunal distinguió entre “usuarios residenciales” y los que no quedaban comprendidos en dicha categoría, a fin de habilitar la vía. En tal sentido, consideró que dicho colectivo presentaba “mayor vulnerabilidad”.⁷³

En un sentido similar, algunos votos han considerado especialmente vulnerables a los consumidores de medicamentos en tutela de la salud.⁷⁴ Por su parte, Lorenzetti también ha considerado en situación de especial vulnerabilidad a los consumidores de cigarrillos, por la relación de dependencia que se genera en torno a dicho producto.⁷⁵

71 CSJN, “Adecua”, COM 022017/2011/1/RH001, 24/06/2021.

72 CSJN, Fallos: 344:791: “se impone un plus en la intervención de los jueces en orden a la dirección de estos litigios, que atienda *al fin tuitivo* que rige en la materia y posibilite el conocimiento por parte de los consumidores de los pleitos iniciados para resguardar sus intereses; ello a los efectos de tutelar a *las partes más vulnerables en las relaciones de consumo*, equilibrando las asimetrías que existen en los vínculos entre los agentes del mercado” (énfasis agregado).

73 CSJN, Fallos: 339:1077: “Sólo respecto de los ‘usuarios residenciales’ es posible sostener que el caso en que se cuestionan las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que fijan nuevos precios y tarifas para el servicio de gas involucre un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia, en tanto solo en relación a dicho colectivo cabe presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional”. El juez Rosatti, en su voto, sostuvo: “En miras a garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible que exista una clara diferenciación de sectores y regiones, con atención especial a los más vulnerables”.

74 CSJN, Fallos: 344:1557 (voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti): “La ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires pretende proteger la salud de quienes consumen medicamentos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable”. En su voto, el conjuce Irurzun refiere que “la relación entre los usuarios y el despacho farmacéutico se diera en un contexto donde la vulnerabilidad que implica su necesidad de acceso se encuentre a resguardo de un prevalente interés comercial”.

75 CSJN, Fallos: 338:1110 (voto del juez Lorenzetti): “La norma local que crea un programa de control del tabaquismo es válida, pues pretende proteger la salud de quienes consumen

Personas pertenecientes a la comunidad LGTBQ+

A la par de su calificación como minoría, en la jurisprudencia citada precedentemente, la trascendencia de la libertad de reunión y de expresión de grupos vulnerables ha sido recalcada por el juez Lorenzetti al referirse a la comunidad LGTBQ+. ⁷⁶ Lorenzetti tiene en cuenta que se trata de un grupo de personas excluidas, al considerar cómo debe reconocerse una amplitud marcada de la libertad de expresión.

Interseccionalidad y “extrema vulnerabilidad”

En numerosos casos, el máximo tribunal argentino ha hecho referencia a supuestos de discriminación interseccional o múltiple, con adjetivos calificativos que procuran exponer una magnitud acentuada de la vulnerabilidad, tales como “extrema”, “ostensible”, “particular”, entre otras. Podemos referir a supuestos de menores discapacitados, ⁷⁷ menores y

cigarrillos, que constituyen un grupo especialmente vulnerable, en tanto –para muchos de ellos– el hábito de fumar se ha transformado en una adicción”.

76 CSJN, *Fallos*: 340:1940 (voto del juez Lorenzetti): “La circunstancia de que esté en juego el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión, tiene influencia para determinar, en el juicio de responsabilidad civil, el grado de extensión de la obligación de seguridad. Una regla que impusiera obligaciones gravosas en los actos organizados en espacios abiertos, para la libre expresión de las ideas, podría tener consecuencias que limiten ese derecho, máxime cuando los que pretenden expresar este tipo de discursos pertenecen a grupos excluidos, vulnerables y discriminados –en el caso Comunidad Homosexual Argentina– en tanto esos son los sectores que tienen mayores dificultades para comunicar su mensaje”.

77 CSJN, *Fallos*: 341:1511: “Las normas de las convenciones internacionales reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (artículos 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 4°, 7° aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061). Dichas normas están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social”. CSJN, *Fallos*: 343:848 (disidencia del juez Rosatti). CSJN, *Fallos*: 343:1805 (disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti) con relación al derecho a la educación de un niño discapacitado: “A la luz de los principios constitucionales y a partir de la trascendencia –no solo individual sino social y cívica– del derecho a la educación en juego, cabe concluir que resulta imperativo que se garanticen medidas efectivas y personalizadas de apoyo en entornos que fomenten al máximo el desarrollo social y educativo de conformidad con el objetivo de plena inclusión, máxime cuando el actor es una persona en situación de múltiple vulnerabilidad por su condición de niño y de persona

mujeres migrantes,⁷⁸ niña mujer víctima de violencia sexual,⁷⁹ mujeres privadas de su libertad que son también madres de hijos menores de edad,⁸⁰ entre otros.

En estos supuestos, paralelamente, los deberes que competen al Estado son acentuados y exigen de los jueces un “deber de tutela reforzado”.⁸¹ Es decir, se insta a que se aplique el principio de instrumentalidad subjetiva de las formas, y que el proceso se adecúe o module, teniendo en cuenta la situación particular de vulnerabilidad, con fórmulas tales como acotar plazos procesales, incorporar lenguaje accesible, permitir intérpretes culturales, entre otros.

Un supuesto de interseccionalidad para la tutela de un niño discapacitado (como consecuencia de una intervención quirúrgica de mala praxis) llevó al tribunal a adoptar dos decisiones con criterios disímiles. Esto se debió a que en una de ellas se encontraba excusado un juez, lo que generó la integración con conjueces. El tema consistía en la concurrencia al cobro, en una quiebra, del crédito por los daños y perjuicios por una mala praxis

con discapacidad (artículo 75, inciso 23, Constitución Nacional), de lo que se desprende que sus derechos deben ser objeto de una protección especial”.

78 CSJN, *Fallos*: 345:905: “La sentencia que confirmó la expulsión de la migrante dispuesta por la Dirección Nacional de Migraciones, con prohibición de reingreso permanente en el territorio nacional debe ser revocada, si de la causa se desprende que la actora y sus hijos menores de edad se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad y la medida de expulsión ordenada importa para estos últimos un riesgo cierto de desamparo”.

79 CSJN, *Fallos*: 343:354: “En una causa donde se investiga la comisión del delito de abuso sexual agravado en perjuicio de una menor cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia”.

80 CSJN, *Fallos*: 343:15: “La denegación de los beneficios de asignaciones familiares, asignación universal por hijo (AUH) y por embarazo (AUE) a la mujeres privadas de la libertad accionantes ha constituido efectivamente un supuesto de agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, porque ha importado empeorar el estado de las mujeres madres, con desconocimiento de su condición y la de sus hijos, pese a que las normas y principalmente las que integran el bloque de constitucionalidad establecen, como uno de los estándares mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, el principio de no discriminación y la protección prioritaria a ciertos grupos mayormente vulnerables”.

81 CSJN, *Fallos*: 339:276: Así, por ejemplo, se ha sostenido que “es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda de filiación si el a quo no tuvo en consideración que las circunstancias de la causa adquirirían especial consideración en razón de la índole del asunto planteado que afectaba hondamente los derechos de dos personas particularmente vulnerables, el de identidad de la nieta de la actora y los derivados de la condición de *su hija discapacitada y presunta víctima de un acto de violencia sexual*, aspectos que necesariamente exigían de los jueces un *deber de tutela reforzado*” (énfasis agregado).

que, en cuanto crédito personal, no tenía ningún privilegio y, por aplicación de las normas relativas a ese tipo de proceso universal, solo debía satisfacerse una vez cobrados los créditos privilegiados. Sin embargo, en virtud del orden internacional de los derechos humanos, se pretendía reconocer prioridad en el cobro para el menor. En uno de los casos, la mayoría del Tribunal, integrada por conjueces, entendió que cabía reconocer un privilegio al cobro al crédito de la niña discapacitada. Sin embargo, en otro caso similar,⁸² en el que un juez de la Corte no se había excusado, la mayoría adoptó el sentido contrario. En el primero de los fallos comentado, la decisión mayoritaria, compuesta por varios votos, sostuvo:

La extrema situación de vulnerabilidad del incidentista —condición cuádruple-jica irreversible desde el nacimiento que tuvo origen en una mala praxis médica— y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a considerar inconstitucionales las normas concursales en juego —arts. 239, primer párrafo, 241, 242 parte general, 243 parte general e inc. 2° de la ley 24.522— ya que no dan respuesta adecuada, definitiva y acorde con la situación al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales”.

Situación socioeconómica y crisis económica generalizada

En algunos casos, la CSJN ha ponderado la vulnerabilidad a la luz de una interseccionalidad donde la situación económica desfavorable también forma parte del contexto del caso. Así se señaló en un caso de mujeres y niños en situación de calle,⁸³ y en otro en que se involucraba la tutela de derechos

82 CSJN, *Fallos*: 341:1511.

83 CSJN, *Fallos*: 335:452 (voto del juez Petracchi): “Cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad —en el caso la actora y su hijo menor discapacitado se encuentran en ‘situación de calle’— se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el arts. 2° del Pidesc, presunción que no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes, pero sí implica que aquél debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos”.

de un niño, con afectación de su salud y situación socioeconómica desfavorable.⁸⁴

En un voto puede encontrarse una referencia al término de “pobreza estructural”, donde se analiza un escenario de discriminación interseccional de una mujer discapacitada, en posición socioeconómica desfavorable y víctima de violencia doméstica.⁸⁵

Puede citarse también la posición del juez Lorenzetti, cuando tuvo en cuenta la situación económica de una familia en torno a la tutela de su derecho a la alimentación, a la hora de ponderar las obligaciones de los estados involucrados.⁸⁶ Incluso, en este supuesto, el juez firmante asumió una visión moduladora de los roles mismos del Poder Judicial, en pos de una mayor tutela.⁸⁷

El juez Zaffaroni también tuvo en cuenta la situación socioeconómica de una familia de trabajadores de la industria pesquera, que se vio afectada

84 CSJN, *Fallos*: 344:1291: “A los fines de establecer los montos del resarcimiento que reclaman los actores por las graves lesiones y secuelas sufridas por un menor como consecuencia de una sepsis severa por Hib y las reiteradas infecciones intrahospitalarias contraídas, no debe prescindirse de los principios rectores que ha delineado la Corte para estos supuestos en los que se verifica una extrema situación de vulnerabilidad y la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados”.

85 Así, el voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti consideró que “de acuerdo a la Convención Belém do Pará la discapacidad y la condición socioeconómica desfavorable –entre otros– colocan a la mujer en una ‘situación de vulnerabilidad a la violencia’ (art. 9°), de modo que, por su retardo mental en grado leve y por provenir de una familia encuadrada en la franja de pobreza estructural, la condenada por el delito de homicidio era vulnerable a la violencia de género y la sentencia apelada debió haber examinado la cuestión a la luz de tal normativa” (CSJN, *Fallos*: 346:58).

86 CSJN, *Fallos*: 345:1481 (disidencia del juez Lorenzetti): “Cabe confirmar la sentencia que dispuso que el Estado Nacional, la provincia y el municipio demandados prestaran asistencia integral tendiente a superar el estado de vulnerabilidad de la familia, pues frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar el derecho a la alimentación del grupo vulnerable, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso de las obligaciones debidas en otras jurisdicciones, en tanto lo fundamental es que éste debe asistirlo y ello es así, sin perjuicio de los eventuales deslindes y compensaciones que pueda reclamar por las vías pertinentes de quien en definitiva resulte obligado”.

87 CSJN, *Fallos*: 345:1481 (disidencia del juez Lorenzetti): “La razonabilidad significa que sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona atraviese y supere las situaciones de extrema vulnerabilidad; esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces”.

por una decisión del Estado de construir una represa sobre el río en que realizaban sus actividades.⁸⁸

Un tema específico en clave de interseccionalidad es la especial ponderación de los derechos de personas vulnerables en situación de crisis económica generalizada. El tema fue presentado por el tribunal con relación a la metodología de actualización de las jubilaciones, que conforme el orden constitucional argentino deben ser “móviles”.⁸⁹ En el mismo sentido, un criterio similar se aplica con relación a deudores hipotecarios de un crédito para vivienda familiar, en el marco de una crisis económica.⁹⁰

Uso de la noción de “categoría sospechosa de discriminación”

Tradicionalmente, la CSJN ha complementado el principio de igualdad mediante la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios a los que denominó “específicamente prohibidos (también llamados ‘sospechosos’)”.⁹¹

Tal criterio se ha construido a través de una lectura articulada del bloque de constitucionalidad, es decir, una interpretación sistemática de las pautas de la constitución originaria y los instrumentos internacionales, que determinan una lectura más amplia de la primera. A partir de tales criterios, concluye que el derecho constitucional argentino contiene, en especial

88 CSJN, *Fallos*: 330:2548 (disidencia del juez Zaffaroni): “Si una determinada política pública genera, como contrapartida, un grupo vulnerable y desfavorecido —como el que integra quien reclama los daños ocasionados por el quebranto de su actividad comercial pesquera, a raíz de la construcción de la represa Hidroeléctrica Yacyretá—, la obligación primigenia del Estado debe consistir en brindarle un mayor nivel de protección, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y dando trato preferente apropiado a esas personas”.

89 CSJN, *Fallos*: 341:1924 “Blanco, Lucio Orlando: Así, se señaló que “es precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra un máximo significado, debiendo profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergados, pues son las democracias maduras y avanzadas las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos”.

90 CSJN, *Fallos*: 330:855 (voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni): “La legislación de emergencia es consistente con una recomposición del contrato basada en la excesiva onerosidad sobreviviente, y con la protección del consumidor endeudado en un grado que afecta sus derechos fundamentales y el acceso a la vivienda, lo que permite sostener su legitimidad. La igualdad no se ve afectada cuando el legislador elige a un grupo 30 de sujetos para protegerlos especialmente, por su vulnerabilidad y con fundamento en la tutela de los consumidores y la vivienda familiar”.

91 Ver CSJN, *Fallos*: 332:433, considerando 6to.

a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en 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” (art. 1 de la CADH y art. 26 del PIDESC).

Continúa explicando la Corte que, por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación deben reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la Ley 23.592,⁹² y también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales. Así, cuando esta Corte ha tenido que resolver sobre la constitucionalidad de leyes que utilizan tales clasificaciones basadas en alguno de esos criterios expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad.⁹³

Por lo tanto, con base en la línea jurisprudencial señalada (aplicada, por ejemplo, a la discriminación de extranjeros, sexo, raza, o a la ponderación de la viabilidad de inscripción de un partido político en el que su plataforma electoral contenía expresiones discriminatorias a minorías raciales, comunidad LGTBQ+, extranjeros, entre otros),⁹⁴ el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales antes que meramente convenientes, y que se trata del medio menos restrictivo y no solo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad.

El tribunal agrega la vocación transformadora de su decisión, al expresar que “un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es, entonces, desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas”.⁹⁵

92 Que, en apretada síntesis, establece la nulidad de actos discriminatorios y el restablecimiento del derecho de la víctima.

93 CSJN, *Fallos*: “Hoofit” 327:5118; “Gottschau” 329:2986 y “Mantecón Valdez” 331:1715.

94 Ver CSJN, *Fallos*: 332:433.

95 *Ibid.*, considerando 7°.

Por su parte, en las causas relativas a discriminación por sexo, como “Sisnero”⁹⁶ y “Pelicori”, en los que se aplicaba la Ley 23.592 que invalida los actos discriminatorios, el tribunal utilizó la noción de prueba indiciaria, conforme a la cual

... para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.⁹⁷

En el caso “Castillo”,⁹⁸ la utilización de los conceptos de “categorías sospechosas” e “inversión de la carga de la prueba” se vincula con la noción de discriminación estructural relativa a discriminación por orientación religiosa. El proceso, de naturaleza colectiva, había sido iniciado en la provincia de Salta por una organización de la sociedad civil y un grupo de padres, cuestionando un conjunto de normas constitucionales, legales y reglamentarias que reconocían el derecho de los padres a la educación religiosa en las escuelas. A su vez, invocaban prácticas discriminatorias contra alumnos que optaban por no concurrir a dichas clases.⁹⁹

96 Este caso comporta un particular interés, ya que se solicitó a través de una pretensión colectiva que se adopte un cupo femenino de génesis jurisprudencial. Una mujer invocó ser discriminada en el acceso a un puesto de trabajo como conductora del transporte público de pasajeros en Salta. A ello se sumó una pretensión colectiva deducida por una organización de la sociedad civil que petitionó que se ordene que de cada tres contratados, uno sea mujer. Si bien la demanda se perdió en el orden local, la CSJN la revocó indicando que debe aplicarse prueba indiciaria. Posteriormente, la demanda fue acogida por la Suprema Corte local. Sin perjuicio de ello, y a pesar de su contratación, a la señora Sisnero no la han autorizado aún para manejar transportes colectivos.

97 CSJN, *Fallos*: 334:1387 y 337:611.

98 CSJN, *Fallos*: 340:1795.

99 En concreto, impugnaron la constitucionalidad del artículo 27, inciso ñ, de la Ley Provincial de Educación 7546 que disponía que la instrucción religiosa integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores, y que los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa. Solicitaron, además, que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 49 de la Constitución Provincial y el artículo 8, inciso m, de la ley mencionada, que establecen que los padres o tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública una educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, para el caso de que se les

El máximo tribunal revocó la decisión de la Corte salteña que había convalidado las normas con base en tales criterios,¹⁰⁰ a los que agrega elementos estructurales.¹⁰¹ Explica, en tal sentido, la pertinencia de la aplicación de tales conceptos al caso, al exponer que “el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras”.

En tal entendimiento, la CSJN utiliza la noción de escrutinio estricto de proporcionalidad para ponderar la validez de la categoría sospechosa

otorgare una interpretación que no tuviere compatibilidad con los derechos invocados por ellas. Consideraron que la enseñanza de la religión católica en dichas escuelas, y las prácticas religiosas dentro del horario escolar, resultaban violatorias de los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y conciencia; de igualdad; de educación libre de discriminación y respeto por las minorías étnicas y religiosas, y de privacidad. Contra el pronunciamiento del superior tribunal provincial que confirmó la declaración de constitucionalidad de las normas cuestionadas, la Asociación de Derechos Civiles y dos coactoras interpusieron recurso extraordinario, que fue concedido. Con arreglo a lo previsto en la Acordada 30/2007, la Corte fijó una audiencia pública informativa donde efectuaron sus exposiciones los *amicus curiae* (amigos del Tribunal), los representantes de cada una de las partes fueron interrogados sobre distintos aspectos de la controversia y, finalmente, se permitió la intervención de los designados en calidad de terceros voluntarios admitidos en el proceso.

100 Comenzó por recordar que la actual redacción del artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional le brindó jerarquía normativa a ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina –como su carácter neutral y gratuito–, y a la vez aseguró, mediante nuevo mecanismo, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación. Seguidamente, expuso que “el principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional –y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias– debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 de la CN y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional que incorporan, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delimitan categorías sospechosas de discriminación, con el fin de garantizar la igualdad real de los habitantes”. Es decir, se presenta una lectura articulada de las dos perspectivas que brinda el derecho a la igualdad, la tutela diferencial de sectores vulnerables y la veda de utilizar categorías sospechosas en la formulación de distinciones irrazonables por parte del Estado.

101 CSJN, *Fallos* 340:1795, considerando 18 *in fine*: “En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen”.

utilizada por las normas de la provincia,¹⁰² así como el uso de la inversión de la carga de la prueba.¹⁰³

Finalmente, el Tribunal asocia en su razonamiento la doctrina de la discriminación indirecta o fáctica de la Corte IDH, explicando que la norma atacada –que incluye la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa– es en apariencia neutral, en tanto de su letra no surge preferencia por ningún culto respecto de otro, pero que resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica.¹⁰⁴

El juez Rosatti, en disidencia parcial, consideró que la libertad religiosa no debe ni puede ser entendida en el sentido de excluir todo lo religioso del espacio de la enseñanza escolar y, a su vez, tampoco puede implicar la coerción en la formación religiosa, cualquiera que ella fuere. Así, cree que

102 Expone la decisión: “Para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez”.

103 Continúa señalando: “En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de CSJN, *Fallos*: 327:3677; 332:433, considerando 6° y sus citas)”.

104 Agregó que las constancias de la causa demuestran que en numerosas escuelas públicas salteñas se ha adoctrinado a los alumnos en el catolicismo y que también se halla debidamente probado que las prácticas y los usos propios del catolicismo no se efectuaron exclusivamente en el espacio curricular destinado a la educación religiosa. De todo ello concluyó que existían patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. // Finalmente, sumó que el texto del inciso “ñ” del artículo 27 de la Ley de Educación Provincial no contiene un supuesto de discriminación directa, sino que, bajo la apariencia de neutralidad, tiene decisivos efectos discriminatorios y, de ese modo, viola el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva, que priorice la igualdad plena de oportunidades, lo que lleva a declarar su inconstitucionalidad. // Con relación al agravio referido a la obligación impuesta a los padres de manifestar, a través de unos formularios, si querían que sus hijos recibieran educación religiosa y, en caso afirmativo, en qué creencia, consideró que la obligación de completar y entregar dicho formulario –que queda agregado al legajo escolar del alumno– resulta claramente violatoria del derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo. Se recordó como plenamente vigente el derecho que tienen los alumnos de las escuelas públicas a recibir contenidos de historia y filosofía de las religiones dentro del plan de estudios y en horario escolar, expuestos de manera objetiva y neutral.

el conflicto no puede resolverse ni con la “imposición” ni con el “veto”, sino maximizando el goce de los derechos constitucionales en juego. A estos fines, consideró que el contenido de la asignatura –materializado en los planes de estudio– debe avocarse a otorgar conocimientos sobre el núcleo de las creencias y los valores, junto a los hechos históricos más relevantes de los cultos reconocidos oficialmente que respondan a las convicciones de los padres con una pedagogía neutral y objetiva que valide la pluralidad.

A contrario sensu, el juez Rosatti consideró válida una norma que ordena la deportación por condena penal de un extranjero, por considerar que no se utiliza como factor de distinción una categoría sospechosa, sino un dato objetivo.¹⁰⁵ Tal voto resulta especialmente relevante, porque vincula la noción de categorías sospechosas a los principios de “pluralismo y diversidad” constitucionales, en el marco de una pluralidad de fuentes domésticas e internacionales.¹⁰⁶

Discriminación estructural

Las primeras aproximaciones formuladas por la CSJN en referencia a una situación estructural de violación de derechos se realizaron con relación a personas que sufren “padecimientos mentales”, y “debilidad jurídica estructural”.¹⁰⁷

105 CSJN, *Fallos*: 343:990.

106 Expone el juez citado: “la fórmula legislativa no agravia al pluralismo y diversidad en el que se afina nuestra máxima expresión de juridicidad y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (artículos 16, 19, 33, 75 incisos 17, 22 y 23, Constitución Nacional; artículo 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2º, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial). En efecto, al establecer las causales de expulsión de extranjeros (en el caso, el citado inc. c del art. 29) no parte de motivaciones basadas en la etnia, la raza o la religión del migrante, supuestos tradicionalmente considerados como “categorías sospechosas” de discriminación. Por el contrario, la ley se apoya en parámetros de tipo objetivo –en autos, la condena penal por la comisión de delito–, en los que la nacionalidad del extranjero expulsado resulta irrelevante”.

107 CSJN, *Fallos*: 331:211: “La debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales –de por sí vulnerable a los abusos–, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato”.

Es en el caso “Castillo” donde se hace mención expresa a una lectura del derecho a la igualdad a la luz de su afectación estructural, al sostener:

... en el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también *desde una perspectiva estructural* que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen.¹⁰⁸ (Énfasis agregado)

Esta decisión puede ser calificada como en sintonía con los estándares convencionales de la región al momento de dictarse, ya que se refiere a la discriminación estructural como “contexto”, siguiendo el criterio vigente en la Corte IDH desde el año 2017.

Posteriormente, se incorporó la necesidad de tener en cuenta la amplitud de las variables de persecución de grupos histórica y estructuralmente discriminados, en la lectura extensiva de una ley. Así, el Tribunal sostuvo que

... la ley 23.592 enumera como actos discriminatorios algunas motivaciones especialmente prohibidas que, sin embargo, no son taxativas pues, aquellas conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos, no agotan los supuestos de conductas discriminatorias que sanciona la ley; así todo tratamiento arbitrario, que tenga por objeto o por resultado, impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio en los términos del primer párrafo del artículo 1 de la ley citada.¹⁰⁹

Finalmente, en algunos casos puede encontrarse una referencia a “pobreza estructural” cuando se han analizado escenarios de discriminación interseccional, por ejemplo, el de una mujer discapacitada, en posición socioeconómica desfavorable y víctima de violencia doméstica, ya comentado.¹¹⁰

108 CSJN, *Fallos*: 340:1795, considerando 18 *in fine*.

109 CSJN, *Fallos*: 344:1336. Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite.

110 Así, el voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti consideró: “De acuerdo a la Convención Belém do Pará la discapacidad y la condición socioeconómica desfavorable —entre otros— colocan a la mujer en una ‘situación de vulnerabilidad a la violencia’ (art. 9º), de modo que, por

Resulta también interesante cómo en una decisión referente a personas privadas de su libertad en condiciones inconstitucionales en las cárceles de Buenos Aires, Rosatti, en su voto particular, hace referencia al carácter policéntrico¹¹¹ de las violaciones del referido derecho.

Sentencias estructurales de la CSJN

La tutela de derechos afectados estructuralmente ha sido elaborada por la CSJN a través de dos variables de procesos: ya sea encorsetados en procesos bipolares,¹¹² o bien tramitados propiamente a través de procesos estructurales. En esa medida, existen diversas experiencias paradigmáticas en dicha orientación, no obstante cabe resaltar específicamente dos ejemplos del segundo supuesto, que han sido casos emblemáticos en la materia en Argentina.

a) La génesis de la tutela estructural de derechos en la CSJN: el habeas corpus colectivo en tutela de personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires

El caso Verbitsky, referido a un recurso de *habeas corpus* colectivo de tipo “correctivo”, donde se procuró solucionar el problema del hacinamiento y pésima atención a personas privadas de su libertad en comisarias y cárceles de la Provincia de Buenos Aires constituye el primer ejemplo de tutela estructural de derechos realizado por la CSJN.

En el fallo mencionado, la Corte consideró que la existencia de superpoblación carcelaria –en los niveles alcanzados y admitidos por las partes durante el transcurso de las audiencias públicas que se desarrollaron en esta sede– afectaba los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas privadas de la libertad y se correspondía con una

su retardo mental en grado leve y por provenir de una familia encuadrada en la franja de pobreza estructural, la condenada por el delito de homicidio era vulnerable a la violencia de género y la sentencia apelada debió haber examinado la cuestión a la luz de tal normativa” (CSJN, *Fallos*: 346:58).

111 Recordemos que por carácter policéntrico se entiende que la discriminación estructural, así como la violación estructural de derechos, no responde a una causa, sino a múltiples causas, enlazadas de manera interrelacionada, donde los diversos puntos de tensión se vinculan y se sostienen entre sí, como una telaraña. El concepto fue desarrollado por Lon L. Fuller, “The forms and limits of adjudication”, 92 *Harvard Law Review*, 1978, p. 353.

112 Pueden citarse al respecto los casos “Castillo” y “Sisnero”, ya analizados.

situación genérica, colectiva y estructural.¹¹³ Incluso se advirtió que “la situación se mantiene y se agrava con el aumento de detenidos informado por el Poder Ejecutivo provincial y se proyecta hacia el futuro inmediato con perspectivas de mayor gravedad”.¹¹⁴

Al resolver la acción, el Tribunal advirtió que las leyes procesales penales de esa provincia en materia de detención provisoria, de excarcelaciones y de trato a los presos, no parecían ser constitucionales, en el sentido de que colisionaban con reglas de la Constitución federal y con normas de tratados internacionales, algunos de ellos con rango constitucional a tenor del artículo 75 inciso 22 de la referida Constitución.¹¹⁵ En resumen, el pronunciamiento incluyó un conjunto de instrucciones e indicaciones a diversos estamentos:¹¹⁶ al Poder Legislativo, a la Corte Suprema local, entre otros.

La decisión implicó la adopción de un remedio “estructural” con proyecciones marcadas en la política penitenciaria. Entre las órdenes impuestas pueden señalarse especialmente dos: 1) se instruyó a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante, o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional; y 2) se “exhortó” a las autoridades de la referida provincia a dictar nuevas leyes de conformidad con las normas superiores mencionadas. Ello se hizo sin declarar inconstitucionales

113 Cfr. *Fallos*: 328:1146, considerandos 23 y 27 *in fine* de la opinión de la mayoría.

114 *Ibid*, considerando 31.

115 CSJN, *Fallos*: 328:1146. La Corte Suprema advirtió que uno de cada cuatro detenidos era preso sin condena, y que cohabitaban menores con mayores, enfermos con sanos, muchas veces en simples comisarias y en condiciones inhumanas.

116 La parte resolutive del pronunciamiento en estudio establece los siguientes puntos: i) dispone que la Suprema Corte de Buenos Aires haga cesar en 60 días la detención en comisarias de la provincia de menores y enfermos, y que el Poder Ejecutivo de dicha provincia cada 60 días informe a la Corte Suprema las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos; ii) ordena que el mencionado Poder Ejecutivo remita informe a los jueces en el que consten las condiciones en que se cumpla la detención; iii) encomienda al mismo la convocatoria de una mesa de diálogo con el CELS, las ONG que son *amicus* y la sociedad civil, quienes deben presentar un informe cada 60 días; iv) instruye a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y a tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante, o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional; v) exhorta a los poderes legislativos y al Poder Ejecutivo de la provincia a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales.

las normas provinciales sospechosas de inconstitucionalidad, que padecerían, por lo visto, de lo que se podría denominar como una suerte de “constitucionalidad endeble” o “precaria”.

Podría sostenerse que, en esta causa, como en las siguientes, el Tribunal adopta decisiones aditivas en el plano procesal, al dar una dimensión estructural a procesos donde se ventilan violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos, a pesar de que en el orden legislativo argentino no se han regulado los procesos colectivos como estos, ni los procesos estructurales.

Varios lustros después, la Corte Suprema debió nuevamente enfrentarse al tema, al cuestionarse si la causa se encontraba o no concluida. El máximo tribunal revocó la decisión de la Corte estadual que había considerado agotado el tema. El fundamento de la Corte nacional fue que la tutela de derechos anteriormente decidida no se había concretado plenamente.¹¹⁷

Resulta sumamente interesante el estudio que realiza el juez Rosatti en su voto, al distinguir la dimensión funcional de la institucional de la sentencia, y brindar una perspectiva del tema a la luz de las exigencias técnicas de los procesos estructurales, en particular la noción de *litis contestatio* dinámica y litigio policéntrico.

El juez citado explica que, en la primera decisión, ante la situación denunciada,

... el Tribunal estableció ciertos parámetros destinados a diseñar un modelo de solución, con la explícita intención de inaugurar una etapa de búsqueda y ejecución progresiva de los remedios adecuados para lograr la reparación efectiva de dichas violaciones constitucionales. Esto último, como bien lo recuerda la señora Procuradora Fiscal subrogante en su dictamen, con la recomendación de que se otorgara amplia participación a todos los actores involucrados, sobre la base de considerar que “las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso”.¹¹⁸

En cuanto al talón de Aquiles de los procesos estructurales, es decir, su efectivo cumplimiento, el juez Rosatti expuso que

... la dificultad que presenta la ejecución de sentencias adoptadas en procesos colectivos como el sub lite deriva, principalmente, de dos razones. La primera, remite a la naturaleza compleja y pluricausal de los conflictos abordados, cuya

117 CSJN, *Fallos*: 344:1102.

118 *Ibid.*, considerando 3 del voto de Rosatti.

solución demanda la modificación de políticas públicas o de prácticas institucionales. La segunda radica en el tipo de obligaciones impuestas en estas decisiones, que no siempre se efectiviza en medidas concretas sino en la enunciación de objetivos generales. Ambos aspectos explican que la ejecución de esta clase de sentencias importe un proceso prolongado y complejo, en cuyo transcurso pueden cambiar los protagonistas iniciales (el universo concreto de afectados con nombre y apellido, que suelen ser reemplazados por otros), y aun las modalidades del agravio originario (algunos problemas pueden solucionarse en el tiempo, pero aparecen otros) manteniéndose, no obstante, el cuadro crítico que promovió la presentación judicial colectiva.

A fin de brindar un estándar de cumplimiento de este tipo de procesos, el magistrado citado refiere a un doble test funcional/institucional, que considera el caso como no cumplido.

Posteriormente, la Suprema Corte de Buenos Aires desarrolló un programa de acción estructural, con diálogo multisectorial y la actuación de agentes claves (como mesas de diálogo con organizaciones de la sociedad civil, el defensor del pueblo, entre otros), el cual se encuentra actualmente en ejecución.¹¹⁹

***b) Tutela estructural y daño ambiental colectivo:
el caso “Mendoza, Silvia”***

Diecisiete personas, por derecho propio y algunos también en representación de sus hijos menores, iniciaron una demanda de recomposición e indemnización del daño ambiental colectivo ocasionado como consecuencia de la contaminación de la cuenca del río Matanza-Riachuelo contra el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas.¹²⁰

Luego de resolver la integración de la litis con el defensor del pueblo y diversas organizaciones de la sociedad civil, instrumentar mecanismos de jurisdicción deliberativa mediante la celebración de una decena de

119 Ver SCJN, Home. <https://apcs.scba.gov.ar/>.

120 En su primera decisión, la Corte delimitó las pretensiones y distinguió dos grupos: aquellas que tenían por objeto el resarcimiento de bienes individuales, es decir, los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que los actores dijeron haber sufrido como consecuencia de la contaminación denunciada, que debían tramitar ante los jueces competentes, y las que tenían por objeto la recomposición del bien de incidencia colectiva, configurado por el medio ambiente, que tramitaría ante el Tribunal (SCJN, *Fallos*: 329:2316).

audiencias, recepción de *amicus curie*, y solicitar medidas probatorias interdisciplinarias, el Tribunal condenó al Estado nacional, a la provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y a la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo a cumplir con el Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA), que debía perseguir tres objetivos simultáneos, consistentes en la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca, la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos) y la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.¹²¹ Para cumplir estos objetivos, el Tribunal emitió ocho órdenes relacionadas con los siguientes temas: 1) información pública, 2) contaminación de origen industrial, 3) saneamiento de basurales, 4) limpieza de márgenes de río, 5) expansión de red de agua potable, 6) desagües pluviales, 7) saneamiento cloacal y 8) desarrollo de un plan sanitario de emergencia.

En lo que refiere a la dimensión institucional de dicha decisión, el Tribunal advirtió que la autoridad obligada a la ejecución del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos que se precisan en la sentencia, es la Autoridad de Cuenca que contempla la Ley 26.168 –creada, justamente, ante el requerimiento del Tribunal, y con composición del Estado nacional, provincial y de la CABA–, sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la CABA, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental por disposiciones específicas de la Constitución Nacional.

Por su parte, en la sentencia se instrumentaron una serie de medidas orientadas a asegurar su efectivo cumplimiento, consistentes en: 1) fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; 2) la designación recaída en el defensor del pueblo, en orden a la plena autonomía funcional que se le reconoce al no recibir instrucciones de ningún otro poder del Estado; 3) disponer que el incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa

121 CSJN, *Fallos*: 331:1622, considerando 17.

del plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca, y 4) establecer que la Auditoría General de la Nación llevará un control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, entre otros.

La multiplicidad de órdenes descritas en el Plan Integral mencionado suscitó la necesidad de delegar la ejecución en agentes judiciales claves (primero un tribunal¹²² y luego dos juzgados), con control tanto en la gestión como en los asuntos de naturaleza jurisdiccional, y cuyas decisiones son recurribles directamente ante el máximo tribunal.

Este litigio reviste un alto contenido estructural, ya que el problema planteado ante la Corte es sostenido de manera policéntrica en múltiples causas vinculadas entre sí, entre las que se incluyen diversas omisiones de poderes del Estado nacional, provincial y municipal en la adopción de mandatos constitucionales a su cargo, y falencias de atribuciones presupuestarias. Ante este escenario, el Tribunal dispuso medidas para provocar cambios en políticas públicas que derivaran en mejoras para la sociedad toda. A casi 20 años de su inicio, se encuentra pendiente su conclusión.

Conclusión: identificación de un escenario de convergencia decisional constitucional y convencional

El estudio del tratamiento jurisprudencial brindado por la CSJN en materia de derechos de grupos vulnerables permite concluir un interesante escenario de convergencia decisional y diálogo jurisprudencial con la Corte IDH, con base en los siguientes estándares:

- Un concepto constitucional y convencional del derecho a la igualdad que exige ponderar la vulnerabilidad como desventaja comparativa, ya que los concernidos se encuentran en tal situación que deben contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia o calidad de vida, y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales.¹²³
- En dicho marco, la conceptualización de los “grupos vulnerables” se realiza mediante la referencia a aspectos contextuales, fácticos y

122 CSJN, *Fallos*: 332:2522.

123 CSJN, *Fallos*: 343:264. Ver, asimismo, *Fallos*: 344:6567 y 342:411.

coyunturales (v. gr., historia de vulnerabilidad), y no como categoría predeterminada *prima facie* por el derecho.¹²⁴ En consecuencia, tal criterio es aplicable a sujetos de tutela constitucional preferente, pero no solo a ellos (v. gr., también se aplica a los migrantes, etc.), y se nutre de la noción de discriminación interseccional.

- Los derechos de los grupos vulnerables generan la obligación del Estado de brindar un enfoque protector diferencial, transversal a todo el ordenamiento jurídico,¹²⁵ y particularmente a través de medidas de acción positiva.
- En lo que refiere al acceso a la justicia, en virtud del principio de instrumentalidad subjetiva de las formas, la vulnerabilidad genera el deber del Estado de prestar asistencia de calidad, especializada y gratuita, así como de revisar las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.¹²⁶
- Como mecanismo con vocación transformadora, el Tribunal considera que el logro de la igualdad social y económica de los grupos en situación de vulnerabilidad está estrechamente asociado al incremento de la igualdad a nivel de la participación política.¹²⁷
- En la tutela jurisprudencial de los derechos de los grupos vulnerables, se verifica un diálogo de fuentes, con cita de instrumentos convencionales, constitucionales, reglamentarios, e incluso de otro carácter.¹²⁸
- Los procesos constitucionales estructurales son los idóneos para brindar una comprensión adecuada de la naturaleza pluricausal y policéntrica que caracteriza a la afectación de derechos de grupos vulnerables, así como para instrumentar medidas de vocación transformadora de la discriminación estructural.

124 CSJN, *Fallos*: 345:578.

125 CSJN, *Fallos*: 343:264 y 342:411.

126 CSJN, *Fallos*: 346:84 “Qingyu Li” (voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y disidencia parcial del juez Rosatti).

127 CSJN, *Fallos*: 344:441.

128 CSJN, *Fallos*: 343:103.

Bibliografía

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c. Inspección General de Justicia”, *Fallos*: 329:5266.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bussi, Antonio Domingo”, *Fallos*: 330:3160.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, *Fallos*: 340:1795.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”, *Fallos*: 314:1531.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fernández de Kirchner”, *Fallos*: 343:195.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Partido Nuevo Triunfo S/S/ Reconocimiento- Distrito Capital Federal”, *Fallos*: 332:433.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”, *Fallos*: 308:2268.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Juez, Luis Alfredo y Otro C/ Honorable Cámara de Senadores de la Nación S/Amparo Ley 16.986”, *Fallos*: 345:1269.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Thomas Enrique C/ Ena S/ Amparo”, *Fallos*: 333:1023.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gomez Diez Ricardo y Otros C/ Poder Ejecutivo Nacional S/Proceso de Conocimiento”, *Fallos*: 322:528.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Landa, Ceferino y Moreira, Mercedes Beatriz s/ recurso de casación –Poblete–”, *Fallos*: 328:2702.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “García Blanco Esteban C/ Anses S/Reajustes Varios”, *Fallos*: 344:983.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 342:411.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “C. G., A. C/ En - DNM S/Recurso Directo DNM”, *Fallos*: 345:905.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Di Nunzio Daniel F. C/ The First National Bank of Boston y Otros S/Habeas Data”, *Fallos*: 329:5239.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Giménez, Rosa Elisabe C/ Comisión Medica Central y/o Anses S/Recurso Directo Ley 24.241 S/ Recurso Directo Ley 24.241”, *Fallos*: 344:1788.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso Queja N.º 5 – Defensoría de Menores e Incapaces N.º 6 y Otros C/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen Maria S/Amparo”, *Fallos*: 343:1805.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Miranda Castillo, Gloria Trinidad C/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social de la Nación S/ Amparo Ley 16.986”, *Fallos*: 344:3307.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso Queja N.º 1 - Silva Leal Alicia C/ Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales S/Amparos y Sumarísimos”, *Fallos*: 343:1871.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquen s/acción de Inconstitucionalidad”, *Fallos*: 344:441.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat C/ Salta, Provincia de y Otro S/Acción Declarativa de Certeza”, *Fallos*: 328:3555.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Guarino Humberto, José y Duarte de Guarino Maria Eva C/ S/Guarda Preadoptiva”, *Fallos*: 331:147.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “A.F. S/Protección de Persona”, *Fallos*: 330:642.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N.”, *Fallos*: 341:1733.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “L. M. s/Abrigo”, *Fallos*: 344:2647.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso Queja N.º 5 - G.,S.M. y Otro C/ K.,M.E.A. S/Alimentos”, *Fallos*: 347:51.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “N.N. O U.V. s/Protección y Guarda de Personas”, *Fallos*: 335:888.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Civil Macame y Otros C/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. S/ Amparo Ley 16.986”, *Fallos*: 345:549.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cejas Meliare, Ariel s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 339:381.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso Queja N.º 2 - B., C. Y Otro S/Control de Legalidad - Ley 26.061”, *Fallos*: 347:474.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “G., A.J. c/ J., M.A. s/Cuidado Personal de los Hijos”, *Fallos*: 347:441.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrera, Maribel Alejandra Soledad y Otro S/ Homicidio Culposos”, *Fallos*: 345:578.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rivero, Alberto y Otro S/Abuso Sexual - Art. 119 3º Párrafo y Violación según Párrafo 4to Art. 119 Inc E”, *Fallos*: 345:140.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ezquiaga, Maria Fabiana y Otro S/Incidente de Incompetencia”, *Fallos*: 345:181.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gallo López Javier S/ N.º 2222”, *Fallos*: 334:725.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido”, *Fallos*: 343:1037.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ N.º 14.092”, *Fallos*: 339:392.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos”, *Fallos*: 343:103.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “B., A. O. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, *Fallos*: 345:1374.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “C., J. C. C/EN - Mº Defensa Ejército s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 343:264.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, *Fallos*: 338:29.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “A., V. M. c/ O.S.F.G.P.I.C. y D. s/ Amparo Ley 16.986”, *Fallos*: 339:1683.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Giménez, Rosa Elisabe C/ Comisión Médica Central y/o Anses S/Recurso Directo Ley 24.241 S/ Recurso Directo Ley 24.241”, *Fallos*: 344:1788.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Constantino, Eduardo Francisco c/ Anses s/ reajustes varios”, *Fallos*: 339:740.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.S.E.S. s/Acción de Amparo”, *Fallos*: 337:530.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Badaro Adolfo Valentín C/ Anses S/Reajustes Varios”, *Fallos*: 330:4866.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Li, Qingyu C/ En-M Interior-DNM S/ Recurso Directo DNM”, *Fallos*: 346:84.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston N.A. s/ sumarísimo”, *Fallos*: 340:172.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso Queja N.º 1 - Asociación Civil Cruzada Cívica Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Ser. Pub. Y Otro C/ Gpat Compañía Financiera S.A. Y Otro S/Sumarísimo”, *Fallos*: 344:791.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo”, *Fallos*: 339:1077.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Farmacity S.A. C/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Otro s/pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, *Fallos*: 344:1557.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Nobleza Piccardo S.A.I.e. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 338:1110.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado nacional - PFA - y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 340:1940.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, *Fallos*: 341:1511.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S., J. M. S/ Abuso Sexual - Art. 119 3º Párrafo”, *Fallos*: 343:354.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Internas de la Unidad N.º 31 SPF y otros s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 343:15.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “G., A. N. c/ S., R. s/ filiación”, *Fallos*: 336:276.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Otro S/Amparo”, *Fallos*: 335:452.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso Queja N.º 1 - García, Facundo Nicolás y Otros C/ Municipalidad de San Isidro y Otros S/”, *Fallos*: 334:1291.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “D., N. L. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, *Fallos*: 346:58.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Esquivel, Roberto y Otro C/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social y Otros S/ Amparo Ley 16.986”, *Fallos*: 345:1481.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ramírez, Juan Carlos C/ Entidad Binacional Yacyreta S/Daños y Perjuicios y Daño Moral”, *Fallos*: 330:2548.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Blanco, Lucio Orlando”, *Fallos*: 341:1924.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rinaldi Francisco Augusto y Otro C/ Guzmán Toledo Ronal Constante y Otra y Otro S/Ejecución Hipotecaria”, *Fallos*: 330:855.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Hoof, Pedro Cornelio Federico C/ Buenos Aires, Provincia de S/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, *Fallos*: 327:5118.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gottschau Evelyn Patrizia C/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires S/Amparo”, *Fallos*: 329:2986.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mantecón Valdés Julio C/ Estado nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Resol. 13/Ix/04 (Concurso Biblioteca) S/Amparo”, *Fallos*: 331:1715.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pellicori Liliana Silvia C/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal S/Amparo”, *Fallos*: 334:1387.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sisnero Mirtha Graciela y Otros C/ Taldelva SRL y Otros S/Amparo”, *Fallos*: 337:611.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 [805462/95]) y otros/ recurso directo para juzgados”, *Fallos*: 343:990.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “R. M. J. s/INSANIA”, *Fallos*: 331:211.

La protección de los grupos vulnerables por el Supremo Tribunal Federal

BRASIL

Ana Carolina Lopes Olsen*

Mônia Clarissa Hennig Leal**

Protección constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación en Brasil

La Constitución brasileña de 1988, promulgada en un contexto de redemocratización tras veinte largos años de dictadura militar, aunque no fue el resultado de una asamblea constituyente elegida democráticamente, es la consecuencia de un importante movimiento popular (conocido como “Diretas Já” o “Directo ahora”) que tuvo un amplio carácter democrático, con la dignidad humana como elemento central.¹ Esta Constitución también prevé una vasta relación de derechos fundamentales e instrumentos de garantía, además de abrir un espacio institucional para la participación política de los ciudadanos, no solo a través del voto,² sino también a través de diversos mecanismos como la acción popular, consejos, comités, referendos y plebiscitos, entre otros.

* Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Paraná (2020), en la línea de investigación Justicia, Derechos Humanos y Democracia; licenciada en Derecho (2000); magíster en Derecho, Universidad Federal de Paraná (2006). Se desempeña como coordinadora adjunta y profesora de la Carrera de Derecho de la Universidad Positivo Cruzeiro do Sul, Unidad Curitiba. anac.olsen@gmail.com.

** Posdoctora, Ruprecht-Karis Universität, Heidelberg (Alemania); doctora en Derecho, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Coordinadora del Programa de Posgrado en Derecho, Maestría y Doctorado, Universidad de Santa Cruz do Sul (Unisc). profa.monia@gmail.com.

1 Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 169.

2 Rogério Gesta Leal, *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

La dignidad de la persona humana aparece como el *telos* último, como la *ratio essendi* del ordenamiento jurídico, estando todos los demás contenidos constitucionales comprometidos con su realización, que a su vez tiene lugar a través del respeto por los derechos fundamentales, que al mismo tiempo que le dan contenido, también son configurados por ella.³ En este sentido, la dignidad se materializa a través de cuatro dimensiones complementarias: el valor intrínseco de cada persona, la autonomía en la definición del proyecto de vida, la garantía del mínimo existencial y el reconocimiento de la diversidad en las múltiples identidades individuales y colectivas.⁴

En este contexto, la Constitución brasileña marca la igualdad como principio rector de toda la acción del Estado, destacándola en los objetivos fundamentales, y también le otorga la carga semántica de los principios de los derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 5 y en diversas normas escasas de la Constitución.

En consecuencia, se ha producido un recrudecimiento del deber de protección inherente al derecho a la igualdad y a la no discriminación, en vista de la significativa porción de brasileños que, por las más diversas razones, como factores históricos, de género, orientación sexual, entre otros, forman parte de un grupo vulnerable, ya que el modelo de Estado democrático de derecho tiene como máxima la alteración del *statu quo*. Así, la igualdad adquiere mayor importancia, dado que el principio de legalidad asume la responsabilidad de “la búsqueda efectiva de la realización de la igualdad, no a través de la generalidad del mandato normativo, sino a través de la realización, por su intermedio, de *intervenciones que impliquen directamente un cambio en la situación de la comunidad*”.⁵ Como la Constitución Federal de 1988 es el resultado de una ruptura con un Estado dictatorial, también tiene características como “I) la adopción de matices políticos del pluralismo, así como del neorrepblicanismo [...]; II) la búsqueda perenne del Estado brasileño de incluir a los socialmente más débiles, a los que una

3 Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, op. cit., p. 175.

4 Daniel Sarmento, *Dignidad de la persona humana: contenido, trayectorias y metodología*, Belo Horizonte, Fórum, 2020.

5 Lênio Luiz Streck y José Luiz Bolzan de Moraes, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 89-90.

mayoría trata de no ver”,⁶ aspecto que arroja nuevas luces sobre la propia noción de igualdad y la refuerza, aportándole inéditas dimensiones.

La igualdad defendida por la Constituyente se presenta, por tanto, bajo formas múltiples y complementarias: igualdad formal, igualdad material e igualdad como reconocimiento.⁷

La igualdad formal como derecho se enunció en primer lugar en el caput del artículo 5 (“todos son iguales ante la ley”) para determinar el tratamiento indistinto de todas las personas, y se especifica en múltiples apartados de este artículo, sobre todo cuando el constituyente utiliza expresiones como “todos” o “nadie”. Así puede verse, por ejemplo, en el apartado III del artículo 5, que establece que “nadie podrá ser sometido a tortura”; o en el apartado VIII, según el cual “nadie podrá ser privado de sus derechos por motivos de creencias religiosas”, o incluso en el apartado XVI, cuando afirma que “todos podrán reunirse pacíficamente”. En otras instancias, la Constitución afirma categóricamente que la discriminación está prohibida, como en el caso de las secciones XXXVII (prohibición de un tribunal de excepción) y XLI (exigencia de una ley que castigue la discriminación contra los derechos y las libertades fundamentales).

La afirmación perentoria de la igualdad en la titularidad de los derechos es, sin embargo, aún más abarcadora en la hermenéutica constitucional de la concretización. Aunque la redacción del encabezado del artículo 5º establezca que los derechos en él enunciados se reconocen a “brasileños y extranjeros residentes en Brasil”,⁸ el Supremo Tribunal Federal (STF) ha consolidado su entendimiento de que los extranjeros no residentes también son titulares de derechos fundamentales,⁹ con distinción de tratamiento solo cuando la Constitución lo exige específicamente, como en el caso del derecho de los brasileños a no ser extraditados (art. 5º, inciso LI) y del

6 Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, en Cláudio Pereira de Souza Neto y Daniel Sarmento (eds.), *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Río de Janeiro, Lúmen Júris, 2007, pp. 206-207.

7 Vera Karam de Chueiri et al., *Fundamentos de Derecho Constitucional: nuevos horizontes brasileños*, Salvador, JusPodivm, 2021, p. 270.

8 Brasil, Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, Brasília D.F., Presidência da República, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

9 RE 1.018.911/2021, de 11 de noviembre.

requisito de la ciudadanía brasileña para interponer acción popular (art. 5º, inciso LXXIII).

Esta igualdad formal también se observa en otros postulados, como la garantía de acceso universal al Sistema Único de Salud (art. 196 de la Constitución Federal).

A pesar de la importancia de la igualdad formal, es la igualdad material la que se destaca en la Constitución Federal, basada en los valores enunciados en el preámbulo: “una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social”.¹⁰

Desde esta perspectiva, junto con el deber de promover el bienestar de todos, “sin prejuicio de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación”, garantizado en el artículo 3º, inciso IV, son objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil la eliminación de la pobreza y de la marginación, así como la mitigación de las desigualdades sociales, objetivos que exigen un amplio aparato de acción del Estado y de la sociedad para promover conjuntamente la transformación de la realidad social en el actual Estado democrático de derecho.¹¹

Esta transformación social, guiada por el principio de la dignidad de la persona humana, determina la implementación de una concepción material de la igualdad, preocupada por el grave panorama de desigualdad social que marca a Brasil en el mapa geográfico del mundo.¹² Consciente de esta realidad, e ideológicamente comprometida con la inclusión social, la diversidad y el pluralismo, la Constitución ha expresado diversos mandatos para promover estos aspectos.¹³

10 Brasil, Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.

11 Isete Evangelista Albuquerque, “El derecho de las minorías en la Constitución de 1988 de la República Federativa de Brasil y la situación de los indios como minoría étnica en el Estado brasileño”, *Revista Quaestio Iuris*, n.º 02, 2013, pp.15-16. 10.12957/rqi.2013.11769.

12 Brasil es uno de los países más desiguales del mundo, según el Informe sobre Desigualdades Globales presentado por el Laboratorio de Desigualdades Globales. El estudio afirma, además, que las discrepancias de ingresos en el país “han estado marcadas por niveles extremos durante mucho tiempo”. BBC, “4 datos que muestran por qué Brasil es uno de los países más desiguales del mundo, según informe”, *BBC News*, consultado el 25 de mayo de 2024, <https://gl.globo.com/economia/noticia/2021/12/07/4-dados-que-mostram-por-que-brasil-e-um-dos-paises-mais-desiguais-do-mundo-segundo-relatorio.ghtml>.

13 Courtis y Gargarella sostienen que las constituciones buscan resolver los principales problemas de una sociedad determinada. En el caso de la Constitución de 1988, no cabe duda de que uno de los problemas por abordar, junto con la superación de la dictadura, es la cuestión

En el artículo 5, varias secciones revelan elementos destinados a proteger la igualdad material, como la sección I (igualdad entre hombres y mujeres) y la sección XLII (condena de la práctica del racismo). Además, en la sección L de este mismo artículo, el texto garantiza a las mujeres encarceladas el derecho a amamantar a sus hijos y a permanecer con ellos, lo que demuestra que reconoce las necesidades especiales de determinados grupos sociales en términos de igualdad material.¹⁴

Además de la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales de carácter marcadamente civil e individual, la Constitución presta atención a la igualdad que debe promoverse en entornos marcadamente desiguales, como las relaciones laborales. En su artículo 7, garantiza el permiso de maternidad (punto XVIII) y el de paternidad (punto XIX), determina expresamente la protección del mercado de trabajo de las mujeres (punto XX), prohíbe cualquier discriminación salarial por razón de sexo, edad, color o estado civil (punto XXX) y, a continuación, amplía la protección a las personas con discapacidad (punto XXXI). También prohíbe las distinciones entre profesionales que realizan trabajos manuales, técnicos o intelectuales (apartado XXXII) y determina la igualdad de derechos entre trabajadores fijos y temporales (apartado XXXVI). Todas estas normas refuerzan el sentido de la igualdad como deber de no discriminación, tratando de cubrir situaciones específicas de vulnerabilidad e hiposuficiencia.¹⁵

Sin embargo, es en la protección de los derechos sociales fundamentales donde la igualdad material es más emblemática. Al tratar del derecho a la seguridad social, la Constitución reconoce la necesidad de una protección especial para las mujeres embarazadas, los desempleados, las asignaciones familiares y las prestaciones penitenciarias para las personas a cargo de los trabajadores con bajos ingresos (art. 201, apartados II, III y IV). También establece criterios diferenciados de seguridad social para personas con discapacidad y trabajadores expuestos a productos químicos,

de la desigualdad. Christian Courtis y Roberto Gargarella, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Cepal, 2009.

14 Este derecho ha sido ampliado por el Supremo Tribunal Federal para reconocer a estas mujeres el derecho al arresto domiciliario, en tratamiento de su vulnerabilidad agravada, que será objeto del tercer tema de este artículo (HC 14364/2018, de 20 de febrero).

15 En este sentido, es posible identificar el principio de protección de los desfavorecidos como implícito en el texto constitucional brasileño. Para profundizar en el tema, véase Mônia Clarissa Hennig Leal, *A Constituição como princípio*, São Paulo, Manole, 2003, p. 174.

físicos o biológicos nocivos para la salud (art. 201, párr. 1º), además de establecer reglas proporcionales y diferenciadas de jubilación para hombres y mujeres, trabajadores urbanos y rurales (art. 201, párr. 2º). En 2019, una enmienda constitucional se ocupó específicamente de la inclusión de grupos antes marginados en el acceso a la seguridad social, al establecer la obligación de crear un “régimen especial de inclusión en la seguridad social, con tarifas diferenciadas, para atender a los trabajadores de bajos ingresos, incluidos los que se encuentren en situación de informalidad, y a los que carezcan de ingresos propios y se dediquen exclusivamente al trabajo doméstico en el ámbito de su residencia, siempre que pertenezcan a familias de bajos ingresos” (art. 201, párr. 12).

El derecho a la asistencia social, recogido en el artículo 203, está previsto precisamente para “quienes lo necesiten”, proporcionando una protección especial a “la familia, la maternidad, la infancia, la adolescencia y la vejez”, incluyendo una protección especial para “los niños y adolescentes necesitados”, las personas con discapacidad y los ancianos que no puedan valerse por sí mismos.

Además, el derecho a la educación, recogido en el artículo 206, establece “la igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en las escuelas”, lo que fue interpretado por el Tribunal Supremo como una autorización para la institución de cupos reservados a personas negras, indígenas y socialmente vulnerables.¹⁶

Brasil ratificó la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Otras Formas Conexas de Intolerancia en 2022, incorporando sus normas a la Constitución con el rango de norma constitucional. Con esa incorporación normativa, se ha fortalecido la lucha contra el racismo estructural, ya que los dispositivos convencionales sobre el deber del Estado de adoptar acciones afirmativas frente a la discriminación racial pasaron a formar parte de la Constitución. Hasta 2022, acciones afirmativas como las cuotas raciales en las universidades o en concursos públicos estaban previstas solo en leyes infraconstitucionales, y, por lo tanto, eran más vulnerables a cambios legislativos.

El racismo se entiende como “una forma sistemática de discriminación basada en la raza, que se manifiesta a través de prácticas conscientes o inconscientes que conllevan desventajas o privilegios para los individuos,

16 ADPF 186/2012 de 26 de abril.

dependiendo del grupo social al que pertenezcan”.¹⁷ Adquiere un carácter estructural cuando se normaliza en las estructuras sociales, de modo que las relaciones políticas, económicas y jurídicas excluyen o mantienen al margen a grupos racialmente definidos, pasando por alto a menudo la reflexión crítica.¹⁸ El racismo estructural se revela como uno de los componentes orgánicos de la sociedad.¹⁹

La dimensión material de la igualdad no presupone, por tanto, que el intérprete del derecho adopte una postura antidiferenciadora para corregir las situaciones de desigualdad, sino que opta por la perspectiva antisometimiento, no solo combatiendo las situaciones en las que existe un trato diferenciado, sino también actuando en aquellas en las que no existe un trato diferenciado cuando es necesario, por lo que los individuos se encuentran expuestos a una situación de subordinación en relación con los demás.²⁰

En este sentido, la Asamblea Constituyente ordenó a los partidos políticos que invirtieran al menos el 5% de los recursos del fondo del partido en la candidatura de mujeres (art. 17, párr. 7),²¹ garantizándoles también tiempo en los programas electorales de radio y televisión (art. 17, párr. 8).

17 Sílvio Luiz de Almeida, *Racismo estrutural*, São Paulo, Sueli Carneiro, Jandaíra, 2020, p. 32.

18 Kabengele Munanga, “Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo”, *CADERNOS PENESB- Periódico do Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira (Curso especial ERER)*, n.º 12, 2020, p. 177.

19 Almeida, *Racismo estrutural*, *op. cit.*, p. 47.

20 Thimotie Aragon Heemann, “Igualdad, teoría del impacto desproporcionado y derechos humanos: una necesidad en la defensa de los colectivos vulnerables”, *Revista Jurídica do Ministério Público*, n.º 12, 2018, p. 65.

21 Es importante mencionar que, a pesar de que se trata de una disposición legal dirigida a la inclusión de las mujeres, buscando aumentar su participación política, el Supremo Tribunal Federal ha cuestionado la constitucionalidad de estas disposiciones, especialmente en relación con el acceso a los recursos del Fondo Partidario. Así, en la sentencia del ADI 5617, en 2018, el STF decidió que la distribución de recursos del Fondo Partidario destinados a financiar campañas electorales dirigidas a candidatas mujeres debe hacerse en la proporción exacta de candidatos de ambos sexos, respetando el nivel mínimo del 30% de mujeres previsto en la Ley de Elecciones (Ley 9.504/1997). El panel siguió el voto del juez Edson Fachin, ponente de la sentencia, que consideró que la medida viola el principio de igualdad, creando un desequilibrio de género. En su apreciación, el establecimiento de un piso del 5% significa, en la práctica, que en la distribución de los fondos públicos que el partido debe destinar a los candidatos, los hombres pueden recibir hasta el 95%. En su voto, Fachin argumentó que el derecho a la igualdad permite una descualificación, siempre que sea puntual y tenga como objetivo superar una desigualdad histórica. En este caso, sin embargo, a pesar de que las mujeres representan más de la mitad de la población y del electorado brasileño, solo el 9,9% del Congreso Nacional está compuesto por

En este sentido, según Fensterseifer,²² la Constitución brasileña pretende “proteger a los individuos y grupos sociales en situación de vulnerabilidad”, promoviendo “el acceso a los bienes sociales básicos y a los derechos fundamentales que componen el entramado normativo que protege su dignidad como seres humanos”.

Con la llegada del concepto de igualdad material, se inició también el debate sobre la existencia de un “derecho a la diferencia”, especialmente en el contexto del constitucionalismo democrático, en el que la noción de igualdad se entrelaza con el concepto de pluralismo. Al respecto, Torres²³ afirma que el derecho fundamental a la diferencia está implícito en los principios constitucionales, especialmente en la dimensión sustancial del derecho fundamental a la igualdad (art. 5, primera oración, de la CF/88), además de estar vinculado a otros institutos presentes en los principios fundamentales del texto constitucional como la democracia, la dignidad humana y el pluralismo (art. 1, primera oración, y secciones III y V de la CF/88).

Cabe destacar también que las demandas asociadas al derecho a la igualdad no solo apuntan a la justicia social distributiva —que busca una redistribución más justa de los recursos y de la riqueza dentro de la sociedad, dado que esta distribución inequitativa perjudica a las minorías y a los grupos vulnerables—, sino que también tienen una esfera referida a la búsqueda del reconocimiento de estos grupos. Como se desprende de la doctrina de Fraser,²⁴ además de las legítimas demandas de redistribución equitativa de oportunidades y recursos en la sociedad, los grupos sociales

mujeres y solo el 11% de los ayuntamientos están dirigidos por mujeres. El Supremo Tribunal también destacó que el carácter público de los recursos del fondo es un elemento más que refuerza el compromiso de que su distribución no sea discriminatoria. Por ello, los partidos no pueden crear distinciones por género: deben comprometerse con su papel transformador de la realidad y dedicarse a promover y difundir la participación política de las mujeres.

22 Tiago Fensterseifer, “O conceito jurídico de necessitado e o regime jurídico de especial proteção dos indivíduos e grupos sociais (hiper)vulneráveis na Constituição Federal de 1988”, *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, n.º 1, 2020, p. 43.

23 Marcelo Monteiro Torres, “Derecho fundamental a la diferencia”, *Revista electrónica del CEAF*, n.º 2, 2012, p. 15.

24 Nancy Fraser, “Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition, and participation”, en Nancy Fraser y Axel Honneth (eds.), *¿Redistribución o reconocimiento? A Political-Philosophical Exchange*, New York, Verso, 2003, pp. 7-8.

exigen el reconocimiento de sus diferencias esenciales, de su diversidad identitaria, que configura su proyecto de vida y su desarrollo.

Esto demuestra que la redistribución no siempre es capaz de superar el daño y la injusticia causados por la falta de reconocimiento, de ahí el énfasis en la protección del derecho a la diferencia en el contexto de una sociedad plural como la brasileña, que se revela, por ejemplo, en el artículo 215, cuando afirma que “el Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afrobrasileñas, y las de otros grupos que participan en el proceso de civilización nacional”.

Esta perspectiva se manifiesta en la protección de las tradiciones y la cultura indígenas, enunciada específicamente en el vocabulario del reconocimiento: “Se *reconoce* a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, así como sus derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y es responsabilidad de la Unión demarcar, proteger y hacer respetar todos sus bienes” (énfasis agregado). También está el artículo 231, que garantiza que la enseñanza primaria de los niños indígenas utilice sus lenguas maternas y sus propios procesos de aprendizaje (art. 210, párr. 2). Los grupos quilombolas también reciben protección especial en el artículo 68 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias, para garantizar su derecho a la propiedad de las tierras que ocupan.

En este sentido, la protección de la igualdad en la Constitución brasileña implica un mandato de no discriminación,²⁵ que obliga a los poderes públicos a abstenerse de promover cualquier tipo de discriminación que prive del acceso a los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos. Esta dimensión negativa del derecho fundamental a la igualdad se materializa en el objetivo fundamental del Estado enunciado en el artículo 3, inciso IV, que consiste en “promover el bien de todos, sin prejuicio de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación”.

25 Para Séguin, “la heterogeneidad y la intolerancia son el origen de la discriminación, pero la primera puede aportar el germen de una solución si consigue divorciarse de la segunda. Se puede ser diferente y convivir pacíficamente con esa pluralidad si hay tolerancia y no violencia por parte de los implicados. La fraternidad aparecería como un *plus*, cuando se cambia una actitud de pasividad por otra de cooperación. Para minimizar el impasse creado por la pluralidad, se están utilizando ciertos instrumentos, como el reconocimiento de que el problema existe, el acceso a la información y a la educación, las acciones de discriminación positiva, entre otros”. Elida Séguin, *Minorías y grupos vulnerables: un enfoque jurídico*, Río de Janeiro, Forense, 2002, p. 40.

En vista de esta disposición constitucional, Mello²⁶ argumenta que el ordenamiento jurídico pretende prohibir desigualdades imprevistas o injustificables, estipulando que existen ciertos factores, situaciones o rasgos característicos en las personas que “no pueden ser escogidos por la norma como raíz de cualquier diferenciación, pues de lo contrario atestiguarían la regla de la igualdad”.

Más allá de la dimensión negativa, como se ha señalado, la Constitución establece una serie de prácticas positivas por implementar, ya sea en el sentido de la distribución de bienes, servicios y oportunidades, o en el sentido del reconocimiento afirmativo de los rasgos identitarios de determinados grupos sociales. Es importante señalar que, en el Estado democrático de derecho, se considera que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: una subjetiva, que incluye la exigibilidad de tales derechos en las relaciones entre los individuos y el Estado, y una objetiva, que presupone su observancia no solo en las relaciones entre los individuos y el Estado, sino también en las relaciones entre los particulares, además de ser considerados “directrices e impulsos”, es decir, como fines que deben perseguir el Estado y la sociedad para su realización.

De esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales surge la noción de “deber de protección estatal” (*Schutzpflicht*), que engloba la idea de que, incluso cuando el Estado no interviene directamente, debe observar el deber de proteger los derechos fundamentales del individuo, lo que da lugar tanto a un concepto de “prohibición de protección insuficiente” (*Untermaßverbot*) en el contexto de las políticas públicas formuladas como a una “prohibición de exceso” (*Übermaßverbot*) de intervención o restricción de los derechos fundamentales opuestos.²⁷

Así, en su dimensión objetiva, en conexión con la dimensión positiva del derecho a la igualdad, el principio de igualdad engloba también el deber de promover acciones positivas capaces de compensar ciertas

26 Celso Antônio Bandeira de Melo, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 18.

27 Mônia Clarissa Hennig Leal y Rosana Helena Maas, “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de Políticas Públicas, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, p. 49.

desigualdades de hecho existentes, por lo que resulta imprescindible articular mecanismos dirigidos a minorías y grupos vulnerables.²⁸

En el orden constitucional brasileño, la incorporación de esta perspectiva de acción afirmativa puede verse en disposiciones como el artículo 7, inciso XX de la Constitución Federal de 1988, que prevé la protección del mercado de trabajo de las mujeres, y el artículo 37, inciso VIII, de la Constitución, que prevé la reserva de vacantes en licitaciones públicas para personas con discapacidad.²⁹

Esta afluencia promueve el cambio, principalmente en términos de corrección de la situación de discriminación estructural e histórica que afecta a ciertos grupos vulnerables y minoritarios, una situación que se deriva de la “acumulación de desventajas sociales causadas por diversas formas de discriminación y contribuye a la estratificación, que coloca a ciertos grupos en una situación de subordinación duradera o permanente”.³⁰

En el caso de Brasil, existe una sociedad marcada por una historia de desigualdad estructural, que se dirige especialmente a las mujeres (sexismo) y a los negros e indígenas (racismo), pero que también puede incluir a los ancianos (edadismo) y a los extranjeros (xenofobia). Todos estos grupos han sido reconocidos por el texto constitucional, y a ellos se dirige una propuesta de acciones positivas que debe realizar el Estado a fin de romper la corriente de “perpetuación de la estratificación social, es decir, la dominación de un grupo jerárquico que se consolida como resultado de una determinada disposición desigual en las divisiones de poder e ingresos en la comunidad”.³¹

Sin embargo, frente a la discriminación en sus más variadas formas, tanto las minorías como los grupos vulnerables necesitan una protección especial porque están constantemente sometidos a situaciones que dan lugar a discriminación y atentan contra su derecho a la igualdad, razón por

28 Clèmerson Merlin Clève, “Ações afirmativas, justiça e igualdade”, *Revista dos Tribunais*, n.º 3, 2016, p. 752. 10.11606/issn.2319-0558.v3i3p542-557.

29 Heemann, “Igualdad, teoría del impacto desproporcionado y derechos humanos: una necesidad en la defensa de los colectivos vulnerables”, *op. cit.*, p. 67.

30 Adilson José Moreira, *O que é discriminação?* Belo Horizonte, Letramento, Casa do Direito, Justificando, 2017, p. 136.

31 Clèmerson Merlin Clève, “Ações afirmativas, justiça e igualdade”, en Clèmerson Merlin Clève (ed.), *Direito Constitucional brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 755.

la cual las disposiciones de la Constitución Federal de 1988 se justifican en el sentido de otorgar una protección especial a los derechos de los grupos vulnerables y las minorías, aspecto que también se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal.

Disposición constitucional para la protección de “grupos vulnerables”

Como se mencionó, el objetivo fundamental de la Constitución Federal de 1988 es promover el bien de todos sin distinción alguna, y este objetivo “debe ser visto como una meta de inclusión de aquellos que históricamente han sido excluidos y marginados de y por la sociedad, pero que han contribuido y contribuyen al desarrollo del país”³², atribuyendo a la Ley la tarea de conceder a determinados individuos o grupos sociales –que se ven privados del ejercicio de sus derechos fundamentales constitucionalmente previstos– una protección especial debido a su situación excepcional de vulnerabilidad.³³

Estos grupos pueden clasificarse como “minorías” y “grupos vulnerables”, originados por asimetrías sociales (de naturaleza económica, cultural y educativa, entre otras). Las minorías son grupos particularizados con características identitarias que los diferencian de un grupo considerado “estándar” (la mayoría, aunque no necesariamente en sentido numérico). Los grupos vulnerables, por su parte, son los que sufren precisamente por las presiones sociales engendradas por ese “estándar”, que acaba discriminando, criminalizando y excluyendo a los considerados diferentes.³⁴

A partir de las enseñanzas de Siqueira y Castro,³⁵ se observa que mientras las “minorías” son grupos marcados por rasgos culturales propios, que

32 Marcelo dos Santos Bastos, “La inclusión de minorías y grupos vulnerables: un aspecto efectivo y necesario para la continuidad del orden jurídico constitucional”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.º 18, 2011, p. 46. 10.62530/rbdc.v18i1.258.

33 Fensterseifer, “O conceito jurídico de necessitado e o regime jurídico de especial proteção dos indivíduos e grupos sociais (hiper)vulneráveis na Constituição Federal de 1988”, *op. cit.*, p. 44.

34 Cláudio Márcio do Carmo, “Grupos minoritarios, grupos vulnerables y el problema de la (in)tolerancia: una reflexión lingüístico-discursiva e ideológica entre la falta de respeto y la manifestación del odio en el contexto brasileño”, *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n.º 64, 2016, pp. 205-206. 10.11606/issn.2316-901X.v0i64p201-223.

35 Dirceu Pereira Siqueira y Lorena Roberta Barbosa Castro, “Minorías y grupos vulnerables: la cuestión terminológica como factor preponderante para la inclusión social real”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, n.º 1, 2017, pp. 111-115.

establecen su diferencia de los demás, los grupos vulnerables no tienen este denominador común, pero están sujetos a procesos de discriminación debido a otros elementos sociales. En el caso de las minorías, su identidad diversa exige reconocimiento y pretende ser afirmada en el ámbito social, como es el caso de los pueblos indígenas y quilombolas. Los grupos vulnerables, por otro lado, no tienen este elemento cultural definido, pero son discriminados por su género (mujeres, LGBTQIA+), su condición física o intelectual (personas con discapacidad); edad (ancianos, niños) o condición social (pobres, población carcelaria).

En resumen, los grupos vulnerables sufren opresión social, pero no tienen ninguna relación de interés o dependencia con el objeto (género, condición social) que los distingue del “estándar”. Estos grupos buscan del Estado las condiciones para ejercer los mismos derechos fundamentales que los ciudadanos del grupo “estándar”. Las minorías, por su parte, se diferencian de los grupos vulnerables a partir de elementos comunes que marcan su identidad, y son precisamente estos identificadores el objeto de la discriminación. En esta línea, buscan la afirmación de derechos que aún no han sido reconocidos en el ordenamiento jurídico.³⁶

Al ocuparse de estos grupos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) les ha dado un nuevo nombre: grupos en situación de vulnerabilidad. Con ello, se pretende evitar clasificarlos a partir de elementos intrínsecos, buscando demostrar que, en cada caso concreto, determinados grupos sociales se han visto obstaculizados o privados del acceso al ejercicio de los derechos humanos.³⁷ Con ello, la Corte IDH desplaza el elemento definitorio del grupo (situación de vulnerabilidad) a los elementos objetivos de opresión, discriminación o exclusión social, alejándolos de las características inherentes al propio grupo.

Un repaso histórico muestra que el fenómeno de la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, asociado al reconocimiento de su condición de dignidad, igualdad e inclusión, frente a procesos que han dado lugar a desigualdades estructurales, es relativamente reciente y se asocia más al

36 Mônia Clarissa Hennig Leal y Sabrina Santos Lima, “The Inter-American Human Rights System and the Protection of Minorities and Vulnerable Groups”, *Revista de Direito Brasileira*, n.º 11, 2021, p. 155. 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2021.v29i11.6774.

37 Mary Beloff y Laura Clérico, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Revista Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2016, p. 169.

constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial,³⁸ siendo la pluralidad una señal de identidad del actual Estado democrático de derecho.

En el contexto brasileño, la discriminación histórica que ha conformado la propia sociedad se ha dirigido contra diversos grupos, pero con un fuerte énfasis en la discriminación contra las mujeres (debido al patriarcado que ha conformado las relaciones coloniales), contra los negros (debido a trescientos años de esclavitud) y contra los pueblos indígenas (debido al genocidio practicado por los colonizadores y a la persistente dificultad para comprender su diversidad).³⁹

Este movimiento de ampliación del reconocimiento del deber de protección especial para los miembros de estos grupos —ya sean minorías o vulnerables— está teniendo lugar tanto en el ámbito del derecho público como en el del derecho privado, y en el contexto brasileño, el reconocimiento de este deber de protección se produjo principalmente en el periodo posterior a la promulgación de la Constitución Federal de 1988.

El proceso constituyente se desarrolló a través de comisiones temáticas abiertas a la presión social y a través de las cuales encontró espacio el reconocimiento de minorías y grupos vulnerables. En el caso de las mujeres, los diputados y senadores constituyentes promovieron un intenso *lobby* a favor de la igualdad entre hombres y mujeres, que se conoció como el “*lobby* del pintalabios”.⁴⁰ El movimiento negro también formó parte del proceso constituyente, defendiendo el reconocimiento de la discriminación estructural que marca a la sociedad brasileña, para orientar el compromiso político de hacer frente al racismo y a todas las vulnerabilidades que conlleva.⁴¹ En esta línea, los líderes de las tribus indígenas también se pronunciaron,

38 “Estas situaciones de crisis exigen que el derecho refuerce su carácter de garante positivo, maximizando la perspectiva constitucional ante la necesidad de proteger los derechos de las minorías y de los grupos sin representación política, jurídica y social”. Arthur Ramos do Nascimento y Fernando de Brito Alves, “Vulnerabilidad de los grupos minoritarios entre escenarios de crisis y protección de derechos”, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, n.º 2, 2020, p. 381.

39 Almeida, *Racismo estrutural*, *op. cit.*, p. 31.

40 Ver Kerley Cristina Braz Amancio, “‘Lipstick Lobby’: A mobilisation for women’s rights”, *Revista Trilhas da História*, n.º 5, 2013, pp. 72-85.

41 Ver Natália Neris da Silva Santos, “A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos” (Tesis de maestría, Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas), 2015. <https://hdl.handle.net/10438/13699>.

uniéndose por primera vez en torno a las reivindicaciones comunes a su grupo social.⁴²

Como resultado de estos movimientos, la Constitución de 1988 introdujo normas específicas para la protección de estos grupos, bien para proteger sus rasgos de identidad frente a la discriminación (como se observa en la protección de los pueblos indígenas en el art. 231, que les garantiza el uso privado de la tierra, así como el respeto de su cultura y tradiciones), bien para reducir o eliminar las barreras sociales o económicas que marcan su vulnerabilidad. Ejemplos de esto último son la protección del mercado laboral femenino (art. 7, punto XX), las cuotas de participación política (art. 17, párrs. 7 y 8) y la reducción de la edad de jubilación (art. 40, párr. 1, punto III; art. 201, párr. 7, puntos I y II). En cuanto a los ancianos, la Constitución establece el deber de manutención como obligación conjunta del Estado, la sociedad y la familia (art. 230), la gratuidad del transporte público a partir de los 65 años (art. 230, párr. 2) y determina la preferencia en el pago de las reclamaciones contra el Estado (art. 100, párr. 2). También protege a las personas con discapacidad, prohibiendo la discriminación salarial (art. 7, párr. XXXI), estableciendo cuotas para cargos y empleos públicos (art. 37, párr. VIII), tiempo diferenciado para la jubilación (art. 40, III, párr. 4, art. 201, párr. 1, I), preferencia en las reclamaciones contra el Estado (art. 40, III, párr. 4, art. 201, párr. 1, I), preferencia en créditos públicos (art. 100, párr. 2), derecho a asistencia para rehabilitación e inclusión social (art. 203, punto IV) y garantía de un salario mínimo si no pueden mantenerse a sí mismos o a sus familias (art. 203, punto V). Otras medidas para la inclusión de las personas con discapacidad son la garantía de atención educativa especializada, preferentemente en escuelas ordinarias (art. 208, punto III), la obligación del Estado de crear programas de atención (art. 227, párr. 1, II) y el derecho a la accesibilidad en lugares, edificios y transportes públicos (art. 227, párr. 2, art. 244).

En lo que respecta a las personas de raza negra, la Constitución da un paso importante al repudiar y tipificar como delito el racismo (art. 4, punto VIII, art. 5, punto XVII), pero los avances normativos más significativos en

42 Danielle Bastos Lopes, "O Movimento Indígena na Assembléia Nacional Constituinte (1984-1988)" (Tesis de maestría, Universidad Estatal de Río de Janeiro), 2011. <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/13516>.

la promoción de la igualdad de este colectivo se han producido a través de la legislación infraconstitucional⁴³ y de las decisiones judiciales.⁴⁴

La vulnerabilidad económica, por su parte, se aborda en el texto constitucional en diversos pasajes. Se establecen como derechos fundamentales el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 5, inc. LXXIV) y la gratuidad de las garantías judiciales de *habeas corpus* y *habeas data* (art. 5, inc. LXXVII). En este contexto, también se establece la Defensoría Pública, como órgano que defiende los derechos de las personas vulnerables, garantizando la gratuidad de sus servicios (art. 134). También es un derecho fundamental de los “pobres reconocidos” la gratuidad de los certificados de nacimiento y defunción (art. 5, inc. LXXVI), así como, en el caso de las personas trabajadoras, la gratuidad de la escuela o guardería para niños hasta los cinco años (art. 7, inc. XXV). En cuanto a la educación, garantiza la gratuidad de la enseñanza pública en los centros oficiales (art. 206, punto IV), así como el derecho público subjetivo a la educación básica gratuita (art. 208, punto I).

Muchos de estos derechos protegen sobre todo a niñas, niños y adolescentes, que han sido puestos en el centro de la atención del Estado, la familia y la sociedad, especialmente en el artículo 227.⁴⁵ La Constitución también determina la criminalización del “abuso, la violencia y la explotación sexual de niños y adolescentes” (art. 227, párr. 4), y equipara en derechos a los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio, o por adopción (art. 227, párr. 6).

A estas normas jurídicas se suman otras que integran el bloque de constitucionalidad brasileño, a la luz de la apertura constitucional promovida por los párrafos 2 y 3 del artículo 5, a partir de la cual Brasil ratificó tratados internacionales de derechos humanos que han asumido el rango de normas constitucionales. Entre ellos, la Convención sobre los Derechos de

43 Es el caso de la Ley 12711/2012, que estableció cuotas de acceso a la enseñanza superior; la Ley 12990/2014 que estableció cuotas para los empleos públicos; la Ley 11.645/2008, que hizo obligatoria la enseñanza de la historia y la cultura afrobrasileñas en las escuelas.

44 Especialmente en las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo en ADPF 186, sobre cuotas en las universidades, en ADC 41, sobre cuotas en los servicios públicos, y en HC 154248, que equiparó el insulto racial al racismo.

45 Artículo 227. “Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado garantizar a los niños, adolescentes y jóvenes el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al esparcimiento, a la formación profesional, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la vida familiar y comunitaria con prioridad absoluta, así como protegerlos contra toda forma de abandono, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”.

las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Decreto 6949, de 25 de agosto de 2009) y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (Decreto 10932, de 10 de enero de 2022).

Otros tratados internacionales que abordan específicamente los derechos de las minorías y grupos vulnerables han sido incorporados con carácter supralegal (bloque de supralegalidad), debido a la posición adoptada por el STF en la sentencia del Recurso Extraordinário 466.343-1. En esta línea, cabe hacer referencia a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Decreto 4377, del 13 de septiembre de 2002), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) (Decreto 1973, del 1º de agosto de 1996) y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Decreto 5051, del 19 de abril de 2004). Estas normas convencionales contribuyen a la hermenéutica constitucional y son determinantes en el control de convencionalidad de las normas infraconstitucionales.

Basándose en todos estos elementos, los grupos sociales han llegado a ver en la Constitución Federal un importante instrumento para la consecución de sus derechos.⁴⁶ Así, al reconocer una sociedad plural, se protege consecuentemente “el derecho de las personas a vivir plenamente sus diferentes proyectos de vida sin que las pretensiones uniformadoras totalitarias tengan respaldo constitucional”, de modo que el moralismo mayoritario no pueda “justificar la discriminación jurídico-social por el simple hecho de que el grupo discriminado tenga un estilo de vida supuestamente contrario a la moral del grupo mayoritario-dominante”.⁴⁷

Cabe destacar, sin embargo, que no todos los grupos vulnerables han encontrado respaldo en normas constitucionales expresas, siendo uno de ellos la población LGBTQIA+. Sus derechos han sido reconocidos y la

46 Cabe destacar que “la Constitución brasileña de 1988 trae la idea del pluralismo y estimula la participación de los más diversos grupos en la política nacional. Ante este escenario, podemos ver que la idea de un Estado Democrático de Derecho, proclamada por la Constitución de 1988 (Brasil, 1988), pone especial énfasis en el principio de la dignidad humana y la igualdad material en el ejercicio de los derechos fundamentales”. Fabricio Veiga Costa y Alisson Alves Pinto, “Freedom of expression and hate speech against sexual minorities in Brazil”, *Revista do Direito*, n.º 61, 2020, p. 66. 10.17058/rdunisc.v2i61.13983.

47 Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, “Os princípios fundantes”, en Maria Berenice Dias (ed.), *Direito sexual e direito homoafetivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

discriminación de la que son objeto ha sido abordada en el constitucionalismo brasileño a través de la actuación del Tribunal Constitucional en su papel contramayoritario, mediante una interpretación constructiva del ámbito de protección basada en el principio de la dignidad humana y en la cláusula general de igualdad y no discriminación.

Así, en relación con esta actuación del Poder Judicial en cuestiones que involucran derechos fundamentales de minorías y grupos vulnerables,⁴⁸ considerando que estos grupos están conformados por diferencias que los hacen inferiores, que dificultan su representación en ambientes deliberativos (democráticos) y que existe una disposición en la Constitución para proteger la igualdad de sus miembros, dada la inherente “justiciabilidad característica de los derechos fundamentales (con estatus principista), los grupos sociales tienden a utilizar el Poder Judicial para corregir *in casu* las disfunciones del sistema democrático”.⁴⁹

De este modo, promover una especial protección jurídica de las personas vulnerables significa posibilitar el reconocimiento de sus desigualdades reales en relación con el resto de los miembros de la sociedad y, a partir de ahí, mediante un tratamiento diferenciado, garantizar a estos ciudadanos que gozan de igualdad fáctica “en el ámbito comunitario, haciéndoles capaces de ejercer plenamente sus derechos (especialmente los dotados de fundamentalidad) y su ciudadanía”.⁵⁰

Cabe señalar, sin embargo, que aunque el Estado brasileño garantice a través de la Constitución la igualdad de derechos y deberes para todos, independientemente de la raza, el color, el credo o cualquier otra particularidad del individuo, así como mecanismos de reconocimiento de la diversidad y de distribución de oportunidades y bienes a los grupos minoritarios y

48 Cabe destacar el papel de “concienciación social” de las decisiones judiciales, argumentando que “las decisiones judiciales, especialmente en la dimensión hermenéutica del ‘Corte Constitucional’ brasileño, también tienen una finalidad pedagógica de orientar a la sociedad en su lectura del texto principal. Esto permite que la cuestión y el derecho reconocido maduren dentro de la sociedad al (re)afirmar un conjunto de valores constitucionales y humanos para el sistema jurídico nacional”. Nascimento y Alves, “Vulnerabilidad de los grupos”, *op. cit.*, pp. 384-385.

49 Fernando de Brito Alves y Guilherme Fonseca de Oliveira, “Democracia y activismo judicial: la acción contramayoritaria del poder judicial en la realización de los derechos fundamentales de las minorías”, *Revista Argumenta* – UENP, n.º 20, 2014, pp. 38-39. 10.35356/argumenta.v0i20.432.

50 Fensterseifer, “O conceito jurídico de necessitado e o regime jurídico de especial proteção dos indivíduos e grupos sociais (hiper)vulneráveis na Constituição Federal de 1988”, *op. cit.*, p. 49.

vulnerables, en la práctica, la sociedad aún no ha evolucionado al punto de aceptar la pluralidad existente en el ámbito de las relaciones humanas, terminando por asignar estas pluralidades a los llamados grupos vulnerables o “minorías”,⁵¹ aspecto que a su vez impulsa la actuación del STF como órgano protector y garante de los derechos de estos grupos.

Uso de la noción de “grupos vulnerables”, “grupos en situación de vulnerabilidad” y “minorías” por los tribunales brasileños

Análisis del uso de las categorías “grupos vulnerables”, “minorías”, “grupos en situación de vulnerabilidad”

Para identificar cómo el Tribunal Constitucional brasileño (Supremo Tribunal Federal - STF) decide sobre los derechos de los grupos vulnerables y las minorías, se realizó una búsqueda de sentencias⁵² en el sitio web de jurisprudencia del propio Tribunal,⁵³ utilizando las siguientes entradas: “minorities”, “vulnerable groups”, “vulnerability”, “structural”. Se utilizaron de forma aislada y combinada (“minorities” + “structural”), generando un balance de 34 decisiones. A estas decisiones, los autores añadieron un análisis de las sentencias reconocidas por su pertinencia temática, pero que quedaban por fuera de los criterios de búsqueda.⁵⁴

En la mayoría de estos casos, el STF trató las categorías de minorías y grupos vulnerables de forma indiscriminada.⁵⁵ En algunos casos relacio-

51 Siqueira y Castro, “Minorías y grupos vulnerables: la cuestión terminológica como factor preponderante para la inclusión social real”, *op. cit.*, p. 108.

52 Las sentencias son decisiones tomadas por la Sala Plena, es decir, el total de los once jueces que componen el Tribunal Supremo. En esta investigación no se tuvieron en cuenta las decisiones monocráticas ni las dictadas por salas. Además, el análisis se centró en el documento de la sentencia en su conjunto como expresión del enfoque utilizado por el Tribunal Supremo, sin individualizar los votos de cada magistrado.

53 Ver <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>.

54 RE 658312/2014; ADI 5617/2018; RE 1058333/2018; ADI 5938/2019; ADPF 779/2023; RE 1017365/2023.

55 De las 34 decisiones, 30 utilizan grupos vulnerables, refiriéndose a los siguientes grupos sociales: personas sin hogar (ADPF 976-MC); mujeres (HC 143641, ADPF 54, RE 1008166, ARE 1369282, ADPF 976-MC); población negra (ADPF 634, HC 154248, ADC 41, ADPF 635, ADPF 976-MC, MI 4733); población LGBTQIA+ (ADPF 976-MC, ADPF 347, ADO 26, ADPF 641, RE 477554, ADPF 132, MI 4733), personas encarceladas (HC 143641, ADPF 347, HC 172136), personas con discapacidad (ADI 7028, RMS 32732), pueblos indígenas (ADPF

nados con grupos vulnerables (población negra, población LGBTQIA+), el tribunal constitucional también aplicó el concepto de “minoría”.

Por ejemplo, en la Sentencia HC 154248 sobre la equiparación del delito de injuria racial con el delito de racismo, para atribuir imprescriptibilidad a ambos. Al tratar la discriminación sufrida por las personas de raza negra, el tribunal se refirió en esta decisión a la obligación de “proteger a los grupos vulnerables contra los actos de segregación que inferiorizan a sus miembros”, reconociendo la necesidad de un trato diferenciado para “todos los grupos vulnerables, grupos que han sido hechos vulnerables a lo largo de la historia por los poderes políticos y las mayorías electorales”. Continúa diciendo el Tribunal que “ha triunfado la tesis de que el racismo es una forma de segregación de las minorías”.⁵⁶

También en la sentencia conjunta de Mandado de Amparo 4733 y la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión 26, en la que el STF equiparó la fobia contra la población LGBTQIA+ al racismo, utilizó las dos categorías indistintamente para referirse a esta población. En primer lugar señaló que “la comunidad LGBTI+ constituye un grupo vulnerable, víctima de prejuicios, discriminación y violencia a lo largo de la historia de la humanidad”; “según una encuesta realizada por la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex [...] han aprobado una legislación penal específica destinada a proteger a esta minoría”. Aunque se utiliza el término minoría, el tribunal parece referirse a la vulnerabilidad social de los grupos en cuestión. Así se desprende de la sentencia en la Reclamación por Incumplimiento de Precepto Fundamental 347, sobre los derechos violados de la población encarcelada en un estado de cosas inconstitucional en donde el STF afirma su misión de defender a las minorías, como aquellas “a las que la sociedad repudia y el poder político tiende

709), comunidades de pastores (ADI 5783), extranjeros (HC 1018911), pescadores artesanales (ADI 5447), personas obesas (ADI 2477), niños adoptados (RE 77889), adolescentes encarcelados (HC 143988), víctimas de violencia policial (ADPF 635-MC), personas que practican religiones minoritarias (ADI 4439). Las decisiones que utilizan el término minorías: personas encarceladas (ADPF 347, HC 172136), población LGBTQIA+ (ADPF 347, ADO 26, ADPF 461, RE 477554, ADPF 132, MI 4733), niños adoptados (RE 77889), comunidades de pastores (ADI 5783), mujeres (ADPF 54, RE 1008166), pueblos indígenas (ADPF 709-MC, Pet 3388), víctimas de la violencia policial (ADPF 635-MC), adolescentes encarcelados (HC 143988), personas que profesan cultos africanos o minoritarios (RE 494601, ADI 4439), personas de raza negra (HC 154248, ADPF 634).

56 HC 154248/2021 de 28 de octubre.

a ignorar”,⁵⁷ y también su deber de “protegerlas” de aquellos derechos que no serán protegidos por las mayorías políticas, precisamente por tratarse de minorías vulnerables y a menudo invisibilizadas, como ocurre especialmente con los internos del sistema penitenciario.⁵⁸ En otro pasaje, vemos que se utiliza la categoría minoría como grupo vulnerable:

Esto se debe a que se entiende que estas minorías se encuentran en situaciones reales de vacíos inconstitucionales, espacios de no derecho a los que se empuja a estos grupos sociales invisibles e impopulares. Ejemplos de estas minorías son los presos, los delincuentes juveniles y la población negra y pobre sometida a niveles alarmantes de letalidad policial.

[...]

La mayoría de las veces, los derechos fundamentales de estas personas permanecen bajo el radar de la opinión pública, aunque las violaciones sean flagrantes y evidentes. En estas situaciones, la atención no se centra en la existencia o delimitación de un derecho fundamental, sino en cómo realizar o garantizar mínimamente los derechos básicos ya definidos por los poderes democráticos para todos los ciudadanos, incluso ante una situación de prolongada inercia y omisión por parte de los poderes públicos.⁵⁹

En otros casos, el STF aplicó las dos categorías (grupos vulnerables y minorías) a la población negra, pero pareció referirse a ella en función de los rasgos de identidad, como fue en un caso que se refería a la constitucionalidad de una ley municipal que había establecido un día festivo para el Día de la Concienciación Negra. En la Sentencia ADPF 634, el tribunal mencionó “la discriminación cultural contra grupos vulnerables, como la población negra”, para afirmar en otro punto a “la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las minorías, cuando existan”, refiriéndose al mismo grupo social.⁶⁰

El STF ha utilizado ambas categorías, en ciertos casos, al referirse a los indígenas, unas veces marcando la vulnerabilidad como un hecho objetivo y externo a su condición, y otras haciendo referencia a los rasgos culturales

57 ADPF 347/2023 de 4 de octubre.

58 ADPF 347/2023 de 4 de octubre. En la misma línea, tanto el término minorías como el de grupos vulnerables se utilizaron en la sentencia del HC 143988, que trataba de los derechos de los adolescentes encarcelados (HC 143988/2020 de 24 de agosto).

59 ADPF 347/2023 de 4 de octubre.

60 ADPF 634/2022 de 30 de noviembre.

que los caracterizan como minoría: “Los demandantes aluden también a la vulnerabilidad política de los pueblos indígenas. Afirman que se trata de grupos minoritarios cuyas prácticas culturales y condiciones geográficas no favorecen la viabilidad de su representación y que, por tanto, serían ‘minorías vulnerables’”.⁶¹

El mismo razonamiento se vio en la Sentencia ADI 5783 de 2023, en la que las Comunidades Fundo e Fecho de Pasto, en el interior bahiano, fueron especificadas como minorías por el STF⁶² debido a su cultura común, pero también se hizo referencia a la situación de vulnerabilidad a la que están expuestas precisamente por este rasgo identitario.⁶³

En cuanto a la protección de los derechos de la mujer, también se hace referencia a las dos categorías (grupos vulnerables y minorías) en la Sentencia ADPF 54, que trata de la interrupción del embarazo de fetos anencefálicos:

Argumentó que la mujer, al encontrarse en una *situación límite de vulnerabilidad*, es la única capaz de valorar por sí misma el sufrimiento y el miedo de dicho momento. [...]

Esta situación culmina con la sumisión de los *grupos vulnerables* a la voluntad hegemónica de la mayoría.

[...] el régimen democrático no tolera ni admite la opresión por parte de los grupos mayoritarios de la *minoría*, definida a la luz del *criterio de vulnerabilidad de la mujer*, que puede ser social, económico y jurídico.⁶⁴ (Énfasis agregado)

En otra sentencia, que trataba del derecho de las mujeres a someterse a pruebas de aptitud física en competencias públicas cuando están embarazadas, el STF descarta la clasificación de las mujeres como minorías, pero hace hincapié en su vulnerabilidad.⁶⁵

En el mundo contemporáneo, la igualdad se manifiesta en tres dimensiones. La primera es una dimensión formal que impide la discriminación y el trato privilegiado; la segunda dimensión es la igualdad material, asociada a las demandas de distribución de la riqueza y el poder en la sociedad; y la tercera

61 ADPF-MC 709/2020 de 5 de agosto.

62 ADI 5783/2023 de 6 de septiembre.

63 *Idem*.

64 ADPF 54/2012 de 12 de abril.

65 En la misma línea, el ADI 5938 trata de la protección de la mujer embarazada en caso de trabajo insalubre. El Tribunal Supremo reconoce que las mujeres son colectivos vulnerables (ADI 5938/2019 de 29 de mayo).

dimensión es la igualdad como reconocimiento, que pretende proteger la identidad y a las minorías en sus diferencias, en general.

En mi opinión, se trata de la igualdad como reconocimiento. No es que las mujeres sean exactamente una minoría –creo que se están imponiendo–, pero se da la circunstancia de que es un colectivo históricamente vulnerable y, además, con circunstancias peculiares de la propia condición femenina, por ejemplo –que viene al caso–, solo las mujeres se quedan embarazadas.⁶⁶

En muy pocas ocasiones el STF se ha referido al grupo social por proteger exclusivamente en función de su vulnerabilidad o condición de minoría. En la ADPF 822, que trataba de las acciones del gobierno para enfrentar la pandemia, se hizo referencia a los pueblos indígenas como “especialmente vulnerables al contagio de enfermedades”, sin referirse a ellos como minorías.⁶⁷ Al no tratarse de la protección de la cultura indígena, el STF parece haber utilizado el concepto de vulnerabilidad. Sin embargo, cuando se refiere a los pueblos indígenas en relación con la defensa de sus tierras, que son esenciales para su cultura y tradiciones, el STF ha utilizado exclusivamente el término “minorías”.⁶⁸ En esta línea, en el Recurso Extraordinario 494601, se ocupó de las personas que practican religiones de origen africano refiriéndose a ellas como minorías, sin abordar la vulnerabilidad:

Especialmente con respecto a las *religiones minoritarias* o con un profundo significado histórico y social, como las de origen africano, [...] existe la idea de igualdad como reconocimiento del derecho de los que son diferentes; de los que son *minorías*; o el derecho de cualquiera a *preservar sus identidades*, sus cultos y su orientación sexual, cualquiera que sea la característica típica.⁶⁹ (Énfasis agregado)

También se aludió a las mujeres como “minorías” en la Sentencia ADI 5617, relativa a la financiación electoral de las candidaturas femeninas,⁷⁰ y en la ADPF 779, que declaró la inconstitucionalidad de la tesis de la legítima

66 RE 1058333/2018 de 21 de noviembre.

67 ADPF 822/2023 de 27 de marzo.

68 PET 3388, 2009, sobre la demarcación de la tierra indígena Raposa Serra do Sol, y RE 1017365, 2023, sobre el plazo para la demarcación de las reservas indígenas.

69 RE 494601/2019 de 28 de marzo.

70 ADI 5617/2018 de 15 de marzo.

defensa del honor en los casos de feminicidio juzgados por el jurado,⁷¹ sin dar, no obstante, una explicación del uso de la terminología.

Cuando se amplía el análisis a los momentos en que el tribunal utilizó la categoría “personas en situación de vulnerabilidad”, se observa que esa vulnerabilidad se percibió en un ambiente externo a la identificación de los sujetos, muy próximo al concepto elaborado por la Corte IDH. Esto se puede ver en la decisión dictada en la medida cautelar emitida en el Argumento de Incumplimiento del Precepto Fundamental 976, que trata de las acciones estatales que deben llevarse a cabo para proteger los derechos de la población sin hogar. El STF utiliza el término “estado de vulnerabilidad” y “condición de vulnerabilidad” para referirse a la situación a la que están sometidos estos grupos:

Además de las dificultades comunes a los diferentes perfiles de la población en situación de calle, se debe prestar atención a aquellos que presentan una acumulación de vulnerabilidades, o “hiperhiposuficiencia”, como las mujeres, la población LGBTQIAP+, las personas negras y los niños. Estos diferentes grupos tienen necesidades y demandas particulares, como el ya mencionado impedimento para acceder a los albergues LGBTQ+, o el hecho de que el 12,7% de las mujeres se encuentran en condición de pobreza menstrual, ya que no utilizan regularmente toallas higiénicas o tampones, recurriendo a paños, papel o ningún material absorbente.⁷²

Lo mismo puede identificarse en la sentencia del Argumento de Incumplimiento del Precepto Fundamental 347, que aborda el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario brasileño. Al referirse a los grupos específicos que componen la comunidad carcelaria (jóvenes, mujeres, mujeres con hijos, población LGBTQIA+, personas con discapacidad, indígenas y ancianos), aborda sus vulnerabilidades particulares como un hecho que agrava la condición carcelaria.⁷³

De igual manera, se ha referido a las mujeres exclusivamente como grupo vulnerable respecto a sus derechos como población reclusa, al advertir su “vulnerabilidad socioeconómica”⁷⁴ al reconociendo su derecho a un

71 ADPF 779/2023 de 1 de agosto.

72 ADPF 976/2023-MC de 22 de agosto.

73 ADPF 347/2023 de 4 de octubre.

74 HC 143641/2018 de 20 de febrero.

descanso de 15 minutos antes de realizar horas extras.⁷⁵ También se hace referencia siempre a los niños como grupo vulnerable (RE 778889, sobre el permiso de maternidad aplicado a las mujeres adoptantes).

Además, incluso frente a un grupo que identifica como “minoría” por sus rasgos de identidad, el tribunal observa que la vulnerabilidad se localiza en datos objetivos que impiden o restringen el acceso a los derechos. Es lo que se observa en la sentencia del ADI 4439 sobre la protección de grupos que practican religiones consideradas minoritarias. El STF se refirió a las “minorías en materia confesional”, “grupos minoritarios confesionales” y, a continuación, observó su vulnerabilidad como un dato objetivo: “intereses y valores que identifican a grupos minoritarios expuestos a situaciones de vulnerabilidad jurídica, social, económica o política y que, como consecuencia de esta condición, se convierten en objeto de intolerancia, persecución, discriminación y exclusión injusta”.

En este sentido, es posible reconocer que el STF utiliza con frecuencia las categorías “minorías” y “grupos vulnerables” de forma casi indistinta. Sin embargo, a partir de las sentencias analizadas, es posible observar que ha utilizado “minoría” con mayor frecuencia para grupos identitarios (indígenas, personas que practican religiones africanas, personas negras en términos de su cultura), y atribuye la condición de vulnerable a otros grupos (mujeres, personas negras, población LGBTQIA+, niños, personas con discapacidad, entre otros).

Lucha contra la discriminación mediante procesos estructurales

A la vista de lo anterior, el tratamiento de la desigualdad que afecta a los grupos vulnerables y minoritarios no suele basarse en la lógica de los procesos estructurales, aunque la discriminación que sufren estos grupos sea de esa naturaleza. En la mayoría de los casos, el Tribunal Supremo identifica el elemento concreto de discriminación que genera una vulneración de derechos y lo desestima. En el caso de las mujeres, por ejemplo, el STF ha reconocido el derecho a la interrupción del embarazo de fetos anencefálicos (ADPF 54, 2012), el derecho a una pausa de 15 minutos antes de trabajar horas extras para las mujeres (RE 658312, 2014), el derecho a un trato diferente para las candidatas embarazadas a los concursos públicos

75 RE 658.312/2014 de 27 de noviembre.

(RE 1058333, 2018) y la desestimación de la tesis de la legítima defensa del honor (ADPF 779, 2023). En este último caso, llegó a reconocer que la violencia contra las mujeres era una manifestación de sexismo estructural.⁷⁶ Aunque estas acciones abordaban los elementos de vulnerabilidad, las causas que propagaban la discriminación estructural no adoptaban la perspectiva dialógica y flexible propia de los procesos estructurales.

Debe tenerse en cuenta que no toda lucha contra la discriminación estructural implica necesariamente la adopción de un proceso estructural. A veces, medidas específicas pero localizadas pueden tener efectos transformadores, como en los casos descritos anteriormente.

En cuanto a la discriminación estructural contra las personas negras, el STF reconoció la constitucionalidad de las leyes de cuotas (ADPF 186, 2012, y ADC 41, 2017),⁷⁷ y adoptó medidas para criminalizar el insulto racial (HC 154248, 2021). Para las personas LGBTQIA+, reconoció las uniones entre personas del mismo sexo y los derechos que de ellas se derivan (ADPF 132, 2011), ordenó la criminalización de la LGBTfobia equiparándola al racismo (MI 4733 y ADO 26, 2019) y reconoció la inconstitucionalidad de las leyes municipales que prohibían la enseñanza sobre género en las escuelas (ADPF 461, 2020).⁷⁸ Se trató de medidas muy importantes para promover la igualdad material, pero aunque reconocen la discriminación estructural, no adoptan la lógica de los procesos estructurales.

76 ADPF 779/2023 de 1 de agosto.

77 La discriminación estructural de las personas negras fue reconocida en estos casos y sirvió para avalar la constitucionalidad de las acciones afirmativas como mecanismo capaz de atajar las causas de la discriminación. Ver ADPF 186/2012 de 26 de abril y ADC 41/2017 de 8 de junio.

78 En este caso, aunque el STF no se refirió expresamente a la discriminación estructural, reconoció que la población LGBTQIA+ es víctima de exclusión y que el ambiente escolar es un espacio para superar la discriminación de que son objeto, a través de cambios de mentalidad: “La educación es el principal instrumento para superar la incompreensión, el prejuicio y la intolerancia que acompañan a estos grupos a lo largo de sus vidas. Es el medio para superar la violencia y la exclusión social que sufren, transformar el entendimiento social y promover el respeto a la diferencia. Impedir que en la escuela se mencionen los términos género y orientación sexual significa invisibilizar estas cuestiones. Prohibir que el tema se trate en la educación significa utilizar el aparato del Estado para impedir que se supere la exclusión social y, por lo tanto, para perpetuar la discriminación” (ADPF 461/2020, 24 de agosto). La sentencia continúa señalando que la escuela es un ámbito de discriminación, por lo que la medida adoptada por el fallo puede eliminar las leyes que prohíben el tema de la identidad de género en la escuela y puede generar importantes cambios estructurales. No obstante lo anterior, esta se adoptó sin el proceso estructural.

Más recientemente, esta realidad ha cambiado, y el STF ha adoptado la mecánica de los procesos estructurales para tratar algunos casos complejos de discriminación estructural. A continuación, presentamos una lista no exhaustiva de casos sobre este tema.

Frente a la discriminación estructural contra los pueblos indígenas, el STF juzgó el Argumento de Incumplimiento del Precepto Fundamental 709, que trata del derecho a la salud y a la vida de esta minoría. Esta acción se interpuso originalmente para hacer frente al contagio de estos pueblos por el covid-19, pero pasó a tratar un problema más generalizado de acceso a los servicios de salud. La decisión reconoció una desigualdad estructural que afecta a estos pueblos,⁷⁹ lo que también motivó una demanda estructural:

Como hemos visto, se trata de la protección del derecho a la vida y a la salud de los pueblos indígenas frente a la pandemia de covid-19, lo que pone de manifiesto el *carácter estructural de este caso*.

La pertinencia y urgencia de la demanda se justifica por el riesgo real de exterminio étnico. Un documento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señala que, en todo el mundo, “la pandemia del covid-19 ha afectado de manera desproporcionada a los pueblos indígenas al exacerbar las desigualdades estructurales subyacentes y la discriminación generalizada” y subraya que este grave impacto debe ser abordado específicamente por las estrategias para hacer frente a la pandemia.

Cabe señalar que la vulnerabilidad sanitaria de los pueblos indígenas de Brasil es anterior a la actual pandemia: muchas comunidades indígenas están situadas en lugares remotos, el acceso de las poblaciones indígenas a los servicios básicos de saneamiento suele ser deficiente, las diferencias culturales y los prejuicios a menudo imponen obstáculos tanto para que los indígenas soliciten servicios básicos de salud como para que los reciban adecuadamente. Además, son más susceptibles a las enfermedades infecciosas y contagiosas.⁸⁰ (Énfasis agregado)

Por lo tanto, como medida cautelar, el STF ordenó la instalación de una Sala de Situación para gestionar las acciones dedicadas al enfrentamiento de la pandemia con la participación de las comunidades indígenas, representantes del Estado, del Ministerio Público y de la Defensoría Pública; la

79 ADPF 709-MC/2020, de 5 de agosto.

80 *Idem*.

creación de barreras sanitarias a través de la elaboración de un plan de acción, en el que participen los integrantes de la Sala de Situación; el acceso a los servicios de salud del Sistema de Salud Indígena, sin discriminación de los pueblos con tierras demarcadas o solo aldeas, así como la elaboración de un Plan de Enfrentamiento covid-19 para los pueblos indígenas brasileños, de común acuerdo con la Unión y el Consejo Nacional de Derechos Humanos, con la participación de las comunidades indígenas.⁸¹

El STF también adoptó un proceso estructural para proteger los derechos de las personas en prisión (ADPF 347). En 2015, el tribunal concedió una medida cautelar⁸² que reconocía las fallas estructurales y el fracaso de las políticas públicas en favor de este grupo vulnerable, lo que constituía un estado de cosas inconstitucional. Una de las medidas adoptadas fue la obligación de celebrar audiencias de custodia, tal y como exige la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), con la comparecencia de las personas en prisión ante una autoridad judicial. El objetivo era evitar detenciones innecesarias y evaluar las condiciones de la persona encarcelada como forma de control. También ordenó a los estados federados y al Gobierno federal que enviaran al STF información sobre la situación carcelaria.⁸³

En octubre de 2023, se juzgó la acción final reconociendo expresamente la necesidad de que el STF actuara a través de un proceso estructural⁸⁴ ante la violación masiva de los derechos humanos fundamentales de este grupo vulnerable, y señaló que el estado de cosas inconstitucional que se ha

81 *Idem.*

82 En este caso concreto, las personas encarceladas recibieron el mismo trato que las minorías y que los grupos vulnerables (ADPF 347-MC/2015 de 9 de septiembre).

83 ADPF 347-MC/2015 de 9 de septiembre.

84 En este caso, la sentencia abordó las características del proceso estructural que justifican el abordaje del proceso discriminatorio y violatorio de derechos que afectó de esta manera a los grupos sociales encarcelados. Estas fueron: i) el carácter bifásico, en una primera etapa, con la identificación del estado de cosas inconstitucional y la definición de los objetivos por alcanzar para superarlo, y en una segunda etapa, el detalle de las acciones por adoptar para enfrentarlo; ii) la flexibilidad procesal, de modo que el mérito de la decisión puede ser alterado para responder a la información que llega al proceso sobre el estado de cosas inconstitucional, que es cambiante y admite cierto experimentalismo; iii) la dialogicidad, al adoptarse las decisiones mediante el diálogo entre todos los actores implicados en la resolución del caso, con especial atención a los representantes de las víctimas; iv) la colectividad y la multipolaridad, dado que el estado de cosas inconstitucional afecta a una colectividad, lo que favorece la dialogicidad; v) la complejidad de la solución, en la medida en que la solución implica medidas que afectan a distintas esferas de poder, con diferentes atribuciones (ADPF 347/2023 de 4 de octubre).

configurado exige una reformulación de las políticas públicas en el sector. Para ello, el STF ordenó que “se elabore un plan nacional para superar el estado de cosas inconstitucional en un plazo máximo de tres años, y que los estados y el Distrito Federal elaboren e implementen sus propios planes”, bajo la supervisión del Departamento de Monitoreo e Inspección del Consejo Nacional de Justicia (DMF/CNJ), competente en la materia. Este plan debe abordar acciones que constituyan una nueva política pública penitenciaria: “i) controlar la sobrepoblación carcelaria, mejorar la calidad y aumentar las vacantes; ii) incentivar medidas alternativas al encarcelamiento y iii) mejorar los controles de salida y la progresión de régimen”.⁸⁵ De las medidas determinadas se desprende que se han atacado las causas que ponen a la población carcelaria en situación de especial vulnerabilidad.

Sobre la base de la sentencia adoptada en el caso ADPF 347-MC en 2015, el Tribunal Supremo fue llamado a emitir un *habeas corpus* colectivo en 2018, presentado en nombre de “todas las mujeres sometidas a prisión preventiva en el Sistema Penitenciario Nacional que estén embarazadas, hayan dado a luz recientemente o sean madres con hijos menores de 12 años bajo su responsabilidad, y los propios niños”. El tribunal reconoció que las mujeres y los niños eran víctimas de condiciones degradantes en las que se vulneraba su dignidad, en detrimento de la maternidad y de sus hijos. En este contexto, el tribunal llegó a afirmar que el sistema jurídico brasileño no tenía “soluciones colectivas para problemas estructurales”, por lo que el caso no parece ser un ejemplo típico de un proceso estructural, aunque en las medidas determinadas, el STF ordenó acciones diferidas para supervisar el cumplimiento por parte del Departamento de Supervisión y Seguimiento del Consejo Nacional de Justicia, además de exigir información a los presidentes de los tribunales y al propio sistema penitenciario.⁸⁶ Así, aunque concedió el recurso para ordenar “la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario [...] para todas las presas embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o sean madres de niños y discapacitadas”, el caso acabó abordando el problema del estado de cosas inconstitucional al que se sometía a las mujeres sacándolas del ambiente agresivo, pero sin reformar precisamente estas estructuras.

85 ADPF 347/2023 de 04 de octubre.

86 HC 143641/2018 de 20 de febrero.

Por otro lado, en el caso relativo a las víctimas de la letalidad policial en las favelas de Río de Janeiro, en particular personas pobres y mayoritariamente negras, consideradas por el STF como grupos vulnerables (Argumento de Incumplimiento del Precepto Fundamental 635 de 2020), el caso en curso ha asumido características estructurales destinadas a abordar las causas presentes en la estructura de las fuerzas policiales que generan la violación de los derechos de las víctimas.⁸⁷ La acción se inició durante la pandemia, a partir de la preocupación por la letalidad de los civiles que permanecían en sus casas debido a las medidas restrictivas a la circulación y sufrían las redadas policiales en las favelas. En este sentido, la primera decisión tomada fue restringir las operaciones policiales en las favelas, que debían guiarse por el principio de proporcionalidad.⁸⁸ Sin embargo, el proceso estructural ha avanzado hasta ordenar a las autoridades que elaboren un plan de control de la letalidad policial, y el relator ha buscado un diálogo directo con las autoridades implicadas para encontrar soluciones al complejo problema que supone el uso de la fuerza contra grupos vulnerables por parte de la policía.⁸⁹

Este caso, eminentemente estructural, tiene una particularidad importante que ha destacado una tendencia en las decisiones del STF sobre la

87 “Justificar la adopción de un proceso estructural: ‘las decisiones judiciales deberían evitar planteamientos intrusivos. Por el contrario, deberían adoptar un formato experimentalista, fomentando una mayor transparencia de la institución. El Poder Judicial es un órgano que se somete a escrutinio y establece objetivos que pueden alcanzarse por los medios determinados por los funcionarios gubernamentales, que son los responsables de la gestión de la institución cuyo funcionamiento no está en consonancia con los fines políticos para los que fue concebida. Bajo este enfoque experimentalista, el Poder Judicial facilita la deliberación y desestabiliza instituciones y políticas inmunes a los controles sociales y democráticos tradicionales –como parece ser el caso de la política de seguridad pública de Río de Janeiro– que pasan a responder a los actores previamente excluidos del proceso deliberativo como, en este caso, los residentes y representantes de grupos sistemáticamente excluidos y victimizados por la violencia policial, miembros de minorías vulnerables y estigmatizadas. Así pues, en línea con Sabel y Simon, se abogó por que el Supremo Tribunal Federal reconozca públicamente la inaceptabilidad del statu quo y exija un plan de acción basado en pruebas y en las diversas recomendaciones internacionales citadas por el Relator. El plan debería revisarse periódicamente, a la luz de evaluaciones transparentes de los progresos realizados, en busca del consenso y la emisión de normas provisionales, que deberían mejorarse cuando sus resultados sean insatisfactorios” (ADPF 635-MC/2020 de 18 de agosto).

88 ADPF 645-MC/2020 de 13 de abril.

89 Supremo Tribunal Federal, “Relator discute acciones sobre letalidad policial con representantes de Río de Janeiro. Justice Edson Fachin met with state authorities to discuss ADPF 635”. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=530019&ori=1>.

protección de grupos vulnerables y minorías: el diálogo con las decisiones de la Corte IDH. En este caso hay un intenso diálogo con el de *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, de modo que el proceso ante el STF ha asumido el carácter de mecanismo de cumplimiento de la sentencia interamericana.

El uso por el Tribunal Supremo de la noción de “categorías sospechosas de discriminación” y del “escrutinio estricto de proporcionalidad”

Aunque la Constitución de 1988 prevé expresamente determinadas prohibiciones de discriminación (origen, raza, sexo, color, edad, entre otras) que exigen especial atención y protección por parte del Estado, el Tribunal Supremo no incorpora la noción de “categoría sospechosa de discriminación” en sus sentencias.⁹⁰

Aun así, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido, en diferentes resoluciones sobre la misma materia,⁹¹ la posibilidad de invertir la carga de la prueba por presunta discriminación en el marco de las relaciones laborales, en particular en lo que respecta al despido de un trabajador por parte del empresario:

Recurso de alzada en recurso de revisión regulado por la Ley N° 13.015/2014. *Despido discriminatorio*. Neoplasia prostática. Enfermedad que genera estigma. Sumario 443 Del Tst. *Inversión de la carga de la prueba*. El precedente 443 del TST establece una *presunción de discriminación* en el despido cuando el trabajador padece una enfermedad grave que genera estigma o perjuicio. A la luz de esta sentencia, en estos casos *se invierte la carga de la prueba y corresponde al empresario demostrar que el despido se debió a otro motivo*. Este es el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que el demandante padecía neoplasia de próstata, una enfermedad grave comúnmente asociada al estigma. El estigma no es más que una marca, una señalización, una diferenciación que pretende destacar a alguien del grupo social. Subraya la condición de inferioridad del individuo, lo que tiende a

90 No se obtuvieron resultados en la búsqueda textual realizada en el sitio web del Tribunal Supremo, basada en las expresiones “categoría sospechosa de discriminación”, “grupo sospechoso de discriminación”.

91 ARE 1297838 (denuncia del juez Luiz Edson Fachin, juzgado el 04/02/2021); ARE 1344468 (denuncia del juez Luiz Fux, juzgado el 13/09/2021); AI 799819 (denuncia de la juez Carmen Lúcia, juzgada el 19/05/2010) y ARE 647449 (denuncia del juez Dias Toffoli, juzgada el 22/08/2011).

justificar una acción excluyente o discriminatoria si la persona está afectada por una neoplasia maligna.⁹² (Énfasis agregado)

En este caso, sin embargo, la base principal utilizada fue la edición del Precedente 443 por el Tribunal Superior del Trabajo, que determina esta presunción de discriminación, con la consecuente inversión de la carga de la prueba. Se trata, por lo tanto, más de una posición del Tribunal de Trabajo, en el ámbito de su actuación, que de una construcción hermenéutica hecha por el Tribunal Constitucional sobre la operatividad del principio de igualdad, o de un desarrollo jurisprudencial relacionado con la protección de grupos vulnerables o minorías.

Aunque el voto permite visualizar la idea de protección frente a condiciones de vulnerabilidad, la base del análisis acaba residiendo más en la condición de hiposuficiencia del trabajador. Sin embargo, es interesante observar que el STF incorpora y reconoce la posibilidad de una presunción discriminatoria y la inversión de la carga de la prueba, pero no la adopta en situaciones relativas a grupos vulnerables y minorías, aspecto que pone aún más de relieve su omisión (consciente o no) de su utilización en estos casos, especialmente teniendo en cuenta los precedentes y las normas establecidos por la Corte IDH a este respecto.

En este ámbito, las construcciones jurisprudenciales que pueden visualizarse van más en la dirección de afirmar la necesidad de una “protección especial” por parte del Estado, como puede leerse en el siguiente resumen:

Recurso directo de inconstitucionalidad - Ley estatal - fijación de un porcentaje de plazas especiales y de plazas reservadas a “*personas obesas*” - medida legislativa que aplica una *política pública de carácter inclusivo y compensatorio* - diploma legislativo que rinde homenaje al principio de la dignidad esencial de la persona humana - *necesidad de una protección especial para las personas que forman parte de los denominados “grupos vulnerables”* - decisión del ponente original no respaldada - medida cautelar desestimada.⁹³ (Énfasis agregado)

También es posible observar que este deber de “especial protección” no solo se dirige al Estado, sino también a la sociedad en su conjunto,

92 ARE 1297838/2021 de 31 de mayo.

93 ADI 2477/2002 de 25 de abril.

incluido el ámbito de las relaciones privadas,⁹⁴ con una clara perspectiva de reconocimiento de la eficacia horizontal y de incorporación de la noción de particulares vinculados por derechos fundamentales.⁹⁵

En este sentido, el Tribunal es partidario de adoptar “medidas de discriminación positiva” para compensar estas desigualdades:

Protección jurídica constitucional e internacional de las *personas* vulnerables *legitimidad de los mecanismos compensatorios* que, inspirados en el principio fundamental de la dignidad de la persona (cf. art. 1, III), preconizan, respetando la alternancia, la diversidad humana y la igualdad de oportunidades, el propio sentido de isonomía inherente a las instituciones republicanas. El tratamiento diferenciado a favor de las personas con discapacidad, específicamente en lo que se refiere al acceso a la función pública, tiene apoyo legitimador en el propio texto constitucional (CF, art. 37, VIII), cuya razón de ser, en esta materia, pretende compensar, a través de acciones afirmativas, las lagunas y dificultades que afectan a los individuos que componen este grupo vulnerable.⁹⁶ (Énfasis agregado)

Otro elemento que destaca en las sentencias relativas a grupos vulnerables y minorías, y que está estrechamente relacionado con la noción de “deber de protección estatal”, es el uso del concepto de “prohibición de protección insuficiente” (*Untermassverbot*),⁹⁷ un entendimiento que señala:

En este sentido, los derechos fundamentales no solo pueden considerarse prohibiciones de intervención (*Eingriffsverbote*), sino que también expresan un postulado de protección (*Schutzgebote*). Utilizando la expresión de Canaris, puede decirse que los derechos fundamentales no solo expresan una prohibición de

94 Como ejemplo, podemos citar la sentencia ARE 778889, en la que el Tribunal Supremo reconoce el “especial deber” de las familias adoptivas de prestar protección a estos niños, considerados vulnerables por su condición de fragilidad afectiva y social (aunque la sentencia no profundiza en aspectos como la interseccionalidad o la acumulación de desventajas): “Los niños adoptados son un *colectivo vulnerable* y frágil. Requieren un esfuerzo adicional de la familia para adaptarse, crear vínculos afectivos y superar traumas. Es imposible otorgarles una protección inferior a la que se dispensa a los hijos biológicos, que se encuentran en una condición menos gravosa” (ARE 778889/2016 de 10 de marzo) (Énfasis agregado).

95 Claus Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht - eine Zwischenbilanz*, Berlín, Gruyter, 1999.

96 RMS 32.732/2014 de 3 de junio.

97 Hennig Leal y Maas Rosana, “Deber de Protección del Estado”, “Prohibición de Protección Insuficiente” y Control Judicial de las Políticas Públicas, *op. cit.*, p. 94.

exceso (*Übermassverbote*), sino que también pueden traducirse como prohibiciones de protección insuficiente o imperativos de protección (*Untermassverbote*). [...] Como advierte Bernhard Schlink, la protección insuficiente no solo se produce cuando el Estado no hace nada para alcanzar un determinado objetivo por el que debería esforzarse, sino también cuando los instrumentos de protección existentes no parecen capaces de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades individuales.⁹⁸

La “prohibición de protección insuficiente”, a su vez, está estrechamente relacionada con el principio de proporcionalidad, ya que la conceptualización de una conducta estatal como insuficiente, por no resultar congruente con una protección adecuada y efectiva, no es más que considerar, desde un punto de vista metodológico, dicha conducta como desproporcionada en sentido estricto.⁹⁹ Esta relación puede apreciarse en la sentencia sobre el permiso de maternidad de las madres de hijos adoptados, en la que se afirma:

50. Ahora bien, si los hijos biológicos, unidos a sus madres desde el vientre materno, nunca desatendidos, nunca maltratados, nunca dañados, necesitan un permiso mínimo de 120 días, *vulneraría el derecho de los hijos adoptivos a la igualdad y proporcionalidad, en su vertiente de prohibición de protección deficiente*, pretender que los niños en condiciones mucho más severas disfruten de un periodo de tiempo menor con sus madres.¹⁰⁰ (Énfasis agregado)

Sin embargo, a pesar de estos usos de la proporcionalidad por parte del STF, no se utiliza la figura del “escrutinio estricto de la proporcionalidad”, limitándose el Tribunal a un enfoque más tradicional de su aplicación, en el sentido de prohibir distinciones irrazonables e injustificadas entre individuos (nótese que la decisión omite, en este punto, abordar la cuestión desde la perspectiva del colectivo vulnerable), aunque sí menciona el “proceso histórico de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo”:

2. El criterio utilizado por la norma como discriminatorio para el ingreso en las filas de la Policía Militar del Estado de Pará ofende las normas constitucionales que *prohíben la creación de distinciones irrazonables entre individuos*, y es cierto

98 ADO 26/2019 de 13 de junio.

99 Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, en Peter Badura y Horst Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, p. 462.

100 RE 778889/2016 de 10 de marzo.

que, específicamente en lo que respecta a las relaciones laborales, la Constitución Federal prohíbe (art. 7, inciso XXX) la diferenciación de criterios de admisión por razón de sexo, precepto que se extiende al ingreso en la función pública por expresa disposición constitucional (art. 39, § 3). (3) *La desigualdad de trato solo se justifica cuando el criterio de distinción elegido es legítimo, a la luz de los preceptos constitucionales y de los compromisos internacionales asumidos por el país, y cuando su finalidad es emancipar a los individuos en situación de desventaja, lo que no ocurre con la norma impugnada, que ignora el difícil proceso histórico de inserción de la mujer en el mercado de trabajo.*¹⁰¹ (Énfasis agregado)

Por último, cabe destacar que el Tribunal Supremo reconoce que las “minorías” y los “grupos vulnerables” son objeto de intolerancia y persecución, sufriendo vulnerabilidad jurídica, social, económica y política (hablando también de “obstrucción de los canales políticos de participación” e “invisibilización”, en la estela de la noción de “igualdad como reconocimiento”, acuñada por Nancy Fraser),¹⁰² y que en estos casos es necesario actuar como contramayoritario, caracterizando su protección como fundamento esencial del Estado democrático de derecho:

Cabe destacar, por estas razones, que el STF, en el desempeño de su jurisdicción constitucional, ha dictado con frecuencia *decisiones de carácter claramente contramayoritario*, lo que demuestra claramente que las sentencias de este Supremo Tribunal, cuando se dictan de esta manera, *tienen por objeto preservar* la intangibilidad de los derechos, intereses y valores que identifican a los grupos minoritarios expuestos a situaciones de vulnerabilidad jurídica, social, económica o política y que, como consecuencia de esta condición, se convierten en objeto de intolerancia, persecución o persecución política, *la intangibilidad de los derechos, intereses y valores que identifican a los grupos minoritarios expuestos a situaciones de vulnerabilidad jurídica, social, económica o política* y que, como consecuencia de esta condición, *se convierten en objeto de intolerancia, persecución, discriminación y exclusión injusta.*

En realidad, *la cuestión de la preservación y reconocimiento de los derechos de las minorías, por tratarse de una cuestión de la máxima importancia, debería estar en la agenda de este Tribunal Supremo*, encargado, en virtud de su función institucional, de velar por la supremacía de la Constitución y por el respeto de los derechos, incluidos

101 RCL 66554/2024 de 28 de mayo.

102 Fraser, “Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation”, *op. cit.*, pp. 7-08.

los de los grupos minoritarios, que encuentran fundamento legitimador en el propio estatuto constitucional.

De hecho, *la necesidad de garantizar la protección de las minorías y los grupos vulnerables en nuestro ordenamiento jurídico se califica como un fundamento esencial para la plena legitimación material del Estado Democrático de Derecho.*¹⁰³ (Énfasis agregado)

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, en las decisiones analizadas en este estudio, el Tribunal Supremo no utilizó la noción de “categoría sospechosa de discriminación” en relación con los grupos considerados “minorías” o “vulnerables”, ni se observó la aplicación de un control de constitucionalidad más riguroso, que integrara los elementos de un escrutinio estricto de proporcionalidad, basado en criterios de motivación más exigentes y en la propia inversión de la carga de la prueba, debido a cualquier presunción de discriminación contra dichos grupos.

Por lo tanto, se puede concluir que el STF reconoce la vulnerabilidad y la necesidad de protección especial de estos grupos, pero acaba asignando esta tarea a los otros poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo), y no incorpora por sí mismo una lógica de protección diferenciada de las minorías y los grupos vulnerables en el ámbito jurisdiccional. Es decir, no hace uso de las herramientas interpretativas y hermenéuticas disponibles (incluso en el marco de la Corte IDH, como la noción de “categorías sospechosas de discriminación” y el “escrutinio estricto de la proporcionalidad”, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba y la exigencia de un razonamiento más riguroso), renunciando así, en cierta medida, a su papel en la transformación de la realidad social y la superación de las desigualdades.

Diálogos judiciales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La lucha contra la discriminación estructural de los grupos vulnerables es una importante línea de actuación de la Corte IDH,¹⁰⁴ y para ello suele ocuparse de personas en situación de vulnerabilidad con el fin de abordar objetivamente la situación que provoca la discriminación. Al hacerlo, establece importantes normas que deben cumplir los Estados miembros del

103 HC 172136/2020 de 18 de agosto.

104 Flávia Piovesan, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Context, challenges, and perspectives”, en Armin von Bogdandy (ed.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 53.

sistema interamericano, como Brasil, que reconoció la jurisdicción de la Corte en 1998.

El diálogo entre los tribunales constitucionales y la Corte IDH es un compromiso bidireccional derivado de los artículos 1 y 2 de la CADH, de modo que se espera que los Estados presten atención a la jurisprudencia interamericana siempre que se enfrenten a cuestiones equivalentes, en un diálogo descendente, pero también que contribuyan a la formación de la jurisprudencia interamericana en un sentido ascendente.¹⁰⁵ Para dar este último paso en los intercambios argumentativos sobre derechos humanos, que adoptan la forma de diálogos judiciales, es necesario que los tribunales nacionales consideren las decisiones de la Corte IDH, discutiéndolas y mejorándolas a partir del derecho interno, según la lógica de la norma más favorable.

Durante muchos años, el STF estuvo al margen de este proceso, a lo sumo basando sus sentencias en convenciones internacionales, pero sin hacer referencia ni discutir casos juzgados por la Corte IDH. En esta línea, de los casos que versan sobre igualdad material y protección de grupos vulnerables, solo en las sentencias más recientes ha comenzado a surgir este diálogo.

Esta acción es referenciada por la propia doctrina, como se puede ver en el caso de la ADPF 635-MC, en la que el STF se refiere a los requisitos para un diálogo judicial eficaz basado en las enseñanzas doctrinales de André de Carvalho Ramos.¹⁰⁶ De acuerdo con las enseñanzas del autor, el diálogo implica la mención del caso internacional (contra Brasil) objeto de la disputa, así como de la jurisprudencia anterior sobre el tema de esta, producida por decisiones vinculantes para Brasil.¹⁰⁷ Cabe señalar que las

105 Manuel Eduardo Góngora-Mera, “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, en Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *Estudios avanzados en derechos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 314.

106 ADPF 635-MC/2020, de 18 de agosto.

107 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, en Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Ferro y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, p. 350.

sentencias interamericanas que condenan a Brasil producen cosa juzgada y las decisiones dictadas contra otros Estados, así como las Opiniones Consultivas, tienen la fuerza de una cosa interpretada, es decir, una interpretación autorizada y vinculante de las normas convencionales, lo que genera un deber de consideración basado en una lógica de construcción de un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano.

Es importante destacar que, en 2022, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) emitió la Recomendación 123, que estableció el Pacto Nacional Judicial de Derechos Humanos, una de cuyas directrices es la obligación de los tribunales de considerar la jurisprudencia interamericana. Esta acción estuvo en consonancia y reforzó un movimiento que ya se había iniciado en el STF: la práctica efectiva de diálogos judiciales con la Corte IDH.

Observando la sección propuesta por este estudio, se analizaron las sentencias del STF sobre grupos vulnerables y minorías y, en este campo de análisis, se identificó que, especialmente a partir de 2020,¹⁰⁸ las sentencias han comenzado efectivamente a dialogar con la jurisprudencia interamericana.

En la sentencia del HC 143988 sobre el hacinamiento de los centros de detención para adolescentes infractores, el STF basó su decisión en las medidas provisionales determinadas por la Corte IDH¹⁰⁹ para la situación de graves violaciones de los derechos humanos en estos espacios,¹¹⁰ una negligencia que muestra la discriminación de la sociedad brasileña hacia este grupo vulnerable. También citó la Opinión Consultiva 17/2002, que interpretó disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño,¹¹¹

108 Antes de esa fecha, los diálogos con la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron identificados en las siguientes sentencias: Pet. 3388 de 2009, sobre la demarcación de las tierras indígenas Raposa Serra do Sol, citando el caso Awas Tingui; ADI 4439 de 2017, sobre la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, citando el caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile; y ADO 26 y MI 4733, sobre la criminalización de la LGBT-fobia, citando la Opinión Consultiva 24/2017 sobre Identidad de Género, Igualdad y No Discriminación de Parejas del Mismo Sexo.

109 Corte IDH, Caso de la Unidad de Internamiento Socioeducativo relativo a Brasil, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2015, y decisiones anteriores sobre el mismo tema; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto de los niños y adolescentes privados de libertad en el “Complexo do Tatua-pé” de la Fundação CASA respecto de Brasil. Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2008, y decisiones anteriores sobre el mismo tema.

110 HC 143988/2020 de 24 de agosto.

111 *Idem*.

el caso Mendoza y otros vs. Argentina, sobre la cadena perpetua para menores infractores,¹¹² el caso Vélez Lóor vs. Panamá, sobre el *habeas corpus* como medida frente a las violaciones de derechos humanos en las cárceles,¹¹³ y el caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay.¹¹⁴

En ADPF 635, que pasó a ser instrumento de cumplimiento de la sentencia dictada en el caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, también se mencionaron los casos Las Palmeras (sobre la necesidad de un doble control en caso de homicidio ilegítimo, a fin de generar responsabilidad disciplinaria y penal para el agente estatal); Zambrano Vélez (sobre la aplicabilidad de los tratados de derecho internacional humanitario a los conflictos internos); Masacre de Mapiripán (sobre la obligación del Estado de investigar de oficio y sin demora las ejecuciones extrajudiciales); Almonacid Arellano, y Sétimo Garibaldi (sobre la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos, observando los principios rectores establecidos por la Corte para esta medida), todos de la Corte IDH.¹¹⁵

La decisión adoptada en la sentencia cautelar ADPF 709 sobre el derecho a la salud de los pueblos indígenas también demostró un diálogo judicial fructífero. Se trajeron como fundamento de esta decisión las sentencias dictadas en los casos Yanomami y Ye'kwana; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras; Fernández Ortega y otros vs. México; Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam y Caso Tiu Tojín vs. Guatemala.¹¹⁶

En el mismo año, los diálogos judiciales también se vieron en la sentencia ADPF 461, sobre el material de identidad de género en las escuelas, donde el STF se refirió a la Opinión Consultiva 24/2017 para apoyar el derecho a la identidad de género.¹¹⁷

En 2023, la decisión dictada en la ADPF 347 fundamentó medidas para enfrentar la realidad de discriminación y violación de derechos en

112 HC 143988/2020 de 24 de agosto.

113 *Idem*.

114 *Idem*.

115 ADPF 635-MC/2020 de 18 de agosto.

116 ADPF 709-MC/2020 de 5 de agosto.

117 ADPF 461/2020 de 24 de agosto.

el sistema penitenciario a partir de las medidas provisionales dictadas por las “resoluciones de la Corte IDH relativas al Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho - IPPSC (RJ), de 22.11.2018, y al Complejo Penitenciario de Curado (PE), de 28.11.2018”, reconociendo así la obligatoriedad de estas decisiones para Brasil.¹¹⁸ En la Sentencia ADPF 779, que trató de la eliminación de la tesis de la legítima defensa del honor como justificación del feminicidio, el STF promovió el diálogo con el Caso Márcia Barbosa de Souza vs. Brasil para hacer frente a la cultura de tolerancia de la violencia contra las mujeres, los estereotipos de género que contaminan las investigaciones policiales y la persecución de los crímenes contra las mujeres.¹¹⁹ También citó el caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia para argumentar que las decisiones penales deben respetar los parámetros interamericanos.¹²⁰

Por último, cabe destacar el ADI 5783, que trató de los derechos territoriales de las comunidades Fundo e Fecho de Pasto del interior bahiano, consideradas minorías por su forma tradicional de tratar la tierra. Este fallo promovió un intenso diálogo judicial con la Corte IDH, basando varios pasajes en la abundante jurisprudencia producida por ese tribunal sobre la protección de los pueblos indígenas y tradicionales, apuntando a una mejora en la integración del STF como tribunal constitucional en la red interamericana. Los casos interamericanos citados fueron: Xákmok Kásek vs. Paraguay, para fundamentar la identidad cultural con base en los derechos territoriales de los pueblos tradicionales;¹²¹ Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sobre el deber del Estado de promover la protección efectiva;¹²² Saramaka vs. Surinam, para indicar que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas también se aplica a los pueblos tribales, lo que requiere medidas especiales para proteger su supervivencia, y justifica medidas excepcionales de protección;¹²³ y, en este sentido, el caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica

118 ADPF 347/2023 de 4 de octubre.

119 ADPF 779/2023 de 1 de agosto.

120 *Idem.*

121 ADI 5783/2023 de 06 de septiembre.

122 *Idem.*

123 *Idem.*

vs. Colombia;¹²⁴ el caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, sobre la caracterización de la propiedad comunal de la tierra, que no se corresponde con el concepto clásico de propiedad individual;¹²⁵ el Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, sobre la conexión entre territorio y recursos naturales, y la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales;¹²⁶ y el caso Sales Pimenta vs. Brasil sobre la desigual distribución de la tierra en Brasil.¹²⁷

En este contexto, es posible observar que, especialmente en los últimos años, el Tribunal Supremo ha intensificado su diálogo con la Corte IDH para tratar los derechos de los grupos vulnerables y las minorías.

Conclusiones

La Constitución brasileña de 1988, promulgada en un contexto de redemocratización tras veinte largos años de dictadura militar, tuvo un amplio carácter democrático, con la dignidad humana como elemento central. La dignidad de la persona humana aparece como el *telos* último, como la *ratio essendi* del ordenamiento jurídico, estando todos los demás contenidos constitucionales comprometidos con su realización, que, a su vez, tiene lugar a través del respeto de los derechos fundamentales, que al mismo tiempo que le dan contenido, también son configurados por ella.

En este contexto, la Constitución brasileña señala la igualdad como un principio rector de toda la acción del Estado, destacándola dentro de sus objetivos fundamentales. En consecuencia, se ha recrudecido el deber de protección inherente al derecho a la igualdad y a la no discriminación, en vista de la significativa porción de brasileños que, por las diversas razones ya destacadas, como factores históricos, de género, orientación sexual, entre otros, forman parte de un grupo vulnerable.

La igualdad defendida por la Constitución se presenta, por tanto, bajo formas múltiples y complementarias: igualdad formal, igualdad material e igualdad como reconocimiento.

124 *Idem.*

125 *Idem.*

126 *Idem.*

127 *Idem.*

Con el concepto de igualdad material se inició también el debate sobre la existencia de un “derecho a la diferencia”, especialmente en el contexto del constitucionalismo democrático, en el que la noción de igualdad se entrelaza con el concepto de pluralismo. Las demandas asociadas al derecho a la igualdad no solo apuntan a la justicia social distributiva, sino que también tienen una esfera referida a la búsqueda del reconocimiento de estos grupos.

La protección de la igualdad en la Constitución brasileña implica, entonces, un mandato de no discriminación, que obliga a los poderes públicos a abstenerse de promover cualquier tipo de discriminación que prive del acceso a los derechos fundamentales y a los demás bienes jurídicos. Esta dimensión negativa del derecho fundamental a la igualdad se materializa en el objetivo fundamental del Estado enunciado en el artículo 3, inciso VI, que consiste en “promover el bien de todos, sin prejuicio de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación”.

Más allá de la dimensión negativa, la Constitución establece una serie de prácticas positivas por implementar, ya sea en el sentido de la distribución de bienes, servicios y oportunidades, o en el sentido del reconocimiento afirmativo de los rasgos identitarios de determinados grupos sociales. Así, en su dimensión objetiva, en conexión con la dimensión positiva del derecho a la igualdad, el principio de igualdad engloba también el deber de promover acciones positivas capaces de compensar ciertas desigualdades de hecho existentes, por lo que resulta imprescindible articular mecanismos enfocados en las necesidades de las minorías y los grupos vulnerables.

En el caso de Brasil, existe una sociedad marcada por una historia de desigualdad estructural, que se dirige especialmente a las mujeres (sexismo) y a los negros e indígenas (racismo), pero que también puede incluir a los ancianos (edadismo) y a los extranjeros (xenofobia). Todos estos grupos han sido reconocidos por el texto constitucional, y a ellos se dirige una propuesta de acciones positivas que debe realizar el Estado, con el fin de romper la cadena de perpetuación de la estratificación social.

El proceso constituyente se desarrolló a través de comisiones temáticas abiertas a la presión social, a través de las cuales encontró espacio el reconocimiento de minorías y grupos vulnerables. En el caso de las mujeres, los diputados y senadores constituyentes promovieron un intenso *lobby* a favor de la igualdad entre hombres y mujeres. El movimiento negro también formó parte del proceso constituyente, defendiendo el reconocimiento de la discriminación estructural que marca a la sociedad brasileña, para orientar

el compromiso político de hacer frente al racismo y a todas las vulnerabilidades que conlleva. En esta línea, los líderes de las tribus indígenas también se pronunciaron, uniéndose por primera vez en torno a las reivindicaciones comunes a su grupo social.

Como resultado de estos movimientos, la Constitución de 1988 introdujo normas específicas para la protección de estos grupos, a fin de proteger sus rasgos de identidad frente a la discriminación.

De este modo, promover una especial protección jurídica de las personas vulnerables significa posibilitar el reconocimiento de sus desigualdades reales en relación con el resto de los miembros de la sociedad y, a partir de ahí, mediante un tratamiento diferenciado, garantizar a estos ciudadanos el goce de igualdad fáctica en el ámbito comunitario, haciéndoles capaces de ejercer plenamente sus derechos y su ciudadanía.

Cabe señalar, sin embargo, que aunque el Estado brasileño garantice, a través de la Constitución, la igualdad de derechos y deberes para todos, independientemente de la raza, el color, el credo o cualquier otra particularidad del individuo, así como mecanismos de reconocimiento de la diversidad y de distribución de oportunidades y bienes a los grupos minoritarios y vulnerables, en la práctica, la sociedad aún no ha evolucionado al punto de aceptar la pluralidad existente en el ámbito de las relaciones humanas, terminando por asignar estas pluralidades a los llamados grupos vulnerables o “minorías”, aspecto que a su vez impulsa la actuación del STF como órgano protector y garante de los derechos de estos grupos.

En la mayoría de los casos, el STF trata las categorías de “minorías” y “grupos vulnerables” de forma indiscriminada, y atribuye a determinados grupos (población negra, indígenas) las dos condiciones de forma concomitante. Sin embargo, a partir de las sentencias anteriormente analizadas, es posible observar que se ha utilizado el término “minoría” con mayor frecuencia para grupos identitarios (indígenas, personas que practican religiones africanas, personas negras en términos de su cultura), y que atribuye la condición de grupo vulnerable a otros grupos (mujeres, personas negras, población LGBTQIA+, niños, personas con discapacidad, entre otros).

Con base en lo anterior, el tratamiento de la desigualdad que afecta a los grupos vulnerables y minoritarios no suele basarse en la lógica de los procesos estructurales, aunque la discriminación que sufren estos grupos sea de esa naturaleza. En la mayoría de los casos, el STF identifica el elemento concreto de discriminación que genera una vulneración de derechos y lo desestima. Aunque la fundamentación de las decisiones relativas a estos

grupos abordaba los elementos de vulnerabilidad, con todo, inicialmente las sentencias adoptaban la perspectiva dialógica y flexible propia de los procesos estructurales. Más recientemente, esta realidad ha cambiado, y el STF ha adoptado la mecánica de los procesos estructurales para tratar algunos casos complejos de discriminación estructural.

En lo que concierne al uso de la noción de “categoría sospechosa de discriminación”, aunque la Constitución de 1988 prevé expresamente determinadas prohibiciones de discriminación (origen, raza, sexo, color, edad, entre otras) que exigen especial atención y protección por parte del Estado, el STF no la incorpora en sus sentencias, y no aplica, por lo tanto, los recursos de inversión de la carga de la prueba y de “escrutinio estricto” de proporcionalidad. Por ello, el STF reconoce la vulnerabilidad y la necesidad de protección especial de estos grupos, pero acaba por asignar esta tarea a los demás poderes del Estado, aspecto en el cual se podría avanzar en términos de protección jurisdiccional de los derechos de estos grupos en el país.

Por fin, la lucha contra la discriminación estructural de los grupos vulnerables es una importante línea de actuación de la Corte IDH. El diálogo entre los tribunales constitucionales y la Corte Interamericana es un compromiso bidireccional, siendo necesario que los tribunales nacionales consideren las decisiones de la Corte, discutiéndolas y mejorándolas.

Durante muchos años, el STF estuvo al margen de este proceso, a lo sumo basando sus sentencias en convenciones internacionales, pero sin hacer referencia ni discutir casos juzgados por la Corte IDH. En esta línea, de los casos que versan sobre igualdad material y protección de grupos vulnerables, solo en las sentencias más recientes ha comenzado a surgir este diálogo.

Es importante destacar que, en 2022, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) emitió la Recomendación 123, que estableció el Pacto Nacional Judicial de Derechos Humanos, en donde una de sus directrices es la obligación de los tribunales de considerar la jurisprudencia interamericana. Esta acción estuvo en consonancia y reforzó un movimiento que ya se había iniciado en el STF: la práctica efectiva de diálogos judiciales con la Corte IDH.

Así, se entiende que, tanto desde el punto de vista normativo como desde el jurisprudencial, Brasil tiene una posición favorable a la inclusión y al reconocimiento de los “grupos vulnerables” y las “minorías”, incorporando su dimensión estructural de discriminación, desde una perspectiva amparada por los principios de la dignidad humana y del pluralismo propios de un Estado democrático de derecho.

Bibliografía

- Albuquerque, Isete Evangelista, “El derecho de las minorías en la Constitución de 1988 de la República Federativa de Brasil y la situación de los indios como minoría étnica en el Estado brasileño”, *Revista Quaestio Iuris*, n.º 02, 2013, pp. 11-32. 10.12957/rqi.2013.11769.
- Almeida, Silvio Luiz de, *Racismo estrutural*, São Paulo, Pólen, 2019.
- Almeida, Sílvio Luiz de, *Racismo estrutural*, São Paulo, Sueli Carneiro, Jandaíra, 2020.
- Alves, Fernando de Brito y Guilherme Fonseca de Oliveira, “Democracia y activismo judicial: la acción contramayoritaria del poder judicial en la realización de los derechos fundamentales de las minorías”, *Revista Argumenta – UENP*, n.º 20, 2014, pp. 33-45. 10.35356/argumenta.v0i20.432.
- Aragón Heemann, Thimotie, “Igualdad, teoría del impacto desproporcionado y derechos humanos: una necesidad en la defensa de los colectivos vulnerables”, *Revista Jurídica do Ministério Público*, n.º 12, 2018, pp. 63-87.
- Bandeira de Melo, Celso Antônio, *El contenido jurídico del principio de igualdad*, São Paulo, Malheiros, 2021.
- Bastos Lopes, Danielle, “El Movimiento Indígena en la Asamblea Nacional Constituyente (1984-1988)” (Tesis de maestría, Universidad del Estado de Río de Janeiro), 2011. <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/13516>.
- Barroso, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)”, en Claudio Pereira de Souza Neto y Daniel Sarmiento (eds.), *The Constitutionalisation of Law: Theoretical foundations and specific applications*, pp. 203-249, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007.
- BBC News, “4 datos que demuestran por qué Brasil es uno de los países más desiguales del mundo, según informe”. *BBC News*. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/12/07/4-dados-que-mostram-por-que-brasil-e-um-dos-paises-mais-desiguais-do-mundo-segundo-relatorio.ghhtml>.
- Beloff, Mary y Laura Clérico, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Revista de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 2016, pp. 139-178.

- Braz Amancio, Kerley Cristina, “‘Lipstick Lobby’: una movilización por los derechos de las mujeres”, *Revista Trilhas da História*, n.º 5, 2013, pp. 72-85.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht - eine Zwischenbilanz*, Berlin, Gruyter, 1999.
- Carmo, Cláudio Márcio do, “Grupos minoritarios, grupos vulnerables y el problema de la (in)tolerancia: una reflexión lingüístico-discursiva e ideológica entre la falta de respeto y la manifestación de odio en el contexto brasileño”, *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n.º 64, 2016, pp. 201-223. 10.11606/issn.2316-901X.v0i64p201-223.
- Chueiri, Vera Karam de, Egon Bockmann Moreira, Heloisa Fernandes Câmara y Miguel Gualano de Godoy, *Fundamentos de Derecho Constitucional: nuevos horizontes brasileños*, Salvador, JusPodivm, 2021.
- Clève, Clèmerson Merlin, “Acción afirmativa, justicia e igualdad”, en Clèmerson Merlin Clève (ed.), *Derecho constitucional brasileño: teoría de la Constitución y derechos fundamentales*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 749-766.
- Clève, Clèmerson Merlin, “Acción afirmativa, justicia e igualdad”, *Revista dos Tribunais*, n.º 3, 2016, pp. 749-766. 10.11606/issn.2319-0558.v3i3p542-557.
- Courtis, Christian y Roberto Gargarella, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Cepal, 2009.
- Fensterseifer, Tiago, “El concepto jurídico de necesitado y el régimen jurídico de protección especial a individuos y grupos sociales (hiper) vulnerables en la Constitución Federal de 1988”, *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, n.º 1, 2020, pp. 39-82.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*: eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)”, en Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Ferro y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2014, pp. 329-382.
- Fraser, Nancy, “Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation”, en Nancy Fraser y Axel Honneth

- (eds.), *¿Redistribución o reconocimiento? A Political-Philosophical Exchange*, pp. 7-109. New York, Verso, 2003, pp. 7-109.
- Góngora-Mera, Manuel Eduardo, “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, en Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), *Estudios avanzados de derechos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 312-337.
- Hennig Leal, Mônia Clarissa, *La Constitución como principio*, São Paulo, Manole, 2003.
- Hennig Leal, Mônia Clarissa y Rosana Helena Maas, “*Deber de Protección del Estado*”, “*Prohibición de Protección Insuficiente*” y *Control Judicial de las Políticas Públicas*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2020.
- Hennig Leal, Mônia Clarissa y Sabrina Santos Lima, “The Inter-American Human Rights System and the Protection of Minorities and Vulnerable Groups”, *Revista de Direito Brasileira*, n.º 11, 2021, pp. 144-163. 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2021.v29i11.6774.
- Iotti Vecchiatti, Paulo Roberto, “Los principios fundadores”, en Maria Berenice Dias, *Direito sexual e direito homoafetivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 113-170.
- Leal, Rogério Gesta, *Teoría del Estado: ciudadanía y poder político en la modernidad*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- Monteiro Torres, Marcelo, “Derecho fundamental a la diferencia”, *Revista Electrónica del CEAJ* 2, 2012, pp. 1-23.
- Moreira, Adilson José, *¿Qué es la discriminación?* Belo Horizonte, Letramento, Casa do Direito, Justificando, 2017.
- Munanga, Kabengele, “Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo”, *Cadernos Penesb- Periódico do Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira (Curso especial ERER)*, n.º 12, 2020, pp. 169-203.
- Neris da Silva Santos, Natália, “La voz y la palabra del movimiento negro en la Asamblea Nacional Constituyente (1987/1988): un estudio de las reivindicaciones de derechos” (Tesis de maestría, Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas), 2015. <https://hdl.handle.net/10438/13699>.
- Piovesan, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: contexto, desafíos y perspectivas”, en Armin von Bogdandy, *Transformative*

Constitutionalism in Latin America, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 49-65.

Pereira Siqueira, Dirceu y Lorena Roberta Barbosa Castro, “Minorías y grupos vulnerables: la cuestión terminológica como factor preponderante para una real inclusión social”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, n.º 1, 2017, pp. 105-122.

Ramos do Nascimento, Arthur y Fernando de Brito Alves, “Vulnerabilidad de grupos minoritarios entre escenarios de crisis y protección de derechos”, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, n.º 2, 2020, pp. 363-388.

Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidad de la persona humana y derechos fundamentales en la Constitución de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

Sarmiento, Daniel, *Dignidad de la persona humana: contenido, trayectorias y metodología*, Belo Horizonte, Forum, 2020.

Santos Bastos, Marcelo dos, “La inclusión de minorías y grupos vulnerables: un aspecto efectivo y necesario para la continuidad del orden jurídico constitucional”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.º 18, 2011, pp. 39-69. 10.62530/rbdc.v18i1.258.

Schlink, Bernhard, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, en Peter Badura y Horst Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, pp. 445-465.

Séguin, Elida, *Minorías y grupos vulnerables: un enfoque jurídico*, Río de Janeiro, Forense, 2002.

Streck, Lênio Luiz y José Luiz Bolzan de Moraes, *Ciência Política y Teoría General del Estado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

Tribunal Supremo, “Relator discute acciones sobre letalidad policial con representantes de Río de Janeiro. El juez Edson Fachin se reunió con las autoridades del estado para discutir la ADPF 635”, STF. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=530019&ori=1>.

Veiga Costa, Fabricio y Alissonm Alves Pinto, “Freedom of expression and hate speech against sexual minorities in Brazil”, *Revista do Direito*, n.º 61, 2020, pp. 60-83. 10.17058/rdunisc.v2i61.13983.

Enfrentar judicialmente la vulnerabilidad y la discriminación: el constitucionalismo transformador igualitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

COLOMBIA

Jorge Ernesto Roa Roa*
Juan José Aristizábal**

La igualdad como promesa constitucional y los dispositivos que configuran *la ley del más débil*

Colombia es uno de los países más desiguales en la región más desigual del mundo. Así era en 1991 y así es actualmente.¹ Por ello, no fue extraño que el constituyente de 1991 hubiera establecido la igualdad como valor, principio y derecho,² así como los mandatos específicos que de este se derivan, como uno de los ejes centrales de la Constitución.³ Se podría afirmar que la igualdad y la superación de la discriminación estructural son dos de las promesas centrales del constitucionalismo colombiano. Aunque se trate de unas promesas incumplidas, ello no quiere decir que no existan

* Abogado constitucionalista. Consultor internacional en derechos humanos y arbitraje. Fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Es investigador posdoctoral de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y profesor en varias universidades de América Latina y Europa. jorgeroaroa@gmail.com.

** Abogado de la Universidad de Caldas; magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Es funcionario de la Corte Constitucional de Colombia. juanj.aristizabal@gmail.com.

1 Juan Manuel Santos, *The Battle Against Poverty: Colombia: A Case of Leadership*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 148-159.

2 Corte Constitucional de Colombia (CCC), Sentencia SU-150 de 2021, párr. 102.

3 Se trata de los siguientes cuatro mandatos: “(a) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (b) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (c) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (d) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras”. CCC, Sentencia SU-150 de 2021, párr. 103.

las herramientas normativas, jurisprudenciales y funcionales para avanzar decididamente hacia la construcción de una sociedad más igualitaria en la que el pilar central se base en que cada persona sea tratada con “igual consideración y respeto”.⁴

La Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia y la legislación configuran en el sistema constitucional colombiano lo que Ferrajoli denomina la *ley del más débil*.⁵ En esta materia, como en muchas otras, la Constitución y el bloque de constitucionalidad pueden reivindicar una cierta suficiencia normativa. De manera que las causas para la existencia de la desigualdad estructural hay que buscarlas (en su mayoría) fuera de las estructuras legales.

Asimismo, el constitucionalismo latinoamericano ha tenido una marcada preocupación por la igualdad. En general, a fines del siglo XX e inicios del XXI se aprobaron reformas constitucionales que ampliaron el régimen de los derechos económicos, sociales y culturales.⁶ De este modo, se estableció un mayor compromiso en la lucha contra la discriminación.

La casi totalidad de las reformas ha sido muy generosa en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes, pues no solo incorporaron los derechos civiles y políticos heredados de las tradiciones demoliberales [...] sino que también establecieron ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales —como la educación, la vivienda o la salud— e incluso avanzaron en el reconocimiento de formas de derechos colectivos.⁷

Colombia no fue ajena a este influjo. Por esa razón, la igualdad aparece en la Constitución en el preámbulo y en los artículos 13 (sobre la igualdad en general), 42 (respecto de las relaciones familiares), 53 (entre

4 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. xv.

5 Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías”, *La ley del más débil*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2010, p. 17.

6 Estos derechos se pueden encontrar en Norte y Centroamérica en la Constitución Mexicana de 1917, la costarricense de 1949, la panameña de 1972, la hondureña de 1982, la salvadoreña de 1983, la guatemalteca de 1985, la nicaragüense de 1987. Además, la consagración de estos derechos también está presente en Sudamérica en la Constitución de Surinam de 1987, la brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la paraguaya de 1992, la peruana de 1993, la argentina de 1994, la venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.

7 Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en César Rodríguez, *El derecho en América Latina*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 113.

trabajadores), 70 (frente al acceso a la cultura), 75 (sobre el acceso al espectro electromagnético), 209 (como principio de la función pública) y 227 (como guía para las relaciones internacionales). Allí es posible identificarla en su función normativa de valor (preámbulo y arts. 13 y 227), principio (arts. 13, 42, 53 y 209), derecho (arts. 13, 42, 53, 70 y 75), mandato (art. 13) o aspiración (art. 75).

Además, el artículo 93 de la Constitución es el mecanismo de ampliación normativa que integró al ordenamiento jurídico los tratados internacionales debidamente ratificados. El Estado colombiano ha ratificado múltiples tratados que tienen como eje central la igualdad y que integran el bloque de constitucionalidad. Entre estos destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”.

De manera que el ordenamiento colombiano está dotado de los dispositivos normativos necesarios para configurar un modelo de Estado en el que impere la *ley del más débil*. Es decir, un sistema que ha sido creado no solo para reconocer las diferentes asimetrías entre quienes integran la sociedad, sino que aspira decididamente a que existan los diseños institucionales, las políticas públicas, un sistema regulatorio y una administración que intervenga decididamente para reducir las diferentes brechas normativas y fácticas entre los individuos.

Esa aspiración y la potencia de ese mandato normativo explican la jurisprudencia constitucional que se analizará en las siguientes secciones. Allí se mostrará la forma como la Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente las categorías que permiten *lidiar* con la desigualdad: los sujetos de especial protección, los grupos vulnerables, las minorías o los criterios sospechosos de discriminación. Desde luego, se indicará el impacto que cada una tiene en diferentes aspectos institucionales. Debido a que el drama de la desigualdad es estructural, también resulta inevitable una referencia a los mecanismos con los que el tribunal constitucional ha respondido de una forma también estructural a ese fenómeno.

Los sujetos de especial protección constitucional, los grupos vulnerables, discriminados o marginados y las minorías: una lista abierta en la construcción del lenguaje de la igualdad

Una de las ideas fundamentales que justifican la existencia de la justicia constitucional es que el *judicial review* puede contribuir a preservar las condiciones que hacen valioso al procedimiento democrático, mejorar la calidad de la representación o proteger los derechos de las minorías. Todo lo anterior, a fin de vigilar y garantizar el buen funcionamiento de la actividad realizada por el legislador.⁸

Teóricamente, este argumento fue desarrollado y difundido con éxito, entre otros, por John Hart Ely. Para ilustrar su idea, Ely sugiere una analogía entre el sistema político y los siguientes dos casos: el primero es el rol de las instituciones antimonopolio, que corrigen las disfuncionalidades del mercado sin imponerle objetivos específicos; el segundo es el papel del árbitro en los deportes, quien garantiza el cumplimiento de las reglas del juego sin tener la capacidad para determinar cuál equipo será el ganador. Según Ely, así como el mercado se interviene para corregir sus disfuncionalidades o el árbitro se encarga de que los equipos en contienda no obtengan una ventaja violando las reglas del juego, los jueces constitucionales solo intervienen al haber una falla en el procedimiento político. Desde el punto de vista procedimental, el sistema político puede fallar de dos maneras: cuando se cierran o bloquean los canales del cambio político o cuando la mayoría afecta los derechos de una minoría subrepresentada.⁹

Este es el núcleo del conocido argumento sobre la teoría del fallo legislativo.¹⁰ Esta teoría fue expresada por el juez Harlan Fiske Stone en los párrafos segundo y tercero de la nota a pie de página número cuatro del caso *United States v. Carolene Products Co.*¹¹ De acuerdo con Owen Fiss, la teoría del

8 John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. La versión extensa del argumento en las páginas 73 a 183 y la versión resumida en la página 103. También en John Hart Ely, "Toward a representation-reinforcing mode of judicial review", *Maryland Law Review*, v. 37, n.º 3, 1978, pp. 451-487. Otro autor que sigue esta tesis se puede encontrar en: Ron Replogle, "The scope of representation-reinforcing judicial review", *Columbia Law Review*, v. 92, n.º 6, 1992, pp. 1592-1624.

9 Ely, "Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review", *op. cit.*, p. 486.

10 Owen Fiss, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 26-38.

11 Párrafo 1: "Puede haber un ámbito más restringido para la aplicación de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación parece estar comprendida en una prohibición específica de la Constitución, como las de las diez primeras enmiendas, que se consideran igual-

fallo legislativo puede ser sintetizada de la siguiente manera: “los jueces deben respetar las decisiones de la legislatura a menos que (ocurra) la victimización de una minoría discreta e insular; es decir, un grupo impedido para formar coaliciones y, por tanto, para participar de manera efectiva en la política de mayorías”.¹²

Este fallo ocurre cuando, basados en prejuicios o en una actitud hostil, los representantes actúan de manera sistemática en contra de los derechos de una minoría que no tiene representación dentro del órgano legislativo o que tiene una representación exigua dentro del Congreso.¹³ El punto central de Ely es que, cuando el sistema político falla, los menos indicados para percatarse de esa situación y reconocerla son los propios representantes. Por el contrario, los jueces ostentan dos condiciones relevantes para determinar la existencia y remediar los errores del procedimiento democrático: su experticia en materia de procedimientos y su condición de observadores o agentes externos al proceso político.¹⁴

En virtud de la primera condición, los jueces resultan idóneos para realizar esa evaluación porque son expertos en resolver controversias que implican la sujeción a procedimientos. En segundo lugar, los jueces ostentan

mente específicas cuando se consideran comprendidas en la 14”. Párrafo 2: “No es necesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que normalmente se puede esperar que conduzcan a la derogación de la legislación indeseable debe estar sujeta a un escrutinio judicial más exigente en virtud de las prohibiciones generales de la 14 Enmienda que la mayoría de los otros tipos de legislación”. Párrafo 3: “Tampoco necesitamos preguntar si consideraciones similares entran en la revisión de leyes dirigidas a determinadas religiones [...] si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende seriamente a restringir el funcionamiento de los procesos políticos en los que normalmente se confía para proteger a las minorías, y que puede exigir una investigación judicial correspondientemente más minuciosa”. SCOTUS, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S., 144, 152, n° 4 (1938). Traducción propia. Un análisis del contexto y los elementos de esta decisión judicial se puede consultar en Bruce Ackerman, *We the people. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 119-130.

12 Fiss, *El derecho como razón pública*, op. cit., p. 26.

13 “El fallo se produce cuando el proceso no merece la confianza, cuando (1) los de dentro están obstruyendo los canales de cambio político para asegurarse de que ellos seguirán dentro y los de fuera seguirán fuera, o (2) aunque a nadie se le niegue realmente la voz o el voto, los representantes que dependen de una mayoría efectiva están perjudicando sistemáticamente a una minoría por simple hostilidad o por una negativa prejuiciosa a reconocer intereses comunes, y negando así a esa minoría la protección que ofrece a otros grupos un sistema representativo”. Ely, *Democracy and Distrust*, op. cit., p. 103.

14 *Idem*.

una posición privilegiada como observadores externos para determinar si se produjo uno de los casos de error del procedimiento político.

De manera que, incluso los críticos de la existencia o el funcionamiento de la justicia constitucional reconocen que los tribunales pueden tener un rol relevante para la protección de las minorías insulares o discretas. Se trata de una intervención para corregir una disfuncionalidad del sistema democrático en la que los grupos que han sido históricamente marginados y que, por ende, carecen de representación política, se mantienen en esa marginación. Ello ocurre porque el sistema político no los ve, no le interesan los problemas de esos colectivos debido a su baja capacidad de agencia o porque la debilidad de esos grupos es tan alta que sus problemas son visibles para la sociedad, pero no para los agentes estatales. Por eso, los tribunales pueden intervenir cuando el legislador aprueba normas que los afectan negativamente. Esta intervención está muy lejos de ser considerada activista. Por el contrario, es una corrección que fortalece al sistema democrático.

Esta defensa procedimental del control de constitucionalidad tiene como trasfondo una noción de la democracia que pone el acento en el valor sustancial de la igual dignidad democrática. Ello ha servido para que desde el constitucionalismo transformador se defienda una intervención judicial que parte de que el constitucionalismo debe reflejar el lenguaje de la igualdad.¹⁵

En ese marco, en el ámbito individual, el artículo 13 de la Constitución (inciso tercero) reconoció que puede haber personas que, pertenezcan o no a un grupo discriminado o marginado, pueden ser objeto de discriminación de manera que requieren una protección constitucional reforzada. Esos criterios permiten identificar una serie de sujetos de especial protección constitucional. A nivel individual, lo relevante no es la pertenencia a un grupo, sino la condición o situación que deriva de aspectos como su posición económica y sus características físicas o mentales. Ello sin perjuicio de que existan otros aspectos o razones que puedan llevar a que una persona sea discriminada por esa condición y que, por ende, merezca la misma protección constitucional reforzada.

15 Jorge Ernesto Roa Roa, “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, en Paúl Córdova Vinuesa (coord.), *Jurisprudencia constitucional transformadora en Ecuador, Bolivia y Colombia*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022, pp. 231-253.

La categoría de sujetos de especial protección constitucional está integrada “por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva”.¹⁶ Algunos de los sujetos de especial protección constitucional son los niños, las niñas y los adolescentes,¹⁷ las mujeres embarazadas,¹⁸ las personas de la tercera edad,¹⁹ las personas en situación de discapacidad²⁰ y las personas en situación de desplazamiento.²¹

Este listado no es taxativo. Para el año 2000, en la jurisprudencia únicamente se hizo referencia a los “niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia”²² como sujetos de especial protección constitucional. Sin embargo, el catálogo ha sido ampliado con posterioridad. En 2020 se incluyó a las personas que padecen enfermedades huérfanas,²³ y anteriormente, en 2018, se consideró como sujetos de especial protección a quienes cuentan con un diagnóstico de VIH o SIDA.²⁴

Los efectos de esta categoría son amplios. Por ejemplo, la legislación ha reconocido explícitamente la protección en materia de salud para estos sujetos.²⁵ La Corte también ha indicado que los requisitos para acceder a la acción de tutela deben ser más flexibles cuando se trata de discutir cierto tipo de pretensiones frente a ellos.²⁶ Como se indicará más adelante, se ha establecido también que estas personas pueden ser objeto de acciones afirmativas.²⁷

Desde una perspectiva comunitaria o colectiva, en el artículo 13 de la Constitución (inciso segundo), el constituyente dispuso un mandato de promoción a favor de los *grupos discriminados* o *marginados*. La Corte

16 CCC, sentencias T-167 de 2011, párr. 1.5; T-736 de 2013 y T-017 de 2021.

17 CCC, sentencias SU-225 de 1998, T-282 de 2008 y T-413 de 2020.

18 CCC, Sentencia T-075 de 2018.

19 CCC, Sentencia T-374 de 2022.

20 CCC, sentencias T-412 de 2023 y T-076 de 2024.

21 CCC, Sentencia T-025 de 2004.

22 *Idem*.

23 CCC, Sentencia T-413 de 2020.

24 CCC, Sentencia T-033 de 2018.

25 Ley 1751 de 2015 (art. 11).

26 CCC, Sentencia T-076 de 2024.

27 CCC, Sentencia T-989 de 2006.

Constitucional ha identificado que esos colectivos deben tener las siguientes tres características: en primer lugar, que en efecto se trate de un grupo social identificable; en segundo lugar, que se encuentre en una situación de subordinación prolongada; en tercer lugar, que su poder político esté severamente limitado por condiciones socioeconómicas, de clase o por un prejuicio de los demás.²⁸

Por otra parte, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en que existe otra clasificación que remite a los grupos *oprimidos*. Esta se aplica cuando, además de las tres anteriores características, los integrantes del grupo también son explotados, sufren estereotipos como conjunto, son invisibilizados y sus miembros son objeto de violencia precisamente por ser parte de ese colectivo.²⁹ Por ejemplo, la Corte ha protegido a las personas que realizan las labores de reciclaje;³⁰ frente a ellas, se ha constatado que se satisfacen las características reseñadas porque:

... no es difícil comprender que los recicladores informales sobreviven en un ambiente físico y social hostil. Por un lado, tienen que enfrentar los múltiples estigmas sociales, que se generan por la simple asociación de una actividad, con elementos que la sociedad desecha. [...] el hecho de que los recicladores vivan y sobrevivan de los restos que para otros son inútiles, de lo que el otro desprecia, genera un problema, en términos de construcción de imaginarios sociales. La sociedad rechaza la basura y extiende dicho rechazo a quienes trabajan con ella. Por eso, predominan una serie de estereotipos que terminan por ubicar a los recicladores en lo más bajo de la sociedad y por generar una visión de que son molestos, huelen mal, suelen robar, entorpecen el tránsito, ensucian la ciudad. Los prejuicios en contra de los recicladores son de tal magnitud que se ha llegado hasta el punto de adelantar campañas de “limpieza social” para “deshacerse” de ellos.³¹

En un ejercicio de diálogo judicial multinivel, la Corte ha implementado los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para identificar a los grupos vulnerables.³² La Corte Constitucional ha indicado que la determinación de uno de estos grupos depende de los

28 CCC, Sentencia T-736 de 2015, párr. 31.

29 CCC, sentencias T-736 de 2015, párr. 31 y T-291 de 2009.

30 CCC, sentencias T-291 de 2009 y T-387 de 2012, y Auto 268 de 2010.

31 CCC, Sentencia T-291 de 2009, cap. 5.

32 CCC, Sentencia C-116 de 2021, párr. 92.

siguientes cinco factores: 1) el contexto en que se causa la desprotección; 2) el grado de exposición a un riesgo o limitación; 3) el nivel de afectación potencial o real en relación con una amenaza de conformidad con las características del grupo que la soporta; 4) la intensidad, frecuencia y duración de la amenaza o situación; y 5) la capacidad de reacción o de agencia del grupo.

En la Sentencia C-116 de 2021, la Corte acudió a esos criterios para decidir una demanda de inconstitucionalidad contra una norma que les reconocía a los veteranos de la fuerza pública la condición de población vulnerable. El tribunal consideró que la disposición demandada “atribuye una condición que comprende a un grupo de personas que, como tal, no ostenta la situación o la condición que justifica constitucionalmente la atribución de la calidad general de vulnerables. Como ha indicado la jurisprudencia de este tribunal, se trata de un *overinclusive statute* o clasificación demasiado amplia”.³³

Los grupos que la Corte ha identificado como discriminados o marginados —en ocasiones, también se han descrito como grupos vulnerables— son los siguientes:³⁴ los vendedores o trabajadores informales;³⁵ la población desplazada y víctima del conflicto armado;³⁶ la población rural³⁷ y campesina;³⁸ los jóvenes que han estado bajo el cuidado y la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF);³⁹ los habitantes de calle;⁴⁰ las personas en situación de discapacidad;⁴¹ quienes han sido diagnosticados con VIH o sida;⁴² las personas de la tercera edad;⁴³ las personas privadas de la libertad en general,⁴⁴ y las mujeres⁴⁵

33 CCC, Sentencia C-116 de 2021, párr. 118.

34 *Ibid.*, párr. 87.

35 CCC, Sentencia T-701 de 2017.

36 CCC, Sentencia T-025 de 2004.

37 CCC, Sentencia C-623 de 2015.

38 CCC, sentencias C- 644 de 2012, C-077 de 2017 y C-028 de 2018.

39 CCC, Sentencia C-586 de 2014.

40 CCC, Sentencia C-385 de 2014.

41 CCC, Sentencia C-147 de 2017.

42 CCC, Sentencia T-522 de 2017.

43 CCC, Sentencia T-015 de 2019.

44 CCC, sentencias C-143 de 2015 y C-026 de 2016.

45 CCC, Sentencia T-267 de 2018.

y personas LGTBIQ+ privadas de la libertad específicamente;⁴⁶ las trabajadoras sexuales;⁴⁷ la población indígena;⁴⁸ los niños, niñas y adolescentes;⁴⁹ la niñez de la etnia Wayuu;⁵⁰ los pueblos ROM;⁵¹ la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal;⁵² las madres cabeza de familia;⁵³ los mineros tradicionales;⁵⁴ los damnificados y las víctimas de desastres;⁵⁵ las personas vinculadas al Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisben);⁵⁶ las personas en vulnerabilidad socioeconómica;⁵⁷ los defensores de derechos humanos;⁵⁸ los trabajadores domésticos;⁵⁹ las personas beneficiarias del retén social;⁶⁰ los veteranos sobrevivientes de la guerra de Corea y Perú que se encuentren en indigencia;⁶¹ los recicladores;⁶² las personas LGTBIQ+ en general.⁶³

La Corte Constitucional también ha utilizado el concepto de *minoría*, estableciendo las diferencias entre los grupos de oposición y una minoría. Este último se basa en un criterio cuantitativo y aritmético respecto al resultado electoral. Según la Corte,

la determinación de quiénes son mayorías y quiénes son minorías dependerá, no de una disposición jurídica, sino de la voluntad soberana del pueblo, expresada directamente por medio de los mecanismos electorales; es decir, será la

46 CCC, sentencias T-288 de 2018 y T-060 de 2019.

47 CCC, sentencias T-594 de 2016 y T-629 de 2010.

48 CCC, Sentencia SU-217 de 2017.

49 CCC, Sentencia T-979 de 2001.

50 CCC, Sentencia T-302 de 2017.

51 CCC, Sentencia C-359 de 2013.

52 CCC, Sentencia C-295 de 2019.

53 CCC, Sentencia C-1039 de 2003.

54 CCC, Sentencia SU-133 de 2017.

55 CCC, Sentencia T-191 de 2011.

56 CCC, Sentencia T-307 de 1999.

57 CCC, Sentencia C-613 de 2013.

58 CCC sentencias C-577 de 2017 y SU-546 de 2023.

59 CCC, Sentencia C-871 de 2014.

60 CCC, sentencias T-084 de 2018 y SU-897 de 2012.

61 CCC, Sentencia C-1036 de 2003.

62 CCC, Sentencia T-291 de 2009.

63 CCC, Sentencia T-068 de 2021.

ciudadanía, a través de las votaciones, la que sentará las bases para clasificar a una determinada corriente política como minoritaria.⁶⁴

Sobre las minorías discretas o insulares, se indicó que este es un concepto que se les puede aplicar a los *grupos vulnerables*. En concreto, la Corte advirtió que se trata de grupos que

... carecen de la capacidad política o de la atención necesaria por parte de las autoridades. Las dimensiones de su debilidad pueden llevar a que el Estado no conozca su existencia (puntos ciegos), no se ocupe de su situación (cargas de inercia) o lo haga mediante medidas insuficientes que no superan las dimensiones estructurales que les sitúan en la vulnerabilidad.⁶⁵

De manera que tanto a nivel individual (sujetos de especial protección) como a nivel colectivo (grupos discriminados, maginados, minorías), existe una tradición constitucional que desarrolla las disposiciones normativas que integran la promesa constitucional a favor de la igualdad. Ahora corresponde examinar algunos de los efectos de esas categorías en el análisis específico de medidas que usan categorías sospechosas de discriminación o en el método para enjuiciar una norma potencialmente discriminatoria.

Las categorías sospechosas de discriminación: una lista que reconoce el reto de la desigualdad en expansión que se debe frenar mediante acciones afirmativas

El artículo 13 (inciso primero) de la Constitución estableció una lista de categorías sospechosas de discriminación. Bajo el esquema de la mayor parte de las constituciones contemporáneas –y con una clara influencia de la Constitución de España (art. 14)–,⁶⁶ el inciso primero de la Constitución de 1991 se refiere al sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión y las opiniones políticas o filosóficas.

La Constitución tuvo el cuidado de plasmar una fórmula que fuera lo suficientemente abierta como para reconocer que no todas las categorías sospechosas fueron identificadas en el momento originario de la Carta. Por

64 CCC, Sentencia C-169 de 2001, párr. 3.4.3.

65 CCC, Sentencia C-116 de 2021, párr. 103.

66 Constitución Política de España, “Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

esa razón, la Corte Constitucional no tardó en indicar que se trata de una lista abierta y que la enumeración de la Constitución no excluye otras razones sospechosas para integrar causas muy amplias dentro de algunas de las categorías expresamente establecidas en ella. Específicamente, la Corte ha indicado que “estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos”.⁶⁷

La jurisprudencia constitucional ha mantenido que, más allá de las categorías que fueron expresamente reconocidas en el artículo 13, los criterios sospechosos de discriminación tienen tres características.⁶⁸ Por una parte, estos se fundan en los rasgos de los cuales las personas no pueden prescindir voluntariamente sin perder su identidad. En segundo lugar, se trata de sujetos que han sido tradicionalmente menospreciados por los patrones de valoración cultural. Finalmente, no son criterios con base en los cuales se pueda realizar, en principio, una “distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”.⁶⁹

Los criterios sospechosos de discriminación también permiten determinar cuándo ocurre una discriminación con efectos nocivos. La Corte Constitucional ha indicado que se deben verificar cuatro elementos para identificar la nocividad por discriminación de un acto. En primer lugar, esta se debe fundar en un criterio sospechoso de discriminación; en segundo lugar, esa decisión no está justificada en un fin constitucionalmente imperioso; en tercer lugar, aquella produce un trato desigual entre las personas; finalmente, con esa acción o decisión se configura un perjuicio.⁷⁰ Ese precedente fue aplicado por la Corte cuando revisó el caso del propietario de un bar que recriminó a una pareja del mismo sexo por tomarse de la mano. La Corte evaluó los elementos antes descritos y sostuvo:

... en este caso está acreditada la discriminación sufrida por la accionante por su orientación sexual diversa, pues la actuación del administrador estuvo motivada por dicha condición, criterio que esta Corporación ha considerado

67 CCC, sentencias C-371 de 2000 y T-804 de 2014.

68 CCC, sentencias C-410 de 1994, C-481 de 1998, C-371 del 2000 y T-077 de 2016.

69 *Idem*.

70 CCC, sentencias T-909 de 2011, T-030 de 2019 y T-335 de 2019.

como sospechoso, además carece de toda justificación pues con la misma no se buscó alcanzar un fin constitucionalmente imperioso y, por el contrario, el reproche a las manifestaciones de afecto de la pareja diversa constituyó una vulneración a los derechos fundamentales [...], produjo un trato desigual, puesto que el análisis del material probatorio que obra en el expediente, permite concluir que el dependiente no realizó ese mismo llamado de atención a otras parejas de condición heterosexual y finalmente, configuró un perjuicio, en el ejercicio de los garantías superiores enunciadas en el amparo, particularmente, porque fueron increpadas por las expresiones de afecto mutuas, lo anterior, generó su retiro del lugar, y además, el demandado condicionó su entrada al hecho de que [...] sepan comportarse.⁷¹

La existencia de los criterios sospechosos de discriminación implica que estos no se pueden usar para la distribución negativa de bienes, derechos o cargas sociales. Sin embargo, esas mismas categorías son útiles cuando se trata de la adopción de medidas a favor de estos grupos. Por ejemplo, mediante las acciones afirmativas. Estas parten de la idea según la cual en la sociedad “nadie debería sufrir por ser miembro de un grupo al que se considera menos digno de respeto, en tanto grupo, que otros”.⁷² Para garantizar la igualdad, el sistema social debe asegurar que “los que tienen el mismo nivel de talento y habilidad y la misma disposición a hacer uso de esos dones deberían tener las mismas perspectivas de éxito independientemente de su clase social de origen, la clase en la que han nacido y crecido hasta la edad de la razón”.⁷³

La Corte Constitucional ha aplicado esta perspectiva. Por ello, el tribunal ha considerado que las acciones afirmativas son “las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”.⁷⁴ Estas se pueden derivar del mandato expreso del artículo 13 de la Constitución frente a los grupos marginados o discriminados.

71 CCC, Sentencia T-355 de 2019, párr. 52.

72 Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 373.

73 John Rawls, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 74.

74 CCC, sentencias C-371 de 2000 y T-115 de 2022.

También se pueden fundar en las disposiciones constitucionales de los artículos 43 (mujeres), 44 (niños), 45 (adolescentes), 46 (personas de la tercera edad) o 47 (personas en situación de discapacidad).⁷⁵ La Corte ha distinguido entre tres tipos de acciones afirmativas (tabla 1).

Tabla 1. Tipos de acciones afirmativas

TIPO DE ACCIÓN	OBJETIVO	EJEMPLOS
ACCIONES DE CONCIENTIZACIÓN	Buscan sensibilizar a la sociedad respecto de un problema. ⁷⁶	Se incluyen las campañas publicitarias para la prevención del cáncer de mama o las órdenes a los diferentes funcionarios para que acudan a los cursos de formación en derechos humanos. ⁷⁷
ACCIONES DE PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN	La Corte las define como “los apoyos económicos, las becas o los subsidios”. ⁷⁸	Algunos ejemplos son el programa Generación E, que busca garantizar apoyo económico para los estudiantes que tienen un buen puntaje en las pruebas estatales; o el subsidio de vivienda para la población desplazada.
ACCIONES DE DISCRIMINACIÓN INVERSA O POSITIVA	Parten de los criterios sospechosos de discriminación y “se producen ante una situación de especial escasez de bienes deseados, [...] lo que implica que el beneficio que se brinda a ciertas personas tiene como contrapartida el perjuicio de otras”. ⁷⁹	Las cuotas en las universidades para los grupos vulnerables ⁸⁰ o la priorización de los sujetos de especial protección para recibir indemnizaciones en el marco del conflicto armado antes que otras víctimas. ⁸¹ En oposición al segundo tipo, en estos eventos, la priorización de un grupo disminuye los recursos disponibles para la mayoría o los grupos <i>no calificados</i> .

Fuente: elaboración propia.

75 CCC, Sentencia T-115 de 2022, párr. 93.
76 CCC, sentencias T-115 de 2022, párr. 92 y T-500 de 2002.
77 CCC, Sentencia T-412 de 2023.
78 CCC, sentencias C-371 de 2000 y C-964 de 2003.
79 CCC, sentencias C-371 de 2000 y C-293 de 2010.
80 CCC, Sentencia T-110 de 2010.
81 CCC, Sentencia T-377 de 2022.

Esta descripción de las características y el uso que la Corte ha dado a los criterios sospechosos de discriminación permite mostrar la importancia de estas figuras. Estas se han convertido en una herramienta de diagnóstico que permite identificar los casos graves de discriminación, y en un marco a partir del cual enfocar las acciones para garantizar la igualdad material. Es una muestra de categorías conceptuales que impactan de manera efectiva la realidad. Ahora corresponde mostrar la trascendencia de esas categorías en el juicio de igualdad que realiza la Corte para determinar si una medida es compatible o no con la prohibición de discriminación. Asimismo, se analizarán los efectos de estas categorías en las cargas probatorias sobre la razonabilidad de una medida que establece tratos diferenciados.

***El impacto en el juicio de proporcionalidad:
las diferentes intensidades (intermedia y estricta) del juicio
integrado de igualdad***

La Corte Constitucional ha utilizado el juicio de proporcionalidad desde el año 1996.⁸² Incluso, esa primera utilización ocurrió en un caso relacionado con el derecho a la igualdad. En esa ocasión, la Corte declaró inconstitucional una ley que creaba un beneficio para los jóvenes que habían prestado el servicio militar obligatorio. Esa norma disponía que ese grupo recibiría un puntaje adicional (10%) en las pruebas nacionales de selectividad educativa para el ingreso a las universidades. En esa oportunidad, el tribunal concluyó que “la norma acusada establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en su etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada”.⁸³

Desde esa primera decisión, la Corte ha sostenido que “la Constitución no prohíbe de manera categórica las desigualdades de trato, lo que implica que algunas medidas que produzcan asimetrías pueden ser consideradas constitucionales”,⁸⁴ y otras deben ser expulsadas del sistema jurídico. Se

82 Juan Jacobo Calderón, “Robert Alexy, la Corte Constitucional y los desafíos a la optimización: entre democracia y derechos”, *Teorías contemporáneas del Derecho*, Bogotá, Legis, 2022, pp. 209-240.

83 CCC, Sentencia C-022 de 1996.

84 CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 21.

requiere un instrumento metodológico para evaluar la legitimidad constitucional de los tratos diferenciados con el fin de adoptar una sentencia de constitucionalidad o de inconstitucionalidad. En Colombia, esa herramienta es el juicio integrado de igualdad o test de igualdad.

En efecto, el juicio integrado de igualdad ha sido la fórmula utilizada por la Corte Constitucional para evaluar la legitimidad de los tratos diferenciados y potencialmente discriminatorios.⁸⁵ Se denomina integrado porque combina los elementos metodológicos del test de razonabilidad que suele aplicar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),⁸⁶ con la gradación de diferentes intensidades que es propia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.⁸⁷

El punto de partida de ese juicio integrado es que se aplican los elementos del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), pero con tres niveles de escrutinio diferentes (leve, intermedio y estricto). Esa intensidad diferenciada obedece al “nivel de libertad de configuración que tiene el legislador, lo cual dependerá de la naturaleza y la materia de la norma objeto de control de constitucionalidad”.⁸⁸

La utilización de las categorías sospechosas de discriminación o la adopción de medidas que pueden ser desfavorables para los grupos históricamente discriminados o marginados tiene una consecuencia directa en la metodología para enjuiciar la validez constitucional de esas provisiones. En concreto, habría un doble impacto en el juicio específico de proporcionalidad que la Corte Constitucional realiza para evaluar si un trato diferenciado es legítimo o no.

*El juicio integrado de igualdad leve:
la irrelevancia de las categorías sospechosas
y los problemas propios de ese escrutinio deferente*

En primer lugar, es importante advertir que la presencia de categorías sospechosas de discriminación no es relevante cuando se trata del juicio de intensidad leve. Esta sería la gradación del juicio más deferente con el legislador. Los fundamentos para elegir este escrutinio son la presunción de

85 CCC, sentencias C-093 de 2001, C-673 de 2001, C-624 de 2008, C-313 de 2013, C-601 de 2015, C-220 de 2017, C-389 de 2017 y C-535 de 2017.

86 CCC, Sentencia C-022 de 1996.

87 CCC, Sentencia C-445 de 1995.

88 CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 21.

constitucionalidad que juega a favor de las leyes, el principio democrático y la identificación de una serie de materias sobre las cuales la Constitución le confirió un amplio margen de discrecionalidad al Congreso.⁸⁹

Entre muchas otras materias, este nivel de juicio sería aplicable cuando se trata de normas sobre aspectos económicos o tributarios, las relaciones internacionales y la política internacional, o en cualquier otro caso en el que exista “una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional”.⁹⁰ La Corte ha indicado que este nivel bajo de rigor es la regla general. Cuando se usa esa intensidad baja, el tribunal se limita a verificar que el objetivo que se persigue con la medida no esté prohibido por la Constitución y que el medio elegido sea potencialmente idóneo para obtener esa finalidad.

Este primer nivel de escrutinio no es relevante cuando concurren categorías sospechosas de discriminación. Sin embargo, ello no quiere decir que el test leve de igualdad esté exento de problemas. Por ejemplo, no es claro que se deba aplicar un juicio de intensidad débil en todos los procesos en los que exista una competencia constitucional de regulación a favor del Congreso. Si ello fuera así, esa regla general debería ser aplicable en todos los casos y no habría excepciones. Quizá la única excepción ocurriría cuando la norma objeto de escrutinio hubiese sido aprobada por una autoridad diferente de aquella que estaba facultada por la Constitución. Se trataría de un caso de inconstitucionalidad de la norma por falta de competencia de la autoridad que la profirió, más que de una cuestión de igualdad o no discriminación.

La existencia de una competencia expresa en la Constitución a favor del Congreso no es un buen parámetro para definir el nivel de intensidad del juicio de igualdad. O bien ocurre que esa causal deja sin sentido las otras intensidades del juicio, o las causales para aumentar el nivel del escrutinio dejan sin efecto útil la causal competencial para elegir la intensidad débil. Lo más frecuente es que el tribunal se enfrente a casos en los que la autoridad que profirió la norma que establece un trato discriminatorio era claramente competente. Sin embargo, la Corte debió aumentar la

89 CCC, Sentencia C-673 de 2001, párr. 7.2. En concreto, la Corte sostuvo que “la intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”.

90 CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 21.

intensidad del juicio debido a otros criterios en clara inaplicación de la tesis de la competencia como mecanismo para debilitar el juicio. También puede ocurrir que la norma haya sido aprobada por la autoridad expresamente facultada por la Constitución para hacerlo, se refiera a materias económicas, tributarias o de relaciones internacionales y, aun así, el juicio deba ser más exigente por la presencia de criterios propios de los test intermedio o estricto. Nuevamente, los supuestos para un juicio débil habrían quedado sin efecto.

El mismo problema se presenta cuando concurren los criterios para que un test sea leve (competencia expresa para expedir la regulación) con elementos propios de la intensidad más alta o fuerte. En esos casos, el juez constitucional se enfrenta a la necesidad de decidir si les confiere prevalencia a las razones que justifican el test débil (principio democrático, competencia expresa o presunción de constitucionalidad) o aquellas que imponen un test intenso o estricto. ¿Qué debe hacer el tribunal cuando existe ese solapamiento entre intensidades leves y estrictas? Desde luego, una salida inteligente es encontrar un equilibrio y optar por un test intermedio, sin que sea muy claro por qué el punto medio es lo que debe prevalecer en esos casos.

La opción a favor del test intermedio cuando concurren causales para un juicio leve y uno estricto ha sido aplicada por la Corte. Así ha procedido el tribunal al indicar: “la asignación expresa de facultades no es el único criterio que determina la profundidad de este escrutinio en los procesos de control de constitucionalidad”.⁹¹ Por ello, “la Corte ha aplicado el test de nivel intermedio cuando se trata de aquellas materias en las que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, pero cuyas medidas deben respetar unos principios y límites constitucionales expresos”.⁹² De manera que, “cuando la Corte ha encontrado razones tanto para aplicar un juicio de intensidad leve (amplia potestad de configuración) como para realizar un juicio estricto (creación de un eventual privilegio), el tribunal ha optado por ‘armonizar estos dos postulados a partir del juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia’”.⁹³

Además, la invocación de los principios democrático, de conservación del derecho y de presunción de constitucionalidad de las leyes deja la sensación de que, cuando se aumenta el nivel de intensidad, esos principios

91 CCC, Sentencia C-154 de 2023, párr. 70.

92 *Ibid.*, párr. 71.

93 CCC, Sentencia C-414 de 2022, párr. 151.

desaparecen del juicio de igualdad. Lo que en realidad ocurre es que esos principios se mantienen presentes en todo el escrutinio de constitucionalidad, salvo cuando se trata de normas que afectan negativamente a las personas que se encuentran en grupos vulnerables, discriminados o que corresponden con las categorías sospechosas de discriminación.

El impacto de las categorías sospechosas en las intensidades intermedia y estricta del juicio de igualdad: la favorabilidad o el perjuicio de la medida como criterio orientador

El impacto de las categorías sospechosas ocurre en los test de igualdad de intensidad intermedia y estricta. Por una parte, se aplica el test de igualdad de intensidad intermedia cuando se usa un criterio sospechoso para establecer una medida diferenciadora de carácter positivo o favorable (i. e. acciones afirmativas).⁹⁴ En esos casos, se deben verificar tres aspectos. Primero, que el fin sea constitucionalmente importante; segundo, que la medida elegida sea efectivamente conducente para alcanzar ese objetivo, y, tercero, que ese medio no sea evidentemente desproporcionado.

Por el contrario, se usa el juicio de intensidad estricta cuando la medida no es positiva y utiliza uno de los criterios o categorías sospechosas de discriminación en un sentido negativo.⁹⁵ También, cuando la norma puede impactar negativamente a las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta o afecta a los grupos marginados o discriminados. Esta intensidad rigurosa del juicio de igualdad impone que el fin perseguido no solo sea permitido o importante, sino que resulte imperioso. Es decir,

94 “Esta intensidad del juicio se aplica ‘1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia’. Asimismo, se aplica en los casos en que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados. Se trata de casos en los que se establecen acciones afirmativas, tales como las medidas que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior”. CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 19.

95 “Esta modalidad de escrutinio se aplica a hipótesis en las que la misma Constitución señala mandatos específicos de igualdad, lo que se traduce en una menor libertad de configuración del Legislador y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, la Corte Constitucional ha aplicado el escrutinio estricto o fuerte cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio”. CCC, Sentencia C-345 de 2019, párr. 20.

Tabla 2. Test de igualdad

INTENSIDAD	SUPUESTOS DE APLICACIÓN	ELEMENTOS DEL ESCRUTINIO	RELEVANCIA DE LOS CRITERIOS O CATEGORÍAS SOSPECHOSAS
LEVE	• Materias económicas y tributarias. • Política internacional. • Existe competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional. • Se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos. • No se aprecia, en principio, una amenaza para el derecho en cuestión.	• La finalidad y el medio utilizado no son prohibidos por la Constitución. • El medio debe ser idóneo o adecuado para alcanzar el fin propuesto.	No son relevantes.
INTERMEDIA	• La medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental. • Existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. • Normas basadas en criterios sospechosos, pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados.	• Fin u objetivo constitucionalmente importante. • El medio para lograrlo es efectivamente conducente. • La medida no es evidentemente desproporcionada.	Son relevantes cuando la medida les favorece.
ESTRICTA	• La medida contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el primer inciso del artículo 13 de la Constitución. • Afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados. • Impacta gravemente un derecho fundamental. • Crea un privilegio.	• El fin perseguido por la norma es imperioso. • El medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario (no se puede sustituir por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma). • Los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.	Son relevantes cuando la medida les perjudica.

Fuente: elaboración propia.

que sea de aquellos que el Estado no puede dejar de buscar. Además, el medio elegido debe ser necesario e insustituible (conducencia). Ello implica que tiene una idoneidad probada de manera que no existen otros medios menos lesivos para quienes pueden resultar afectados por el trato diferenciado. Finalmente, se examina “si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto” (tabla 2).⁹⁶

El impacto en las cargas probatorias: se invierte la carga de la prueba cuando existen indicios de discriminación

El segundo impacto recae sobre las cargas probatorias. Este efecto no está desconectado del impacto sobre el juicio de proporcionalidad. En cierta medida, una disposición que establece un trato negativo con base en una categoría sospechosa de discriminación implica una cierta carga probatoria dinámica que traslada fuertes deberes argumentativos para la autoridad que estableció el trato diferenciado lesivo. La presunción de constitucionalidad tiende a desaparecer o perder efecto útil cuando se trata de este tipo de medidas. Por ello, la Corte también ha señalado que la carga probatoria se invierte cuando ocurren actuaciones que afectan a las personas que pertenecen a los grupos marginados, o cuando hay un indicio de que ese tratamiento diferenciado esconde una discriminación sospechosa. Los siguientes casos ilustran adecuadamente este impacto.

En primer lugar, la garantía de estabilidad laboral reforzada es una protección para los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta por razones de salud, embarazo, licencia de maternidad, entre otros. La Corte ha sostenido que, para “proteger a la persona en situación de discapacidad, se presume que el despido se dio por causa de esta. Sin embargo, esta es una presunción que puede desvirtuarse pues la carga de la prueba le corresponde al empleador, para mostrar que el despido obedece a una justa causa”.⁹⁷ De este modo, no se le exige al trabajador protegido que demuestre cómo fue discriminado, sino que el empleador debe demostrar que actuó con base en criterios objetivos y razonables.

96 *Ibid.*, párr. 20.

97 CCC, Sentencia SU-087 de 2022, párr. 35.iii.

En segundo lugar, como se indicó previamente, la Corte ha establecido cuatro criterios para identificar una discriminación.⁹⁸ Al evaluar estos parámetros, el tribunal ha sostenido que se debe aplicar una carga dinámica de la prueba. Esta última es definida como un

... instrumento procesal que traslada la obligación de probar la ausencia de discriminación a quien pretende realizar un trato diferenciado y no a quien alega la vulneración del derecho a la igualdad, pues el primero se encuentra en una posición de superioridad, lo que privilegia su capacidad para aportar los medios probatorios necesarios para asumir su defensa judicial.⁹⁹

Además, la Corte ha considerado que “en los escenarios de discriminación se debe invertir la carga de la prueba, en concreto cuando la persona que alega el trato discriminatorio lo padeció con base en una categoría sospechosa o está en situación de sujeción o indefensión”.¹⁰⁰

La Corte ha aplicado esta carga probatoria invertida en los casos de discriminación racial,¹⁰¹ ante despidos de personas con VIH,¹⁰² o en las convocatorias a cargos en las que participaron personas con VIH.¹⁰³ En la Sentencia T-031 de 2021, la Corte revisó una acción de tutela presentada por un ciudadano que fue suspendido en un proceso de selección el mismo día que informó que tenía un diagnóstico de VIH. La empresa sostuvo que había contratado a otra candidata; una mujer que se ajustaba mejor al perfil requerido. Sin embargo, la Corte encontró que la compañía “no acreditó que la mujer por la cual optó estuviera en el proceso de selección inicial, sino que se trató de una vinculación posterior, hecho que no desdibuja la presunción de discriminación por VIH que opera a favor del actor”.¹⁰⁴

En tercer lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el enfoque de género que

98 Ver apartado “Las categorías sospechosas de discriminación: una lista que reconoce el reto de la desigualdad en expansión que se debe frenar mediante acciones afirmativas”, p. 102 en este capítulo.

99 CCC, sentencias T-335 de 2019, párr. 39 y T-031 de 2021.

100 CCC, sentencias T-457 de 2023, párr. 147; T-572 de 2017, T-033 de 2018 y T-031 de 2021.

101 CCC, Sentencia T-572 de 2017.

102 CCC, Sentencia T-033 de 2018.

103 CCC, Sentencia T-031 de 2021.

104 *Idem*.

deben adoptar las autoridades para atender los casos de violencia contra la mujer. En materia probatoria, la Corte ha sostenido que los jueces deben “analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial” y “flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes”.¹⁰⁵

En cuarto lugar, se encuentran dos casos relevantes que fueron decididos en dos sentencias de la primera década del siglo XXI.¹⁰⁶ En estos, la Corte revisó dos acciones de tutela en las cuales se discutía si unas discotecas habían incurrido en discriminación racial contra dos personas a quienes no se les permitió el ingreso al recinto debido al color de su piel. En ambos casos, las pruebas eran esencialmente testimoniales. De manera que era la palabra de los accionantes contra la del establecimiento de comercio. Este último siempre sostuvo que no les permitió el ingreso porque los recintos se encontraban llenos. En el primer caso, el juez de instancia descartó los testimonios de la accionante y sus amigas por considerarlos *testimonios sospechosos*. La Corte reprochó esta valoración e indicó que “conforme a las reglas de la sana crítica, era deber del juez entrar a valorar cada una de ellas y no negarse a hacerlo con base en la relación de amistad que tienen con la demandante”.¹⁰⁷ Teniendo en cuenta estos testimonios, en ambos procesos la Corte encontró que las discotecas no lograron demostrar que la negativa se debiera a la ocupación del local, sino que se evidenciaba que la prohibición de ingreso respondía a una discriminación.

En una línea similar, la Corte ha sostenido que, ante casos de discriminación, los deberes officiosos del juez se incrementan. Al resolver una serie de casos de discriminación por la apariencia física sostuvo que “la carga de la prueba se atenúa con respecto a quien alega la discriminación, por lo que el juez constitucional está obligado a desplegar una copiosa actividad probatoria con el fin de determinar si se trata de un caso de discriminación”.¹⁰⁸

105 CCC, sentencias T-267 de 2023, párr. 6.8 y T-878 de 2014.

106 CCC, sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006.

107 CCC, Sentencia T-1090 de 2005, párr. 7.2.

108 CCC, Sentencia T-564 de 2016, párr. 64.

El anterior recuento permite evidenciar el impacto de la prohibición de no discriminación en las cargas probatorias. Se trata de los efectos procesales concretos que recaen en diversas aristas del derecho constitucional y del efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la garantía de la estabilidad laboral reforzada, en la lucha contra la discriminación racial, o en otros ámbitos en los cuales un indicio de discriminación puede invertir la carga probatoria.¹⁰⁹

La eliminación de la discriminación estructural: la promesa constitucional incumplida y la esperanza de avances multinivel

Las anteriores categorías (i. e. criterios sospechosos, grupos vulnerables) transmiten la idea de que la discriminación es concreta, acotada y puntual o, como mucho, colectiva. Sin embargo, en Colombia existen varios ámbitos en los que la desigualdad es tan acuciante que resulta estructural. Por esa razón, la Corte Constitucional ha utilizado la noción de discriminación estructural en diferentes oportunidades. En palabras del tribunal, esta implica “que los actos y escenarios de discriminación en contra de grupos específicos no [son] aleatori[os] o circunstancial[es], sino que corresponde[n] a unos patrones que se han venido repitiendo en el tiempo, causando la consolidación de barreras que impiden o dificultan el goce de los derechos por parte de esa comunidad”.¹¹⁰ Igualmente, la Corte ha sostenido que esos patrones se naturalizan e invisibilizan, lo que dificulta su confrontación.¹¹¹ Además, el tribunal ha indicado que este tipo de discriminaciones “siguen inmersas en las culturas dominantes de los distintos pueblos, comunidades y grupos sociales que habitan Colombia. Patrones clasistas, sexistas o racistas, persisten en las estructuras jurídicas, sociales e institucionales, en ocasiones tan íntimamente vinculadas a las prácticas cotidianas, que simplemente se vuelven invisibles. Son discriminaciones estructurales que simplemente no se ven”.¹¹²

Los casos más emblemáticos de discriminación estructural que han sido identificados por la Corte son cuatro. En primer lugar, el tribunal estableció

109 CCC, Sentencia T-357 de 2022, párr. 88.

110 CCC, Sentencia T-376 de 2019, párr. 7.3.

111 CCC, Sentencia T-141 de 2017.

112 CCC, Sentencia T-691 de 2012, párr. 3.1.2.

que existe discriminación estructural que afecta a las personas en situación de discapacidad; el tribunal aludió a la necesidad de visibilizar ese estado de cosas y concientizar a la sociedad.¹¹³ En segundo lugar, hay una situación de discriminación debido al impacto diferenciado del conflicto armado en las mujeres.¹¹⁴ Actualmente, el tribunal ha sostenido que la discriminación de género no solo deviene del conflicto armado, sino de “diferentes formas de violencia, unas evidentes y otras silenciosas, [que] han afectado su desarrollo en la vida pública y privada, en el trabajo y en la familia”.¹¹⁵

En tercer lugar, la Corte ha sostenido que existe discriminación estructural respecto de la población afrocolombiana. Desde la década de los noventa, la Corte consideró que “la discriminación aplicada a un grupo se expresa a través de la invisibilidad que los miembros de este adquieren para el grupo dominante y que explica que se puedan negar hechos que son públicos y notorios”.¹¹⁶ En cuarto lugar, el tribunal ha constatado que las personas LGTBQ+ también han sufrido discriminación estructural. En concreto, ha señalado que ante

... la coincidencia de criterios frente a la situación generalizada de desigualdad y tratamiento diferenciado arbitrario en contra de la población LGBTI, no hay duda alguna sobre el carácter estructural de la discriminación que atraviesan los miembros de esta, debido a la preponderancia contextual de patrones sexistas y estándares de normalización que tienden a invisibilizar la problemática de la desprotección.¹¹⁷

Para construir esa noción de discriminación estructural la Corte ha utilizado los criterios del derecho internacional de los derechos humanos. En especial, el tribunal ha dialogado con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) para establecer las dificultades de acceso al sistema de salud de la población en situación de discapacidad.¹¹⁸ También ha acudido a los estándares de la Convención Belém do Pará y de la Corte IDH para reconocer la necesidad de aplicar el enfoque de

113 CCC, Sentencia T-397 de 2004, párr. 5.3.3.5.

114 CCC, Auto 092 de 2008 y Sentencia T-496 de 2008.

115 CCC, Sentencia T-357 de 2022, párr. 23.

116 CCC, Sentencia T-422 de 1996, párr. 6.

117 CCC, sentencias T-376 de 2019, párr. 7.4 y T-141 de 2017.

118 CCC, Sentencia T-412 de 2023.

género en los procesos judiciales.¹¹⁹ Igualmente, al revisar un caso de discriminación contra mujeres futbolistas,¹²⁰ se realizó un amplio recuento de los diferentes instrumentos interamericanos que se han pronunciado frente a la discriminación de las mujeres. El tribunal se refirió al capítulo cuatro del informe de 2001 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a las sentencias de los casos *Campo Algodonero vs. México*, *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México* y *Favela Nova Brasília vs. Brasil* de la Corte IDH.

Igualmente, en materia de protección a las personas LGTBQ+, la Corte se ha referido a la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia y a los informes de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia. Por ejemplo, en la Sentencia T-236 de 2023, se revisó un caso de discriminación en contra de una trabajadora trans a quien se le llamaba por su nombre no identitario.¹²¹ La Corte acudió a los estándares fijados en los informes *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América* y *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas* de la CIDH y a la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH.

Por último, para los casos de discriminación racial se ha invocado la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.¹²² Asimismo, al revisar un caso de infrarrepresentación de las comunidades afrocolombianas en el censo nacional,¹²³ la Corte acudió a los informes *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes: estándares interamericanos para la prevención, combate y erradicación de la discriminación racial estructural* y *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales* de la CIDH.

Los remedios individuales son claramente insuficientes frente a los fenómenos de discriminación estructural. En muchos casos, esa forma de remedio concreto puede crear privilegios dentro de grupos discriminados o tensiones internas dentro de grupos vulnerables. Por esa razón, el remedio judicial frente a casos de discriminación estructural debe estar en el mismo nivel de

119 CCC, Sentencia SU-080 de 2020.

120 CCC, Sentencia T-212 de 2021.

121 CCC, Sentencia T-236 de 2023.

122 CCC, Sentencia T-457 de 2023.

123 CCC, Sentencia T-276 de 2022.

complejidad para que la intervención judicial sea realmente eficaz y tenga un impacto transformador.¹²⁴ De allí que la jurisprudencia constitucional de Colombia haya sido pionera en el uso latinoamericano de las sentencias estructurales y la declaratoria de estados de cosas inconstitucionales (ECI).

Las sentencias estructurales: intervenciones judiciales transformadoras para reducir la infraaplicación de la Constitución

En Colombia existe un modelo predominante de constitucionalismo fuerte.¹²⁵ Este es proclive a la existencia de decisiones judiciales, como las denominadas sentencias integradoras y las sentencias estructurales. Las integradoras pretenden remediar la inacción del legislador (i. e. omisiones legislativas) mediante la integración normativa del ordenamiento. Las estructurales buscan la superación de las situaciones de violación de los derechos fundamentales mediante órdenes de tipo complejo que incluyen prestaciones de hacer (e. g. legislar) o dar (e. g. entregar un subsidio o ayuda humanitaria) y combinan objetivos de corto, mediano y largo plazo.¹²⁶

Las sentencias estructurales profundizan la fórmula del constitucionalismo fuerte porque implican la intervención del juez constitucional en una situación de vulneración sistemática de los derechos fundamentales. Esa situación puede tener origen en la inacción del legislador provocada por un bloqueo institucional, la ausencia de consenso político, el desinterés por legislar sobre la materia o la resistencia a asumir el costo político de tomar decisiones que dividen a la opinión pública.¹²⁷ La Corte Constitu-

124 Jorge Ernesto Roa Roa, “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”, en Ana Olsen, Melina Fachin y Patricia Mello, *Diálogos Constitucionais Transformadores*, Brasília, Lumen Juris, 2022, pp. 99-114.

125 Jorge Ernesto Roa Roa, “El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia”, en Magdalena Correa Henao y Paula Robledo Silva, *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 113-136.

126 Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 467.

127 Los casos prototípicos de sentencias estructurales en el constitucionalismo colombiano son: CCC, sentencias T-025 de 2004 (atención a la población en situación de desplazamiento) y T-760 de 2008 (derecho a la salud). Un análisis de estas decisiones en César Rodríguez Garavito (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento armado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, pp. 7-760, y César Rodríguez Garavito, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Óscar Bernal y Catalina

cional ha proferido sentencias estructurales en casos como el hacinamiento carcelario,¹²⁸ la provisión de agua a comunidades en la costa Caribe,¹²⁹ la afectación a las comunidades étnicas por la construcción de proyectos hidroeléctricos,¹³⁰ la atención en salud¹³¹ y la satisfacción de los derechos de la población desplazada.¹³²

Entre otros elementos, las decisiones estructurales contienen órdenes concretas para superar la vulneración sistemática de los derechos fundamentales, dentro de las cuales se incluyen orientaciones para la elaboración de las políticas públicas.¹³³ En una visión negativa, estos parámetros limitan el margen de acción de la administración y del Congreso, mientras que, en una visión positiva, les orientan en la resolución de problemas con altos niveles de complejidad.¹³⁴ Una nota esencial de este tipo de sentencias es que tienen unos efectos transformadores sobre las estructuras burocráticas o administrativas que resultaban ineficientes para la garantía efectiva de los derechos.¹³⁵ Por esa razón, muchas decisiones que se denominan estructurales, en realidad, solo son potenciales casos de intervención estructural de la judicatura que no han logrado los impactos transformadores esperados.

Por su parte, el estado de cosas inconstitucional (ECI) se refiere a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de acuerdo con la cual existen situaciones de vulneración masiva y generalizada de los derechos que generan un problema social cuyas víctimas podrían acudir de manera individual al mecanismo de acción de tutela para obtener la protección de sus derechos. En estos casos, la violación de los derechos constitucionales es producto de la omisión prolongada de las autoridades respecto del cumplimiento de sus obligaciones, de la existencia de prácticas contrarias a la

Gutiérrez, *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, pp. 507-560.

128 CCC, sentencias T-153 de 1998 y SU-122 de 2022.

129 CCC, Sentencia T-012 de 2019.

130 CCC, Sentencia T-462A de 2014.

131 CCC, Sentencia T-760 de 2008.

132 CCC, Sentencia T-025 de 2004.

133 Víctor Bazán (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 93.

134 César Rodríguez Garavito, "Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America", *Texas Law Review*, v. 89, 2010, pp. 1669-1698.

135 Owen Fiss, "The forms of justice", *Harvard Law Review*, v. 93, n.º 1, 1979, pp. 17-44.

Constitución, de la ausencia de medidas legislativas y administrativas o de la incorrecta disposición presupuestal.¹³⁶

El ECI requiere un pronunciamiento judicial que, generalmente, se hace mediante una sentencia estructural.¹³⁷ En efecto, la superación de estas situaciones adversas a los valores públicos de la Constitución implica medidas complejas, coordinación entre las diferentes autoridades y la disposición de recursos. El propio tribunal decide cuándo se ha superado un ECI.¹³⁸

La Corte Constitucional de Colombia ha declarado un ECI, *inter alia*, en los siguientes casos: la afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio,¹³⁹ la mora en la resolución de peticiones pensionales ante la Caja Nacional de Previsión Cajanal,¹⁴⁰ el concurso de los notarios,¹⁴¹ las condiciones dentro del sistema penitenciario y carcelario,¹⁴² los defensores de derechos humanos¹⁴³ y la seguridad de los firmantes del Acuerdo Final de Paz.¹⁴⁴

En estos casos, el juez toma la palabra para remediar directamente la discriminación normativa (sentencia integradora), establecer las líneas generales sobre los elementos básicos que debe contener una política pública que permita superar una situación de violación estructural de los derechos constitucionales (sentencia transformadora) y proferir órdenes concretas destinadas a la protección de los derechos de quienes resultan afectados por ese tipo de situaciones (ECI). Además, el tribunal puede tener la última palabra en la medida en que ha diseñado mecanismos para controlar el cumplimiento de sus órdenes mediante las audiencias de cumplimiento, las sesiones técnicas informales y los autos de seguimiento.¹⁴⁵

136 Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, *op. cit.*, p. 473.

137 Juan Carlos Henao, “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, v. xv, n.º 29, 2013, p. 86.

138 María Victoria Calle Correa, “La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana”, en AA. VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016, pp. 449-459.

139 CCC, Sentencia SU-559 de 1997.

140 CCC, Sentencia T-068 de 1998.

141 CCC, sentencias SU-250 de 1998 y T-1695 de 2000.

142 CCC, sentencias T-153 de 1998, T-606 de 1998 y SU-122 de 2022.

143 CCC, sentencias T-590 de 1998 y SU-546 de 2023.

144 CCC, Sentencia SU-020 de 2022.

145 Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, *op. cit.*, p. 473.

El contenido participativo del proceso de constitucionalidad se ha potenciado en los procesos de decisiones estructurales mediante el sistema de audiencias de cumplimiento y sesiones técnicas.¹⁴⁶ En estos espacios, el tribunal convoca al Gobierno, al Congreso, a los órganos de control, a las organizaciones no gubernamentales, a las asociaciones civiles, a las víctimas y cualquier autoridad encargada de resolver la situación estructural de violación sistemática de los derechos fundamentales. La Corte se ha trasladado ocasionalmente a las regiones del país para escuchar *in situ* a todos los interesados en la superación de un ECI. En una oportunidad, se convocó a una inspección judicial en el departamento de La Guajira, en el marco del ECI sobre niñez wayuu.¹⁴⁷ Allí, por ejemplo, se dispuso que la Corte debía contar con el apoyo de traductores para garantizar una adecuada comunicación. Igualmente, la sala de seguimiento al ECI en materia carcelaria dispuso la inspección judicial de cinco centros de detención transitoria.¹⁴⁸

Eso quiere decir que una decisión estructural no es producto de la reflexión exclusiva de un grupo de jueces formados en derecho e inexpertos en temas económicos o políticas públicas. El tribunal ha sido un espacio de encuentro entre los responsables de superar una situación de violación estructural de los derechos y quienes la sufren, la Corte ha captado la deliberación sobre problemas sociales relevantes y ha generado debate fuera del tribunal.¹⁴⁹ La principal característica de esta forma de intervención judicial es que el tribunal interactúa con la administración, con el legislador, con las víctimas de la situación estructural de violación de derechos y con la sociedad civil de manera que los jueces constitucionales “en lugar de definir los detalles de la política pública, involucran a múltiples voces en la exploración colectiva de soluciones a problemas complejos”.¹⁵⁰

146 Jorge Ernesto Roa Roa, “A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 28, n.º 2, 2023, pp. 91-115.

147 CCC, Auto A-274 de 2023.

148 CCC, Auto del 27 de febrero de 2023.

149 Jorge Ernesto Roa Roa, “La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador”, *Revista Iuris Dictio*, n.º 30, mayo-diciembre de 2022, pp. 41-57.

150 César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales el Sur global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 154.

A pesar de esos instrumentos, el nivel mínimo de aspiración de las promesas constitucionales dista mucho de aquel que los jueces y otras autoridades garantizan. Entre muchas razones, ello obedece a que las causas de la discriminación estructural superan el ámbito de las competencias y las posibilidades de los tribunales. El cumplimiento efectivo de las promesas constitucionales constituye una responsabilidad primaria de las instituciones políticas, de la administración y de la judicatura. Se trata de un trabajo cooperativo que no puede ser sustituido por la acción proactiva de uno solo de los poderes.¹⁵¹ Puede haber decisiones compensatorias de los déficits de otros poderes, pero la compensación siempre es limitada. De manera que la plena eficacia de la Constitución no puede ser alcanzada solamente por decisiones judiciales.

En los contextos latinoamericano y colombiano, las acusaciones a la Corte Constitucional de realizar activismo judicial suelen ser una forma de expresar las preocupaciones conservadoras por determinadas decisiones judiciales.¹⁵² En muchos casos, el activismo judicial es un argumento fácil para expresar el desacuerdo con una determinada decisión judicial. Lo que parece más cierto es que los jueces latinoamericanos siempre infraaplican la Constitución. Y ello no es por desidia de los tribunales, sino porque, incluso el más grande y transformador esfuerzo judicial por aproximar las promesas constitucionales a la vida de las personas es insuficiente para lograr la transformación al nivel que ha sido prometido en las generosas cartas de derechos. De manera que para superar la discriminación estructural de la región más desigual del mundo se requiere menos autorrestricción judicial y más constitucionalismo transformador que conduzca a tratar efectivamente a todas las personas con igual consideración y respeto.

Bibliografía

Ackerman, Bruce, *We the people. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

151 Jorge Ernesto Roa Roa, “El diseño de la justicia constitucional y el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Arturo Crispín Sánchez (coord.), *Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 9-53.

152 Jorge Ernesto Roa Roa, “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año xxiii, Bogotá, 2017, pp. 455-482.

- Bazán, Víctor (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- Calle Correa, María Victoria, “La Constitución en marcha. El cumplimiento de sentencias estructurales en la Corte Constitucional colombiana”, en AA. VV., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016.
- Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- Calderón, Juan Jacobo, “Robert Alexy, la Corte Constitucional y los desafíos a la optimización: entre democracia y derechos”, *Teorías contemporáneas del Derecho*, Bogotá, Legis, 2022.
- Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- Ely, John Hart, “Toward a representation-reinforcing mode of judicial review”, *Maryland Law Review*, v. 37, n. ° 3, 1978.
- Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías”, *La ley del más débil*, 7.ª ed., Madrid, Trotta, 2010.
- Fiss, Owen, “The forms of justice”, *Harvard Law Review*, v. 93, n.º 1, 1979.
- Fiss, Owen, *El derecho como razón pública. Colección Filosofía y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Henao, Juan Carlos, “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional*, v. xv, n. ° 29, 2013, pp. 67-102.
- Rawls, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001.
- Replogle, Ron, “The scope of representation-reinforcing judicial review”, *Columbia Law Review*, v. 92, n.º 6, 1992.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, en Paúl Córdova Vinueza (coord.), *Jurisprudencia constitucional transformadora en Ecuador, Bolivia y Colombia*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022, pp. 231-253.

- Roa Roa, Jorge Ernesto, “O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano”, en Ana Olsen, Melina Fachi y Patricia Mello (eds.), *Diálogos Constitucionais Transformadores*, Brasília, Lumen Juris, 2022, pp. 99-114.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 28, n.º 2, 2023, pp. 91-115.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “El diseño de la justicia constitucional y el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Arturo Crispín Sánchez (coord.), *Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 9-53.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador”, *Revista Iuris Dictio*, n.º 30, mayo-diciembre de 2022, pp. 41-57.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 455-482.
- Roa Roa, Jorge Ernesto, “El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia”, en Magdalena Correa Henao y Paula Robledo Silva (eds.), *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Rodríguez Garavito, César (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento armado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco, “Juicio a la exclusión”, *El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales el Sur global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- Rodríguez Garavito, César, “Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”, *Texas Law Review*, v. 89, 2010.
- Rodríguez Garavito, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Óscar Bernal y Catalina Gutiérrez, *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en César Rodríguez (ed.), *El derecho en América Latina*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Grupos vulnerables en México: nuevas gramáticas jurisprudenciales sobre igualdad y no discriminación

MÉXICO

Mario Cruz Martínez*

*Un mundo sin discriminación sería un lugar
donde el origen de cada quien se respete y se comparta con otras personas,
y no sea motivo de burla o rechazo; en el que todos, como seres humanos,
tengamos la necesidad de establecer contacto con la gente que es diferente
y que ve el mundo de otra manera.*
Valentina Rosenda Cantú**

Introducción

En los años recientes, las gramáticas de los derechos humanos en México han tenido importantes transformaciones y han creado nuevos lenguajes de libertad y de protección de la dignidad de las personas.¹ Frente a los

* Escritor. Profesor e investigador de derechos humanos, Universidad Iberoamericana, Santa Fe (México); licenciado en Derecho, UNAM; maestro y doctor en Derecho, Universidad de Roma 2; maestro en Filosofía Política, Universidad de la Sorbona, París (Francia).

** Valentina Rosendo Cantú, “La discriminación en contra de las mujeres indígenas”, en *Miradas a la discriminación*, México, Conapred, 2012, p. 235. Valentina Rosendo Cantú es una mujer indígena mexicana que fue violentada sexualmente y torturada por militares mexicanos el 16 de febrero de 2002. Su vida es un ejemplo de lucha tesonera por la defensa de sus derechos y es una de las voces más representativas de la lucha de las víctimas contra la injusticia en México. En el itinerario de su lucha frente a los aparatos de justicia en México, se observan los perfiles de la discriminación e impunidad contra las mujeres indígenas. Su caso fue objeto de una sentencia de la Corte IDH. Véase Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 216, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

1 Las nuevas gramáticas sociales y políticas de derechos humanos han planteado nuevas formas y metodologías de análisis de los derechos y sus contextos, donde se han posicionado temas como víctimas, reparación integral del daño e interculturalidad. Muchos de estos con-

persistentes procesos de desigualdad y pobreza en el país, tejidos con la violencia en todas sus formas, el enfoque de derechos humanos, guiado por el principio de igualdad y no discriminación, ha abierto numerosos espacios de protección de los derechos de las personas. Sin embargo, la consolidación de un nuevo paradigma de protección de los derechos de igualdad de las personas ha requerido de la participación, a veces por la indignación, de las propias víctimas y de la labor tesonera de organizaciones de la sociedad civil. Bajo ese esquema se han visibilizado las condiciones y los ejercicios de los derechos de personas en estado de vulnerabilidad, y el difícil acceso a la justicia. Pueblos indígenas, mujeres, personas con discapacidad, infancias, personas jóvenes, personas adultas mayores han sido parte intrínseca de los nuevos debates constitucionales. Lo anterior ha abierto discusiones que atienden al propio funcionamiento del Estado mexicano en la atención a las condiciones de desigualdad de México, y la escasez de políticas públicas y estrategias políticas para su protección integral.

Este es el contexto en donde se plantea la importancia de la labor de los tribunales en México, especialmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la construcción de estándares y nuevas narrativas de protección de los derechos humanos de las personas vulnerables, que no solo muestran el estado del avance de las herramientas legales y metodologías de aplicación, sino que revelan las necesidades de nuevas estructuras administrativas y el diseño de nuevas políticas públicas.²

ceptos han creado nuevas figuras de protección de las personas en estado de vulnerabilidad. Esta vertiente de análisis la he desarrollado en otras obras académicas: Mario Cruz Martínez y Geraldina González de la Vega (eds.), *Nuevas narrativas constitucionales y derechos humanos en México*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 272; Mario Cruz Martínez y Tamara Hernández Juárez, “Access to justice in Mexico: Vulnerable groups and the new language of human rights”, en *Equal Access to Justice for All and Goal 16 of the Sustainable Development Agenda: Challenges for Latin America and Europe*, Alemania, Lit Verlag, 2019, pp. 251-284; Mario Cruz Martínez, *Los derechos humanos de los jóvenes (De la vulnerabilidad a la imaginación de los derechos)*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 315.

2 Recientemente, la Suprema Corte Mexicana ha lanzado, en redes sociales y medios de comunicación, una iniciativa denominada “100 sentencias de la Corte que hacen justicia a personas mexicanas”. Dicha propuesta busca difundir de forma sencilla, entre la población mexicana, las sentencias del Alto Tribunal que han sido esenciales en la vida de las personas excluidas, marginadas y en situación de vulnerabilidad de México. La iniciativa se presenta en redes sociales y cubre los siguientes temas: Derecho a la igualdad y no discriminación, Propiedad intelectual, Libertad religiosa, Salud, Libre desarrollo de la personalidad y Derechos económicos, sociales y culturales, a favor de niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, migrantes, adultos mayores, pueblos originarios, comunidades afromexicanas y afrodescendientes,

En el presente texto se muestran los nuevos enfoques de protección que el sistema mexicano ha establecido en los últimos años respecto a los derechos de personas de grupos vulnerables y, especialmente, la importancia de la utilización de la igualdad y no discriminación como herramienta y metodología para el mejoramiento de los procesos de justicia. Dentro de los debates acerca de la vulnerabilidad en México sobresalen temáticas que serán abordadas en este texto, y que son parte esencial de las gramáticas de derechos humanos. Dos ejemplos que destacan por el robusto corpus legal y jurisprudencial que se ha consolidado son las líneas sobre el matrimonio igualitario y el aborto.

En la elaboración del texto se consideraron algunos de los más prominentes debates teóricos que se han dado en México sobre igualdad y no discriminación; algunos de ellos han nutrido la discusión judicial. Finalmente, aquí se considerarán, sobre todo, las narrativas judiciales emanadas después de la Reforma Constitucional de 2011. Esto debido a que, en virtud de este importante cambio constitucional, se lograron plantear nuevos espacios de protección de los derechos humanos, al considerar aquellos de fuente nacional y fuente internacional, y se establecieron nuevas metodologías de ponderación constitucional, como la interpretación conforme y el principio pro persona.³

Contexto histórico

El sistema constitucional mexicano del siglo XX ha dado paso, en los últimos años, a un nuevo paradigma compuesto por un entramado complejo donde se articulan resortes importantes de protección de los derechos de las personas y debates sociales de gran envergadura. Son muchas las

comunidad LGBTI+, SCJN, *Comunicado de Prensa*, 30 de junio de 1994, <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7903>.

3 Los dos primeros párrafos del artículo primero constitucional crean nuevos espacios constitucionales de protección de los derechos humanos: “Art. 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Para un estudio de los alcances de la Reforma Constitucional de 2011, véase Pedro Salazar Ugarte *et al.*, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (Una guía conceptual)*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 245.

razones que han permitido nuevos espacios de libertad de México, desde la transición democrática iniciada en el año 2000, con la llegada de un nuevo partido encabezando el Poder Ejecutivo, hasta el surgimiento de nuevas voces sociales que han empujado agendas de cambio en la protección de los derechos.

Dentro de los cambios, un factor esencial en el nuevo escenario mexicano fue el desarrollo y la consolidación de un andamiaje de mecanismos de protección constitucional, sobre todo, con las reformas al juicio de amparo⁴ y la posibilidad de que organizaciones de la sociedad civil puedan fungir como partes interesadas (interés jurídico) en litigios ante la Suprema Corte de Justicia en la Nación de México y, como corolario, el uso del litigio estratégico en derechos humanos que ha logrado la protección de libertades que sonaban insospechadas en México. Dos ejemplos sobresalientes, donde se advirtió la potencia del discurso de derechos humanos y la utilización de sus gramáticas de protección: la aceptación del uso lúdico del cannabis,⁵ en donde se establece el test de proporcionalidad como una herramienta esencial de ponderación, y el reconocimiento de la SCJN del derecho humano de las mujeres y personas gestantes a la interrupción legal del embarazo, donde se destaca la violencia estructural que viven las mujeres y personas gestantes.⁶

4 Las reformas al juicio de amparo fueron esenciales para el desarrollo de la protección de derechos humanos de personas en condición de vulnerabilidad. Esto debido a que la noción de interés jurídico se amplió y se dirimió la famosa regla de que solo la persona afectada por la violación del derecho podía interponer el juicio de amparo. La primera fue el 6 de junio de 2011, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011#gsc.tab=0; la segunda fue la promulgación de la nueva Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lamp/LAmp_abro_02abr13.pdf.

5 En la primera sentencia sobre el cannabis en 2015, se plantea una discusión sobre la constitucionalidad de diversas normas de la Ley General de Salud, en donde se establece la prohibición del consumo de marihuana. En la petición que hacen las y los quejosos, se considera que un sistema que proscribe el uso del cannabis es básicamente un régimen prohibicionista que atenta contra la libertad de las personas y el desarrollo de la personalidad: “En el caso concreto, es necesario recordar que la medida cuya constitucionalidad se analiza es el ‘sistema de prohibiciones administrativas’ configurado por los artículos impugnados, el cual forma parte del marco regulatorio previsto en la Ley General de Salud sobre el control de estupefacientes y psicotrópicos”. SCJN, Amparo en revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015, p. X, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-12/Resumen%20AR237-2014%20DGDH.pdf>.

6 La SCJN ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre el aborto, en la que se destaca la condición de desigualdad de las mujeres y personas gestantes. La primera sentencia sobre el aborto emitida por el alto tribunal mexicano data del año 2000, en la Acción de Inconstitucio-

Igualdad y no discriminación en el sistema mexicano

El desarrollo de la protección jurídica de la igualdad y no discriminación de las personas en México forma parte de la historia contemporánea y de la evolución del paradigma constitucional mexicano. Dicho itinerario no es ajeno a muchas de las luchas sociales que se han dado en la humanidad por mejorar las condiciones de desigualdad económica y desventaja social. Como se ha señalado por la doctrina, “la lucha contra las discriminaciones, fundadas en las desigualdades, forman parte de las tareas constitutivas de una sociedad democrática”.⁷ En este sentido, se advierte en México un evidente itinerario político y social por el cumplimiento de la igualdad en diversos espacios, donde se perciben voces que proclaman la falta de mecanismos de protección contra la falta de acceso a la justicia, y escasos modelos regulatorios para la erradicación de la desigualdad social.⁸ Como lo ha señalado Mariclaire Acosta: “es urgente la construcción de un Estado democrático de derecho, si queremos combatir eficazmente la discriminación”.⁹

nalidad 10/2000. Sin embargo, la primera sentencia que marca un hito en la historia de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres en México fue la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, donde se estableció que el aborto realizado durante las primeras doce semanas de gestación no es punible, ni va en contra del derecho a la vida, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=91638>. En las últimas sentencias sobre aborto, como en el Amparo en revisión 267/2023 se plantea un análisis donde se consideran las múltiples discriminaciones que viven las mujeres y personas gestantes: “Esta primera Sala no puede soslayar que la resolución del presente asunto necesariamente involucra una *mirada interseccional* en torno al tema del aborto, ya que esta problemática se enmarca en un contexto de profunda desigualdad, marginación y precariedad en el que se encuentran muchas mujeres en nuestro país”; SCJN, *Amparo en Revisión 267/2023*, p. 19, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2023-08/230830-AR-267-2023.pdf.

7 Alain Renaut, *Égalité et discriminations (Un essai de philosophie politique appliquée)*, París, Seuil, 2007, p. 12.

8 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado sobre México: “El reto del Estado mexicano es cerrar la brecha existente entre su marco normativo y su apoyo irrestricto a los derechos humanos con la realidad que experimentan un gran número de habitantes cuando buscan una justicia pronta y efectiva. Por lo tanto, el gran desafío del Estado radica en romper el ciclo de impunidad imperante a fin de lograr una efectiva prevención, investigación, procesamiento y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos”. CIDH, *Situaciones de derechos en México*, 31 de diciembre de 2015, párr. 13, p. 14, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>.

9 Mariclaire Acosta Urquidí, “La discriminación de grupos en situación de vulnerabilidad y su desprotección frente a la violencia”, en *Miradas a la discriminación*, México, Conapred, 2012, p. 428.

Estos nuevos espacios de reconocimiento de los derechos establecieron escenarios políticos inéditos que mostraron la diversidad del sistema social mexicano, y la necesidad de un marco regulatorio que brindara las condiciones necesarias para proteger los derechos de la diversidad del tejido social mexicano. Como se ha señalado en este texto, las luchas contra la discriminación y los debates sobre su protección quedaron plasmados en la Reforma Constitucional del 14 de agosto de 2001, en el párrafo tercero del artículo 1.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La inclusión de la cláusula de no discriminación en 2001 es uno de los más importantes logros de la sociedad mexicana, que ha alcanzado el desarrollo de un corpus legal que ha brindado herramientas de protección a diversos grupos sociales, tales como las infancias, personas de la diversidad sexual, personas adultas mayores, personas con discapacidad, migrantes, hasta llegar a la protección de derechos sociales. En el debate legislativo de 2001 sobre la inclusión de la cláusula de no discriminación se advierten diversas posturas sobre la cuestión indígena y la afectación a sus derechos, pero, sobre todo, a sus condiciones de pobreza y marginación social.

El reclamo de los pueblos indígenas por un país diverso, que proscribiera el racismo y la discriminación, es muestra palmaria de la falta de un programa gubernamental que atendiera las condiciones de marginación que aquejan a estas comunidades. Por eso, la inclusión de la cláusula antidiscriminación ha sido esencial en la consolidación de una cultura del respeto a la diversidad y del planteamiento de nuevos espacios de protección de derechos humanos de personas vulnerables.

El reconocimiento de la cláusula de no discriminación en el sistema mexicano significó un parteaguas en la protección de los derechos de igualdad. Los criterios legales de protección de la igualdad y la no discriminación han consolidado un nuevo enfoque de protección de los derechos y, sobre todo, han mostrado la necesidad de construir nuevos marcos institucionales, donde se incluyan políticas públicas a fin de proteger los derechos de las personas.

En este apretado recuento sobre el itinerario de la protección de la igualdad, se debe destacar la importancia del andamiaje legal que se fue construyendo en los años posteriores a la reforma constitucional de 2001. Algunas de las leyes más importantes, que siguieron una idea central, son: Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación;¹⁰ Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres;¹¹ Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia;¹² Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.¹³

Dentro del modelo de protección de los derechos humanos en México, y, sobre todo, de las garantías de protección de la igualdad y no discriminación, ha resultado esencial la inclusión de la cláusula de no discriminación en 2001, y posteriormente la promulgación de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011.¹⁴ En esta última, se advierte una transformación cualitativa del paradigma constitucional. En la reforma señalada se inserta un nuevo horizonte de los derechos humanos, al incluir en el catálogo aquellos establecidos en los tratados internacionales, así como importantes herramientas de interpretación como la interpretación conforme y

10 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPED.pdf>.

11 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIMH.pdf>.

12 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2007, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf>.

13 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2012, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf>.

14 El artículo primero de la Constitución resulta esencial en el marco de protección de los derechos humanos de las personas: “Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. // Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. // Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

el principio pro persona.¹⁵ También se incluyó en el catálogo de categorías sospechosas, ya consignadas en la Reforma Constitucional de 2001, la de “preferencias sexuales”.

De lo anterior, se advierte el enfoque de grupos vulnerables y de respeto al sistema internacional de derechos humanos en el nuevo sistema constitucional mexicano.¹⁶ A continuación, se hará un breve bosquejo del nuevo panorama internacional del sistema mexicano que será determinante en la protección del principio de igualdad y no discriminación.

El contexto internacional en México y el sistema interamericano de derechos humanos

Los rasgos contemporáneos del modelo constitucional mexicano sobresalen por su apertura al sistema internacional de derechos humanos y las nutridas narrativas de protección de personas en estado de vulnerabilidad que se han conformado en los últimos años, especialmente después de la Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011.

La tradición nacionalista del sistema mexicano fue evidente en las grandes discusiones del sistema internacional, y la tradición internacional empujó a una consideración de respeto hacia la Constitución mexicana y la subordinación a esta de los tratados internacionales de derechos humanos. En principio, el espíritu humanista que animó la Constitución de 1917 fue esencial en la creación de un paradigma constitucional que aseguraba la existencia de pilares básicos sobre derechos sociales. Sin embargo, la transición del sistema político en el nacimiento del siglo XXI fue decisiva para un nuevo escenario de protección de los derechos humanos y, como corolario de lo anterior, fue la apertura al sistema internacional de tales derechos.

Al menos tres fenómenos fueron determinantes en el nuevo escenario de protección de los derechos humanos de las personas en México, que permite entender la influencia del sistema interamericano en las diversas narrativas políticas y sociales de la protección de personas vulnerables: 1) la

15 Los nuevos párrafos segundo y tercero del artículo primero constitucional son fundamentales en el modelo constitucional mexicano.

16 Se debe señalar que la Reforma Constitucional de 2011 tuvo una importante participación de grupos de la sociedad civil y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México. Para un examen más acucioso de la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011, véase Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 429.

firma de numerosos tratados internacionales de derechos humanos y la consolidación de una auténtica política exterior a favor del respeto de estos;¹⁷ 2) la Reforma Constitucional de no discriminación y pueblos indígenas del 14 de agosto de 2001; 3) las seis sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que se impusieron a México entre 2008 y 2011. Las sentencias internacionales que fueron llegando a México desde 2008 fueron esenciales para la identificación de los problemas estructurales del marco regulatorio.

Una cuestión esencial en el paradigma mexicano fue el reconocimiento de la facultad contenciosa de la Corte IDH el 8 de diciembre de 1998.¹⁸ Esto permitió la posibilidad de que las víctimas pudieran litigar sus asuntos ante el sistema interamericano. El abanico de temas planteados ante el modelo regional por parte de las víctimas ha sido esencial en los espacios públicos mexicanos y ha empujado cambios institucionales en el sistema constitucional mexicano.¹⁹ Los fallos interamericanos dibujan las falencias estructurales de dicho sistema: la falta de recursos legales en el ámbito electoral, con la figura de las candidaturas independientes como elemento central;²⁰ la violencia estructural contra las mujeres;²¹ falta de acceso a la justicia de las víctimas y desaparición forzada;²² violencia contra

17 “A partir de 2000 la cancillería mexicana comenzó a desarrollar una verdadera política exterior de derechos humanos; es decir, una política que contó con las cualidades de intención, agenda y sistematicidad”; Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Ana Covarrubias Velasco, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 22.

18 DOF, Decreto por el que se aprueba la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de diciembre de 1998, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4902104&fecha=08/12/1998#gsc.tab=0.

19 Una obra que analiza las sentencias de la Corte IDH contra México es: SCJN, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Caso Martín del Campo al Caso Digna Ochoa*, México, SCJN, 2022, p. 403.

20 Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No. 184. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

21 Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

22 Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 209, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

mujeres indígenas por parte de miembros del ejército mexicano,²³ y la persecución a defensores del territorio.²⁴

Como se nota, una de las características esenciales de los fallos interamericanos en este periodo se concentra en problemas de desigualdad estructural y de múltiples procesos de discriminación. No es el espacio para abordarlo, pero vale la pena señalar que las sentencias interamericanas establecieron auténticos programas de política pública en materia de víctimas y perspectiva de género. Asimismo, las narrativas del sistema interamericano empujaron, al menos, dos cuestiones esenciales, después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, en las líneas jurisprudenciales de la SCJN: la utilización del control de convencionalidad y el uso cada vez más extenso de los estándares de derechos humanos del sistema interamericano para grupos sociales en estado de vulnerabilidad.²⁵ Del primer aspecto, merece destacarse el uso cada vez más sostenido del control de convencionalidad por parte del Poder Judicial mexicano, tanto a nivel local como federal, y en las sentencias de la Suprema Corte mexicana, a partir de la sentencia *Radilla Pacheco vs. México*, que consolidó la figura de la convencionalidad.²⁶ Con este fallo interamericano,²⁷ la Suprema Corte tuvo que pronunciarse sobre la naturaleza de las obligaciones convencionales de México ante el sistema interamericano, y la naturaleza de las sentencias de la Corte IDH. Esto fue necesario para

23 Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 215, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf, y Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 216, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

24 Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Internacional/Casos/1.pdf>.

25 El impacto del sistema interamericano en el sistema de derechos humanos y el uso de los estándares de derechos humanos en el paradigma mexicano ha sido desarrollado en mi investigación: Mario Cruz Martínez y Tamara Hernández Juárez, “El acceso a la justicia en México, destruyendo las barreras y rediseñando medios para garantizarlo”, en *Derecho de acceso a la justicia (Aportes para la construcción de un acervo latinoamericano)*, Santiago de Chile, CEJA, 2017, pp. 119-166.

26 Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, cit., párr. 339.

27 De los propios párrafos 337 a 342 del fallo interamericano se establecen obligaciones para el Poder Judicial mexicano en materia de control de convencionalidad.

brindar un criterio de interpretación sobre el sistema interamericano al poder judicial mexicano.

Los criterios emitidos por el alto Tribunal mexicano y que son decisivos en el ámbito del control de convencionalidad y en la naturaleza de las sentencias interamericanas en el sistema de interpretación judicial, fueron el Expediente Varios 912/2010²⁸ y la Contradicción de Tesis 293/2011. En el primer criterio se establecen diferentes reflexiones sobre “si el Poder Judicial de la Federación debe atender la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco”.²⁹ En la conclusión de este pronunciamiento de la Suprema Corte, por mayoría de votación (siete votos de once), se planteó que el Poder Judicial de la Federación se orientará, en posteriores interpretaciones constitucionales sobre jurisdicción militar, por los criterios contenidos en la jurisprudencia interamericana.³⁰

La discusión que abrió el Expediente Varios 912/2010 en el sistema judicial mexicano fue de amplias consecuencias; la discusión sobre la obligación de realizar el control de convencionalidad y de que el Poder Judicial mexicano se “orientara” por las sentencias de la Corte IDH provocó que algunos tribunales consideraran los estándares interamericanos, y que otros no los analizaran al ser solamente “orientadores”. Por ello, dicha contradicción de interpretaciones llegaría al Alto Tribunal, que quedó plasmada en la Contradicción de Tesis 293/2011.³¹

En la contradicción de tesis en mención se plantearon dos cuestiones que debían ser resueltas por el Alto tribunal: “i. La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación a la Constitución; y ii. El carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.³²

La solución de la Corte mexicana es importante en materia de protección de derechos humanos. Por una parte, se señala que los derechos

28 SCJN, Expediente Varios 912/2010, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf.

29 SCJN, Expediente Varios 912/2012, p. 2.

30 SCJN, Expediente Varios 912/2010, p. 57.

31 SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf>.

32 *Ibid.*, p. 18.

humanos reconocidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales, “no se relacionan entre sí en términos jerárquicos”³³ y esto se debe al propio espíritu de la Reforma Constitucional de 2011. Precisamente, una de las principales aportaciones de la Reforma en comento fue “la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional”.³⁴ En lo que concierne a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH en el sistema mexicano se concluyó que “los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan vinculantes para los jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio, toda vez que dotan de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.³⁵

Como se advierte, con el fallo de la Corte mexicana se logra establecer un modelo de interpretación en materia de derechos humanos que permite el uso de los estándares y las metodologías desarrollados por el tribunal interamericano.

Líneas de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación

Desde el Poder Judicial mexicano se han desarrollado diversos principios de protección de personas pertenecientes a grupos vulnerables, que serán desarrollados en las siguientes páginas y que, como se ha señalado, tienen su raíz en la interpretación de diversas metodologías relacionadas con el principio de igualdad y no discriminación, originada en los cambios constitucionales de 2001 y 2011 en materia de libertades fundamentales. El estudio de estas líneas requiere de algunos comentarios.

Como se advertirá, la labor de los tribunales mexicanos, e incluso de la propia Suprema Corte de Justicia de México, ha sido variopinta en cuanto al análisis del principio de igualdad y no discriminación. En el desarrollo de las líneas jurisprudenciales del alto Tribunal se advierten diferentes enfoques. Inicialmente se realizó una delimitación conceptual del principio de igualdad y se advirtieron dos cuestiones. Por una parte, se señaló que el principio consagrado por la Constitución mexicana no establece una

33 *Ibid*, p. 30.

34 *Ibid*, p. 32.

35 *Ibid*, pp. 63-64.

“igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley”.³⁶ Además, se destacó “su carácter complejo en tanto (que) subyace a toda la estructura constitucional”.³⁷

Como se advierte, el paradigma de la igualdad y no discriminación está en construcción. Esto ha requerido la labor de la academia para identificar los elementos que serán representativos en el modelo mexicano. Hasta hace algunos años se echaba de menos la falta de un desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la no discriminación.³⁸ Sin embargo, en los últimos años, se está configurando una auténtica teoría sobre la no discriminación, o las bases de un derecho antidiscriminatorio en México.³⁹

En los últimos años, debido a la evolución jurisprudencial en el sistema mexicano, se ha afirmado que

... en la cultura legal mexicana existe un vacío en la dogmática del derecho contra discriminación, y, por tanto, existen pocos referentes teóricos a los que pueda adherirse la práctica judicial. Así, la Suprema Corte en México ha lidiado con estas indefiniciones, y ha vacilado entre adherirse a la tradición anglosajona o a la europea, buscando aminorar las brechas de desigualdad que permean códigos y leyes.⁴⁰

Esta perspectiva de considerar figuras de diversa tradición jurídica se advierte claramente en el uso de algunas herramientas de interpretación, como en el uso del test de proporcionalidad. En algunas sentencias, la Corte mexicana se decanta por la utilización de la figura de proporcionalidad, y el uso de la perspectiva teórica europea, y en otros casos, se hace un uso del

36 SCJN, “Derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación. Metodología para el estudio de casos que involucren la posible existencia de un tratamiento normativo diferenciado”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Primera Sala, tesis aislada 1a. CXXXVIII/2005, tomo XXII, noviembre de 2005, p. 40, registro digital 176705.

37 Esta tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte mexicana data del año 2008 y lleva por título: “Principio general de igualdad. Su contenido y alcance”. Véase, SCJN, *Amparo Directo en Revisión 1387/2012*, pp. 29-30, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=139091>.

38 Carlos De la Torre Martínez, “Prólogo”, en *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM, 2006, p. XI.

39 Véase como ejemplo de una iniciativa para organizar el estado de la cuestión, el libro de Ana María Ibarra Olguín, *Discriminación (Piezas para armar)*, México, SCJN, 2021, p. 381.

40 Ibarra Olguín, “Nota introductoria”, en *Discriminación (Piezas para armar)*, *op. cit.*, p. XVI.

test de escrutinio, expresando el enfoque teórico anglosajón. En cuanto al uso de la herramienta de proporcionalidad en el sistema mexicano, se puede destacar su empleo en el famoso Amparo sobre la Marihuana, para identificar la naturaleza de la restricción al consumo del cannabis y su impacto en el desarrollo de la personalidad de las personas consumidoras.⁴¹ En lo que concierne el uso del test de escrutinio, de ascendencia anglosajona, se puede citar el Amparo en Revisión 152/2013. En dicho fallo de la Corte mexicana, se plantea un litigio propuesto por varias parejas del mismo sexo, que alegan la inconstitucionalidad del artículo 1⁴³ del Código Civil de Oaxaca, que establecía el contrato de matrimonio solo entre un hombre y una mujer, con la finalidad de perpetuar la especie. Para identificar si la exclusión que hacía el mencionado artículo del Código Civil es una distinción injustificada, la Corte utiliza el test de escrutinio.⁴²

A pesar de esa espaciosidad que ocupa el principio de la igualdad y no discriminación en las narrativas jurisprudenciales de la SCJN, su eficacia es notable en la protección de derechos humanos de personas vulnerables. Un ejemplo notable en la lucha de los derechos de personas desfavorecidas es la sentencia sobre trabajo doméstico de la SCJN de 2018.⁴³ En dicha

41 “La doctrina especializada ha señalado que los derechos fundamentales y sus respectivos límites externos operan como *principios*, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda del test de proporcionalidad. Así, para que sean constitucionales las intervenciones que se realizan al amparo de un límite al libre desarrollo de la personalidad, éstas deben cumplir con ciertas características: la medida legislativa debe ser *idónea* para proteger los derechos de terceros y/o el orden público; y no debe limitar de manera *innecesaria y desproporcionada* este derecho fundamental. Dicho de otra manera, la medida analizada tiene que superar un examen de proporcionalidad en sentido amplio”; SCJN, Amparo en Revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015, pp. 42-43, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%20237-2014%20v.%20p%20C3%20BAblica%20PDF.pdf>.

42 “Una vez establecido que la norma hace una distinción basada en las categorías sospechosas del sexo y las preferencias sexuales, corresponde realizar un escrutinio estricto de la medida legislativa. Esta Primera Sala estima conveniente hacer una explicación de la forma en la que se tiene que realizar el test de igualdad en estos casos para poder clarificar las diferencias que existen entre un escrutinio ordinario y el que debe aplicarse a las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa”; SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, 23 de abril de 2014, p. 56, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=150476>.

43 Véase mi trabajo, Mario Cruz Martínez y Tamara Hernández Juárez, “La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social en México: el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las mujeres trabajadoras del hogar, amparo 9/2018”, en *Diálogo sobre*

sentencia se considera la discriminación indirecta como una herramienta esencial para advertir los procesos de desigualdad estructural que sufren las mujeres trabajadoras del hogar, y que afecta sus posibilidades de gozar de un derecho pleno a la seguridad social.⁴⁴

En los últimos años, se constata por parte del Poder Judicial mexicano, una vertiente de protección de los grupos vulnerables, en especial con la utilización de las herramientas y metodologías de la igualdad y no discriminación. Este cambio sustancial del modelo mexicano también viene con la importancia que las y los ministros de la Corte mexicana han dado a la protección de los derechos humanos de igualdad y no discriminación. Como lo señaló un presidente de la SCJN:

En la actualidad, en el tribunal constitucional de nuestro país partimos del reconocimiento de que las diferencias entre los seres humanos son el primer peldaño hacia la consecución de una igualdad sustantiva, la cual exige que, a pesar de las diferencias de hecho entre las personas, todas deben gozar de los mismos derechos y prerrogativas. Por su parte, el concepto de *diferencia* exige el reconocimiento de la pluralidad y que se asuma la diversidad individual para, a partir de ahí, tutelar y respetar el ejercicio de los mismos derechos en atención al principio de igualdad. Por ende, la igualdad y la diferencia son conceptos que se exigen mutuamente.⁴⁵

Después del estudio de algunas de las discusiones sobre la protección de la igualdad y no discriminación por parte de la Suprema Corte mexicana, se señalarán algunos de los fallos constitucionales que evidencian la evolución de las metodologías de estos derechos en México.

la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina, Chile, CEJA, 2019, pp. 117-140.

44 En el fallo citado, el propio tribunal constitucional señala: “El régimen social propuesto debe tomar en cuenta las particularidades del trabajo doméstico. Es decir, como lo ha determinado esta Corte Constitucional, las especificidades de la labor doméstica implican que tales trabajadoras sean consideradas como un ‘grupo de difícil cobertura’”. SCJN, Amparo Directo 9/2018 (Relacionado con el Amparo Directo 8/2018), p. 49, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/Sentencia%20AD%209-2018%20PDF.pdf>.

45 Juan N. Silva Meza, “Igualdad y no discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Miradas a la discriminación*, México, Conapred, 2012, p. 389.

Las metodologías de la igualdad y no discriminación

La SCJN ha establecido diversos criterios sobre el derecho humano a la igualdad, que atienden a la propia naturaleza de dicha categoría y que van a establecer las bases del funcionamiento de otros conceptos fundamentales, tales como categorías sospechosas, razonabilidad, discriminación directa e indirecta. Dicho con otras palabras, la configuración de un entramado de protección de la igualdad y no discriminación permitirá comprender el funcionamiento de otras herramientas que cobrarán protagonismo en el sistema constitucional mexicano y que cada vez tienen mayor ascendencia en la protección de los derechos humanos de grupos sociales en estado de vulnerabilidad: test de proporcionalidad, perspectiva de género, visión intercultural, justicia interseccional.

Los primeros fallos sobre el principio de igualdad en el sistema jurisprudencial mexicano establecieron algunos criterios generales sobre la igualdad.⁴⁶ Por ejemplo, en el Amparo 543/2003⁴⁷ se consideró el principio de igualdad, en relación con el enfoque de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Según los numerales 67 y 68⁴⁸ de la Ley de Población, las personas extranjeras que quisieran realizar matrimonio con nacional mexicano deberían obtener el permiso de la Secretaría de Gobernación. Señala el alto Tribunal mexicano, “que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad”.⁴⁹ Por ello concluye:

De ahí que si la calidad de extranjero es jurídicamente distinta a la de mexicano, situación que la propia Constitución Federal reconoce, ello deriva en que el mexicano y el extranjero que pretenden celebrar el acto jurídico del

46 Sobre el enfoque de las diferentes épocas de las sentencias mexicanas sobre igualdad, véase Francisca Pou Giménez, “Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte”, en Ibarra Olgún, *Discriminación (Piezas para armar)*, *op. cit.*, p. 323 y ss.

47 SCJN, Amparo en Revisión 543/2003, Quejosos: ***** y Coagraviada, pp. 30-31, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=56326>.

48 El artículo 68 de la Ley de Población señalaba: “Los jueces u oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país, excepto los registros de nacimiento en tiempo, y de defunción, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos, deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación. En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere este artículo y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado. Los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscribirán en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a su realización”.

49 SCJN, Amparo en Revisión 543/2003, p. 40.

matrimonio, se encuentren en diversa situación de hecho, de la que se encuentran los mexicanos para los mismos efectos, y por tanto el trato diferenciado está apegado al texto fundamental.⁵⁰

Otra cuestión que es importante en el estudio de la igualdad, y que tendrá su espacio junto al enfoque de la igualdad formal y la atención a la desigualdad estructural de personas vulnerables, es la vertiente de análisis que coloca a la dignidad de las personas como un elemento básico para la utilización de las herramientas de la igualdad y no discriminación. En este sentido, en el examen de las sentencias de la SCJN se ha considerado la trascendencia de la categoría de igualdad como “un principio inherente a la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona”.⁵¹ Este criterio, desarrollado ampliamente por la Corte mexicana, es resultado de un pleno diálogo con el sistema interamericano, especialmente a partir del Amparo en Revisión 796/2011 que reconoce los criterios de la Opinión Consultiva OC-4/84 (Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización).⁵²

En este sentido, se puede señalar un criterio jurisprudencial desarrollado por el alto Tribunal mexicano respecto a la interpretación del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En este fallo se señala que “la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.⁵³ Además, se plantea la importancia de reconocer en el modelo de igualdad, la naturaleza de las distinciones que se puedan realizar en el ámbito de los derechos. En ese sentido, se expone que “las distinciones constituyen diferencias compatibles con dicha Convención por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las

50 *Ibid.*, p. 46.

51 SCJN, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, Primera Sala, 13 de noviembre de 2013, párrafo 24, p. 17.

52 SCJN, Amparo en Revisión 796/2011, párrafo 90, https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/-jlp3ngB_UqKst8oFvEl/%22Testigos%20de%20Jehov%C3%A1%22.

53 SCJN, “Igualdad jurídica. Interpretación del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis 1ª/J.49/2016 (10ª), octubre de 2016, tomo I, p. 370.

discriminaciones constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”.⁵⁴

En un criterio jurisprudencial de 2017 se esbozan los elementos que conforman el derecho humano a la igualdad. Por una parte, la igualdad formal y, en segundo lugar, la igualdad sustantiva. El alcance de cada una de estas modalidades merece ser señalado. Sobre la igualdad formal, la Corte mexicana plantea la necesidad de establecer medidas de protección “contra distinciones o tratos arbitrarios y se compone a su vez de la igualdad ante la ley”;⁵⁵ sobre la igualdad sustantiva, se busca establecer un sistema efectivo de oportunidades en el goce de derechos, y, si fuera el caso, “remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos”.⁵⁶

Nuevas metodologías de interpretación

El test de proporcionalidad ha sido una herramienta esencial en la identificación de las distinciones o aparentes discriminaciones establecidas en las normas constitucionales o en leyes mexicanas. La doctrina lo ha señalado como una herramienta eficaz para identificar el grado de razonabilidad de las distinciones establecidas por los marcos regulatorios y sobre todo “para determinar la validez de sus restricciones”.⁵⁷

Como se ha señalado por la literatura especializada,

... el proceso de incorporación del test de proporcionalidad en México ha sido un proceso paulatino y reciente, hasta el 2004 la SCJN utilizó este método de interpretación para resolver una colisión de principios (amparo en revisión 988/2004) y, finalmente, sería en el 2007 cuando esta herramienta adquiriría un carácter vinculante y genérico gracias a la jurisprudencia P./J. 130/2007 del Pleno de la SCJN.⁵⁸

54 *Idem.*

55 SCJN, “Derecho humano a la igualdad jurídica. Diferencias entre sus modalidades conceptuales, Primera Sala”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis 1ª/J. 126/2017 (10ª), diciembre de 2017, tomo I, p. 119.

56 *Idem.*

57 Diana Beatriz González Carvallo, “Presentación”, en *El test de proporcionalidad (Convergencias y divergencias)*, *op. cit.*, p. XVII.

58 Frida Daniela Ibarra Olguín, “La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *El test de proporcionalidad (Convergencias y divergencias)*, *op. cit.*, p. 194.

En este sentido, se ha consolidado un buen número de fallos judiciales y, especialmente, una doctrina constitucional muy nutrida ha mostrado la importancia de una herramienta de interpretación, como el test de proporcionalidad. La propia Corte mexicana ha identificado el espíritu de la figura analizada:

La limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.⁵⁹

Precisamente, uno de los criterios que resultan esenciales en cuanto a la intensidad del test ha sido definido por el alto Tribunal mexicano: “Cuando la distinción impugnada se apoya en una ‘categoría sospechosa’ debe realizarse un *escrutinio estricto* para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad”.⁶⁰

A continuación, se comentarán de forma breve algunos criterios que han sido parte de la evolución jurisprudencial del test de proporcionalidad.

En el Amparo Directo en Revisión 988/2004, la SCJN utiliza el test de proporcionalidad para identificar si dos normas penales hacen distinciones constitucionalmente válidas al establecer medidas que sustituyan la prisión.⁶¹

59 El párrafo transcrito se encuentra en la acción de inconstitucionalidad 2/2014, p. 43, citado por González Carvallo, “Introducción”, en *El test de proporcionalidad (Convergencias y divergencias)*, *op. cit.*, p. XVIII.

60 SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, sesionado el 5 de diciembre de 2012, p. 30, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>. Otro caso donde se aplica el mismo test de escrutinio estricto: SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/A.I.%208-2014%20PDF.pdf>.

61 El artículo 70 del Código Penal Federal señalaba: “La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o III. Por multa, si la prisión no excede de dos años. La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio.

Sin embargo, se pueden señalar dos criterios establecidos por la Corte mexicana que muestran el desarrollo del principio de proporcionalidad.⁶² Por una parte, la tesis jurisprudencial planteada en 2007, donde se señala que

... de los criterios emitidos por la SCJN se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales.⁶³

Dicha tesis jurisprudencial demuestra una visión importante sobre la proporcionalidad en el sistema mexicano, considerando que aún no se encontraba el diseño constitucional que planteó la Reforma Constitucional de 2011. Pero la sentencia que vendrá a establecer los elementos fundamentales del principio de proporcionalidad en el paradigma mexicano será la Acción de Inconstitucionalidad 2/2014. En este fallo se estableció:

De la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, entendida desde un punto de vista integral, se desprende que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, implica que la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del

Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código”.

62 Se sigue la línea jurisprudencial planteada en Rubén Sánchez Gil, “Proporcionalidad y juicio constitucional en México”, en *El test de proporcionalidad (Convergencias y divergencias)*, op. cit., pp. 41-43.

63 SCJN, “Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis, P/j.130/2007, https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/_PhwMHYBN_4klb4HQAc0/*.

derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.⁶⁴

A partir de esta sentencia, el test de proporcionalidad será una herramienta totalmente definida en la actividad hermenéutica del Poder Judicial mexicano.

Igualdad, grupos vulnerables y sistema interamericano

En el análisis del principio de igualdad y su evolución en las narrativas jurisprudenciales de la Suprema Corte de México, se debe considerar la edificación de un corpus judicial que ha brindado protección jurídica a grupos sociales en estado de vulnerabilidad. Ya en otros trabajos de nuestra autoría se ha planteado un estudio sobre el acceso a la justicia de personas vulnerables.⁶⁵ En dichas investigaciones se identificó el impacto de los estándares interamericanos en sentencias sobre acceso a la justicia, resoluciones de organismos autónomos de derechos humanos y de algunas políticas públicas de México.

Como ya se ha señalado en este trabajo, el paradigma constitucional mexicano ha establecido un macizo entramado de protección jurídica a los procesos de discriminación y un auténtico enfoque judicial de protección de esta importante categoría. Además, como se mencionó, los estándares de derechos humanos establecidos en los tratados internacionales sobre la materia, especialmente del sistema interamericano, forman

64 DOF, Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2014 y votos concurrente y particular formulados por los ministros José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas, lunes 23 de marzo de 2015, p. 74.

65 Una de las conclusiones que se obtuvo en la investigación fue: “El nuevo panorama de la justicia en México presenta retos determinantes para cualquier sistema institucional contemporáneo: incorporación efectiva de principios del sistema internacional de derechos humanos en el modelo nacional, nuevos aparatos judiciales e institucionales funcionales y eficientes, mecanismos efectivos del reparación del daño, legislación efectiva en materia de víctimas, y una nueva cultura de la legalidad y constitucionalidad, por mencionar algunos de los más importantes”; Mario Cruz Martínez y Tamara Hernández Juárez, “El acceso a la justicia en México, destruyendo las barreras y rediseñando medios para garantizarlo”, en *Derecho de acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano*, *op. cit.*, p. 121. También se examinó el enfoque de los estándares de derechos humanos del sistema interamericano en el paradigma mexicano, considerando algunos grupos vulnerables en Mario Cruz Martínez y Tamara Hernández Juárez, “Access to Justice in Mexico: Vulnerable Groups and the New Language of Human Rights”, en *Equal Access to Justice for All and Goal 16 of the Sustainable Development Agenda: Challenges for Latin America and Europe*, *op. cit.*, pp. 251-284.

parte de las herramientas esenciales del sistema protección de los derechos humanos de personas vulnerables. Esto ha permitido un auténtico diálogo entre el sistema interamericano y el marco constitucional mexicano. Sin embargo, se debe considerar la importancia de los principios y las herramientas del sistema constitucional mexicano, especialmente, la consolidación vía jurisprudencial del parámetro de regularidad constitucional, donde se incluyen derechos humanos de fuente nacional e internacional. Además, el uso de la interpretación conforme y el principio pro persona han sido esenciales en la armonización o incorporación de los principios del paradigma internacional. En otras palabras, el diseño constitucional mexicano ha permitido el diálogo jurisprudencial, y lo ha potenciado a sistemas de adjudicación efectivos en materia de vulnerabilidad y de nuevos enfoques de examen conceptual.

En este sentido, se han planteado importantes fallos judiciales que, utilizando herramientas de interpretación y categorías del sistema interamericano, han contribuido a la protección de derechos de las mujeres,⁶⁶ infancias,⁶⁷ pueblos indígenas,⁶⁸ personas con discapacidad,⁶⁹ por mencionar algunos de los grupos más emblemáticos de las líneas jurisprudenciales de México. En cada uno de estos fallos, se advierte el uso de los estándares

66 Obligación de juzgar con perspectiva de género: SCJN, Amparo Directo en Revisión 5999/2016, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-06/ADR-5999-2016-170605.pdf. En esta sentencia se considera la obligación de juzgar con perspectiva de género como un “deber de impartir justicia *sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres*. [...] La importancia de este reconocimiento estriba en que, de él surgirá la posibilidad de que quienes tengan encomendada la función de impartición de justicia, *puedan identificar las discriminaciones que de derecho o de hecho pueden sufrir las mujeres, ya sea directa o indirectamente, con motivo de la aplicación del marco normativo e institucional mexicano*”, pp. 25-26.

67 Por ejemplo, en el Amparo en Revisión 420/2021, en relación con un caso sobre los derechos de niños en el marco de la pandemia del covid-19, se destacó la importancia de la protección del interés superior de la infancia, y que “la Corte Interamericana entiende que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes tiene su fundamento en la dignidad de la persona, en las características propias de los menores y en la necesidad de potencializar su pleno desarrollo, así como en la naturaleza y los alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”; SCJN, Amparo en Revisión 420/2021, p. 20, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2021-12/AR-420.pdf.

68 Derecho a la consulta previa e informada: SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 50/2022, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5702675&fecha=22/09/2023#gsc.tab=0.

69 SCJN, Amparo en Revisión 420/2021, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=288058>.

de derechos humanos del sistema interamericano, y de otros tratados de derechos humanos, con la finalidad de proteger de forma efectiva a grupos sociales desaventajados.

Dentro de la evolución del sistema de protección judicial de grupos sociales en estado de vulnerabilidad se destacan dos grandes temáticas que son parte de la discusión política y social de México. Una es la referida al matrimonio igualitario y la otra es la que trata sobre el aborto. Cada uno de estos asuntos ha planteado importantes debates, y hasta controversias, en el sistema constitucional mexicano y en la agenda pública. El examen de cada uno plantea referencias significativas a los modelos de igualdad y del ejercicio efectivo de las libertades públicas.

En cuanto a la discusión judicial sobre el matrimonio igualitario, se debe señalar la primera sentencia que analizó dicha cuestión. Precisamente, la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010⁷⁰ promovida por la Procuraduría General de la República ante la Suprema Corte mexicana por la modificación legislativa hecha por la Asamblea de Representantes a finales de 2009, que cambió diversas disposiciones del Código Civil de la Ciudad de México. La discusión central que realizó el Tribunal mexicano fue sobre dos disposiciones, los artículos 146 y el 391 del Código.⁷¹ Por una parte, los cambios realizados al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal⁷² donde se estableció: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”,⁷³ y el artículo 391 del mismo Código que permitía la adopción a matrimonios del mismo sexo.⁷⁴

70 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, https://bj.scjn.gob.mx/doc/ejecutoria/sHasl3cBN_4klb4HEKxv/*/documento.

71 Las sesiones de la Suprema Corte sobre esta Acción de Inconstitucionalidad pueden verse en: <https://www.youtube.com/watch?v=OihDhWhUs9A&t=253s>.

72 Actualmente, Ciudad de México.

73 *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, p. 525, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Eliminados/wo42876.pdf>.

74 “Artículo 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior”.

El aspecto que debe destacarse del fallo del Tribunal mexicano fue el análisis de igualdad y no discriminación que hizo del matrimonio igualitario, en relación con las libertades de las personas del mismo sexo que buscaran contraer matrimonio; además, en lo que concierne a la adopción, el problema que se suscitaba era si el matrimonio igualitario vulneraba los derechos de los niños; es decir, la discusión era si las uniones entre personas del mismo sexo que adoptaran no afectaba el interés superior de la infancia.

Con la modificación señalada, el Código Civil del Distrito Federal abandonó la consideración de que el matrimonio era la unión heterosexual y planteó una discusión de igualdad efectiva. La discusión de la Suprema Corte fue amplia y logró el establecimiento de un debate jurídico sobre la institución del matrimonio, y la posibilidad de que las y los cónyuges pudieran adoptar sin restricción alguna. La resolución del alto Tribunal validó las reformas realizadas a la normatividad de la Ciudad y señaló de forma categórica:

Esta Suprema Corte estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que en un momento histórico dado existía, más no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador al aprobar la reforma legal impugnada, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislado ordinario, como tampoco que sea el matrimonio entre un hombre y una mujer, el medio para construir una familia “ideal”.⁷⁵

La Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 fue esencial en la discusión de los derechos humanos de igualdad y de la diversidad sexual, y específicamente respecto al matrimonio igualitario, que abrió una importante línea jurisprudencial en México,⁷⁶ en donde se destaca de forma explícita la

75 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, párr. 256.

76 Después de la sentencia de 2010, la Suprema Corte analizó diversos recursos interpuestos por personas que sentían agraviados sus derechos de igualdad, para que se identificara la discriminación subyacente en diversos Códigos Civiles del país, que establecían la clásica fórmula de matrimonio heterosexual. Por ejemplo, en 2012 se litigó el caso en el estado de Oaxaca: SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/>

discriminación que entraña la regulación exclusiva del matrimonio heterosexual,⁷⁷ y de importantes cambios legislativos en las 32 entidades federativas de México.⁷⁸ Incluso, este fallo fue considerado en el marco de análisis de la Corte IDH en el Caso Atala Riffo vs. Chile.⁷⁹

La perspectiva que presenta el enfoque mexicano es importante en las narrativas de diversidad sexual, al lograr establecer un enfoque de igualdad en el ámbito del matrimonio. Como señala Karla Quintana sobre los logros de la legislación mexicana en materia de matrimonio igualitario:

Quando se analiza la figura del matrimonio desde el principio de igualdad y no discriminación, el fondo del asunto es que cualquier persona —independientemente de su orientación sexual— tenga acceso al mismo en igualdad de circunstancias: no por ser heterosexual, homosexual, bisexual, o cualquier otra posibilidad. Basta con el hecho de que dos personas quieran unir sus vidas desde el ámbito jurídico para compartir una vida en común. Es el único

[default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-02/AR%20581-2012.pdf](https://www2.scjn.gob.mx/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-02/AR%20581-2012.pdf). En el año 2013, la Corte mexicana emite otras sentencias, por ejemplo: Amparo en Revisión 152/2013, https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/2DIS3ngB_UqKst8oA1TV/%22Familia%20nuclear%22. Otros casos más recientes: SCJN, Amparo en Revisión 27/2021, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=279284>; SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 144/2020, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=272564>.

77 “Al respecto, es importante señalar que el impacto de la desigualdad que afecta a las parejas del mismo sexo es similar a la violencia estructural que afectaba a los afroamericanos en Estados Unidos. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile también ha señalado que ‘los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *iure o de facto*’, además de estar obligados a ‘adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupos de personas’”; SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, cit., p. 49.

78 El 26 de octubre de 2022, Tamaulipas fue el último estado de la República mexicana que reconoció el matrimonio igualitario. De esta manera, el matrimonio igualitario es reconocido en todo el país.

79 “La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su sentencia de 2010 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar menores de edad, consideró relevante que los demandantes no sustentaron empíricamente, con base en documentos o análisis científicos, una supuesta afectación del interés superior del niño en estos casos. Por el contrario, la Suprema Corte tomó en cuenta los estudios existentes sobre el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño y consideró que en modo alguno puede sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que conviven con padres homosexuales”; Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 126, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

requisito. No se trata entonces de un matrimonio “gay” distinto del matrimonio “heterosexual”. Se trata, pues, de matrimonio para todos y todas en igualdad de circunstancias.⁸⁰

Finalmente, merecen destacarse algunas reflexiones sobre el corpus jurisprudencial de la interrupción legal del embarazo.⁸¹ El estudio del aborto en México alude a una serie de situaciones sociales y culturales. Como he señalado en otro texto, “la historia del aborto en México ha sido una lucha de las mujeres contra la violencia institucional, en donde el juego de las ideas políticas e intelectuales ha sido determinante”.⁸² Desde el siglo XIX, en México se estableció un modelo punitivista del aborto, donde históricamente se regulaba como un delito, con ciertas causales de exclusión de responsabilidad.⁸³ Por eso, el cambio realizado el 24 de agosto de 2000 al Código Penal del Distrito Federal, al aumentar las causales para la práctica del aborto,⁸⁴ marcó una discusión social y política de amplio alcance sobre

80 Karla Quintana Osuna, “La evolución judicial del matrimonio igualitario en México. Su impacto en el reconocimiento de derechos”, en *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM, 2017, p. 23.

81 Una de las últimas sentencias que marcaron un debate importante en la jurisprudencia mexicana es: SCJN, Amparo en Revisión 267/2023, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2023-08/230830-AR-267-2023.pdf.

82 Mario Cruz Martínez, “Nuevos modelos de igualdad y acceso a la justicia reproductiva de las mujeres (El caso del aborto en México)”, en *Nuevas gramáticas del acceso a la justicia de grupos sociales en situación de vulnerabilidad y derechos humanos*, México, Ibero (en prensa), p. 35.

83 En el Código Penal del Distrito Federal de 1871 se establecieron sanciones contra el aborto con dos excepciones: cuando es producido “solo por culpa de la mujer embarazada” (art. 572) y cuando la vida de la mujer embarazada corra peligro si no se realiza el aborto (art. 570). Véase Olga de González Mariscal, “Evolución del aborto en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, n.º 123, septiembre-diciembre de 2008, p. 1321.

84 “Artículo 334. No se aplicará sanción: I.- Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial no consentida. II.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; III.- Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada. IV.- Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada. En los casos contemplados en las fracciones I, II y III los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencia y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la

los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres. Después de la promulgación de los cambios al Código Penal, diversos diputados de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal iniciaron una acción de inconstitucionalidad contra el decreto legislativo ante el alto Tribunal mexicano.

En este entorno, la SCJN emite la primera sentencia sobre el aborto.⁸⁵ Este fallo es importante en el sistema constitucional mexicano porque, por primera vez, la Suprema Corte se pronuncia sobre este tema y señala diversas cuestiones sobre el derecho a la vida y el sistema de sanciones del aborto. A pesar de lo anterior, el fallo es importante porque las causales que fueron objeto del pleito judicial se mantuvieron; así, la Corte mexicana declara la constitucionalidad del artículo 334 del Código Penal de la Ciudad de México.⁸⁶

La discusión de la lucha por la validación del aborto en México forma parte de los grandes debates feministas de la historia del país. Como señalara Marta Lamas, una importante feminista mexicana, desde los años setenta, “la legalización ha sido una constante demanda feminista”.⁸⁷ Por ello, no es extraño que la Reforma al Código Penal de la Ciudad de México

decisión de manera libre, informada y responsable”. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 24 de agosto de 2000, p. 1, https://paot.org.mx/centro/gaceta/2000/agosto_24_148.pdf.

85 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, discutida el 28 de agosto de 2008, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=91638>.

86 En la sentencia se señala: “Debe considerarse que la situación descrita por el precepto coloca a una mujer embarazada ante una situación de muy difícil decisión: la heroica de aceptar continuar con el embarazo y la de aceptar la interrupción del mismo, con la consecuencia de que es un delito y las *consecuencias* que de ello pueden seguirse”. SCJN, Acción de inconstitucionalidad 10/2000, p. 23.

87 Continúa Marta Lamas, “sin embargo, a diferencia de otras sociedades donde el feminismo logró reformular como prioridades de la sociedad los temas de las mujeres, en México la reivindicación feminista no ha sido retomada por otros grupos de la sociedad. ¿Por qué? Parte de la respuesta tiene que ver con la especificidad de nuestra cultura política nacional: poca tradición de movilización, participación y debate de los ciudadanos, gran influencia de la iglesia católica, machismo cultural y político, escasas organizaciones sociales independientes, pocos sindicatos no controlados por el gobierno”. Marta Lamas, “El feminismo mexicano y la lucha por legalizar el aborto”, en *Política y Cultura*, n.º 1, 1992, México, UAM, p. 11. En este contexto social, resultan esenciales las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

realizada el 26 de abril de 2007,⁸⁸ se llevara a cabo con importantes debates sociales y culturales sobre el aborto.

En el decreto señalado se modificaron diversas disposiciones del Código Penal, destacándose el artículo 144: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”.⁸⁹

Frente a los cambios legislativos planteados por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de Derechos Humanos iniciaron acciones de inconstitucionalidad, que fueron analizadas en un solo documento por el alto Tribunal.⁹⁰ Las temáticas que fueron objeto del análisis de la Suprema Corte de Justicia de México sobre la despenalización del aborto en las primeras 12 semanas de gestación fueron esencialmente los siguientes:⁹¹ si hay vulneración del derecho a la vida del producto de la concepción; si se conculca el derecho a la igualdad y no discriminación de los hombres en lo que concierne a la procreación y paternidad, así como de las adolescentes y niñas que abortan; si existe una invasión de competencias por parte del legislador local, al regular una cuestión de naturaleza federal.

Los debates planteados en la sentencia son fundamentales en la protección de los derechos reproductivos de las mujeres y serán determinantes en las sentencias sobre el aborto que la Corte mexicana emitirá en los años sucesivos. Este no es el lugar para el análisis acucioso, pero vale la pena señalar que la Corte avaló el aborto realizado en las primeras 12 semanas y estableció las bases de un auténtico sistema de libertades en el ámbito de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres.⁹²

88 *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal, 26 de abril de 2007, <https://www.semujeres.cdmx.gob.mx/storage/app/media/ILE/Decreto.pdf>.

89 *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Decreto por el que se reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal, 26 de abril de 2007, p. 2.

90 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/CjNR3ngB_UqKst8oiedD/-.

91 Se sigue el análisis legal de la referida acción de inconstitucionalidad planteado en: GIRE, *Paso a paso: las sentencias de la Corte sobre aborto*, GIRE, noviembre de 2022, p. 33.

92 La sentencia señala: “Este Tribunal considera que la medida utilizada por el Legislador resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para

La labor de la Suprema Corte de Justicia sería consistente en los años sucesivos en la protección de los derechos de las mujeres y personas gestantes en materia de aborto, al emitir diversos fallos que establecerían el derecho constitucional a decidir sobre su cuerpo sin sufrir consecuencias,⁹³ y a la prohibición de criminalizar la práctica del aborto.⁹⁴

Conclusiones

En las páginas precedentes se ha mostrado un boceto de la geografía judicial mexicana respecto a la protección de derechos humanos de personas en estado de vulnerabilidad. Por una parte, se encuentra el robusto marco regulatorio en materia de derechos humanos, que ha sido parte de un buen número de fallos judiciales, donde se ha establecido un diálogo entre los principios del derecho nacional con las normas y principios del sistema internacional, especialmente con el sistema interamericano. Pero también, en dicho recuento no puede faltar la mención de víctimas, personas defensoras de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil, que han logrado múltiples fallos a favor de la protección de los derechos de las personas en estado de vulnerabilidad. Además, esta labor no podría consolidarse, sin la participación de muchas personas juzgadoras que han considerado su labor como una auténtica defensa de los derechos humanos.

Como se ha señalado en el presente estudio, la SCJN de México ha logrado la protección de innumerables derechos humanos de personas en estado de vulnerabilidad, considerando el uso de herramientas de interpretación o nuevas metodologías legales. Del primer caso, se puede referir a la utilización del test de proporcionalidad para el estudio de las restricciones legales, y sobre todo la utilización del test de escrutinio estricto para la protección de los derechos humanos de las personas en el ámbito de las categorías sospechosas. En lo que concierne a las metodologías de análisis, una de las más utilizadas en la protección de los derechos de las mujeres es

que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aún en la actualidad, como lo refiere claramente el legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna”; SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, p. 183.

93 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, sesionada el 7 de septiembre de 2021, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2022-05/Resumen%20AI148-2017%20DGDH.pdf>.

94 SCJN, Amparo en Revisión 267/2023, sesionado el 6 de septiembre de 2023, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=311450>.

la perspectiva de género. Con estos ejemplos, se advierte un rasgo central del modelo mexicano: desde el ámbito judicial se han dado pasos importantes para enfrentar la desigualdad estructural en la que viven muchas personas en México.

Asimismo, un objetivo de este trabajo fue mostrar la importancia de la labor judicial en la protección de las libertades fundamentales, desde el uso de los estándares del sistema internacional, que privilegia la protección efectiva de las personas. Si bien es cierto que la evolución del marco de protección mexicano en materia de derechos de grupos vulnerables ha sido gradual, no debe olvidarse el impacto que ha logrado respecto al matrimonio igualitario, el aborto, la legalización de la marihuana, la protección del trabajo del hogar, por mencionar algunas de las temáticas que han abierto transformaciones sustanciales en el marco regulatorio mexicano y en diversas políticas públicas del país.

Por otra parte, se deben mencionar las aportaciones que ha brindado la academia y la nutrida obra teórica que ha acompañado los grandes debates de igualdad y no discriminación en México. La revisión de las sentencias de la Suprema Corte de la Nación muestra el uso de diversos enfoques teóricos, tanto del derecho mexicano como de la ciencia jurídica comparada. Además, el enfoque de derechos humanos en México considera de forma central el papel de la interdisciplina en el análisis de los grandes debates de la igualdad y la no discriminación. De lo anterior se pueden señalar la utilización del enfoque interseccional en el estudio de los contextos de violencia de las mujeres, o la utilización de la perspectiva intercultural para el examen de los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas.

Finalmente, se muestra una nueva geografía judicial en México, que ha insuflado vientos de cambio en el sistema de protección de los derechos humanos de las personas, y, en particular, de los grupos en estado de vulnerabilidad. Esta transformación presenta nuevas propuestas para enfrentar los contextos de violencia y desigualdad en el país, y abre esperanzas en la vida de las personas, que ya son parte de las nuevas narrativas de derechos humanos en México.

Bibliografía

Acosta Urquidi, Mariclaire, “La discriminación de grupos en situación de vulnerabilidad y su desprotección frente a la violencia”, en *Miradas a la discriminación*, México, Conapred, 2012.

- Brodiez-Dolino, Axelle, “Le concept de vulnérabilité”, en *La vie des idées.fr*, 11 de febrero de 2016, https://laviedesidees.fr/IMG/pdf/20160211_vulnerable-2.pdf.
- Campos, Julieta, *Qué hacemos con los pobres (La reiterada querrela por la nación)*, México, Aguilar, 1997.
- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- Cruz Martínez, Mario y Tamara Hernández Juárez, “Access to justice in Mexico: Vulnerable groups and the new language of human rights”, en *Equal Access to Justice for All and Goal 16 of the Sustainable Development Agenda: Challenges for Latin America and Europe*, Alemania, Lit Verlag, 2019.
- Cruz Martínez, Mario y Tamara Hernández Juárez, “La justiciabilidad del derecho humano a la seguridad social en México: el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las mujeres trabajadoras del hogar, amparo 9/2018”, en *Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina*, Santiago de Chile, CEJA, 2019.
- Cruz Martínez, Mario y Tamara Hernández Juárez, “El acceso a la justicia en México, destruyendo las barreras y rediseñando medios para garantizarlo”, en *Derecho de acceso a la justicia (Aportes para la construcción de un acervo latinoamericano)*, Santiago de Chile, CEJA, 2017.
- Cruz Martínez, Mario y Geraldina González de la Vega (eds.), *Nuevas narrativas constitucionales y derechos humanos en México*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021.
- Cruz Martínez, Mario, *Los derechos humanos de los jóvenes (De la vulnerabilidad a la imaginación de los derechos)*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018.
- De la Torre Martínez, Carlos, “Prólogo”, en *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM, 2006.
- Escalante Gonzalbo, Fernando, *Ciudadanos imaginarios*, México, Colegio de México, 2022.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al., *La Constitución Convencionalizada (A 40 años de la vigencia del Pacto de San José)*, México, Tirant Lo Blanch, 2021.
- Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 24 de agosto de 2000, p. 1, https://paot.org.mx/centro/gaceta/2000/agosto_24_148.pdf.

- González Carvallo, Diana Beatriz, “Presentación”, en *El test de proporcionalidad (Convergencias y divergencias)*, México, SCJN, 2021.
- Ibarra Olguín, Ana María, “El derecho contra la discriminación”, en *Curso de Derechos Humanos*, México, SCJN, 2022.
- Ibarra Olguín, Ana María, “Nota introductoria”, en *Discriminación (Piezas para armar)*, México, SCJN, 2021.
- Ibarra Olguín, Frida Daniela, “La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *El test de proporcionalidad (Convergencias y divergencias)*, México, SCJN, 2021.
- Pérez Vázquez, Carlos, “Prefacio”, en *Un diálogo entre jueces (Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales, México 2012)*, México, SCJN-ONU, 2014.
- Pou Giménez, Francisca, “Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte”, en *Discriminación (Piezas para armar)*, México, SCJN, 2021.
- Renaut, Alain, *Égalité et discriminations (Un essai de philosophie politique appliquée)*, Paris, Seuil, 2007.
- Salazar Ugarte, Pedro y Carlos Ernesto Alonso Beltrán, “Nota introductoria”, en *Igualdad y no discriminación. Comentarios a las sentencias de la SCJN*, México, UNAM, 2022.
- Salgado Cipriano, Giovanni Alexander y Porfirio Andrés Hernández, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Curso de derechos humanos*, México, SCJN, 2022.
- Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Ana Covarrubias Velasco, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- Silva Meza, Juan N., “Igualdad y no discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Miradas a la discriminación*, México, Conapred, 2012.
- Zaldívar, Arturo, “Presentación”, en *El test de proporcionalidad (Convergencias y divergencias)*, SCJN, México, 2021.

Jurisprudencia

- CIDH, Situaciones de derechos en México, 31 de diciembre de 2015, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>.

- Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Internacional/Casos/1.pdf>.
- Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No. 184, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 115, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf>.
- Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdfcasos/articulos/seriec_205_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 209, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicana, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 84, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>.
- Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 216, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.
- SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 144/2020, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=272564>.
- SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 50/2022, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5702675&fecha=22/09/2023#gsc.tab=0.
- SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2021, discusión realizada en el Pleno de la Suprema Corte el 3 de octubre de 2022, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=281449>.

SCJN, Amparo Directo 9/2018 (Relacionado con el Amparo Directo 8/2018), p. 49, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/Sentencia%20AD%209-2018%20PDF.pdf>.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 1387/2012, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=13909>.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, Primera Sala, 13 de noviembre de 2013, párr. 24.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 5999/2016, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-06/ADR-5999-2016-170605.pdf.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 988/2004, Primera Sala, https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/ajR03ngB_UqKst8owqq-B/%22Reinserci%C3%B3n%20social%22.

SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, 23 de abril de 2014, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=150476>.

SCJN, Amparo en Revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-12/Resumen%20AR237-2014%20DGDH.pdf>.

SCJN, Amparo en Revisión 267/2023, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2023-08/230830-AR-267-2023.pdf.

SCJN, Amparo en Revisión 27/2021, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=279284>.

SCJN, Amparo en Revisión 420/2021, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=288058>.

SCJN, Amparo en Revisión 543/2003, Quejosos: ***** y Coagraviada, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=56326>.

SCJN, Contradicción de tesis 293/2011, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf>.

SCJN, Expediente Varios 912/2010, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf.

SCJN, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Caso Martín del Campo al Caso Digna Ochoa*, México, SCJN, 2022.

SCJN, “Derecho humano a la igualdad jurídica. Diferencias entre sus modalidades conceptuales, Primera Sala”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis 1ª/J. 126/2017 (10ª), diciembre de 2017, tomo I, p. 119.

SCJN, “Derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación. Metodología para el estudio de casos que involucren la posible existencia de un tratamiento normativo diferenciado”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Primera Sala, tesis aislada 1a. CXXXVIII/2005, tomo XXII, noviembre de 2005, p. 40, registro digital 176705.

SCJN, “Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis, P/j.130/2007.

SCJN, “Igualdad jurídica. Interpretación del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis 1ª/J.49/2016 (10ª), octubre de 2016, tomo I, p. 370.

Protección constitucional de los grupos en situación de vulnerabilidad en el Perú

PERÚ

César Landa*

En el año 2022, en el Perú se realizó la I Encuesta Nacional de Percepción de Desigualdades¹ (Oxfam), en la que el 72, el 61 y el 56% de los(as) encuestados(as) consideraron que la desigualdad presente entre ricos y pobres, ciudades y zonas rurales, y Lima con el resto de país, respectivamente, es muy grave; así mismo, el 83% manifestó que el acceso a la justicia peruana es muy desigual, mientras que, solo el 4% refirió que el acceso a la salud y el trabajo es nada desigual. Estas estadísticas reflejan una realidad social cada vez más desigual en el Perú, que convierte los derechos en privilegios que pueden gozar unos(as) pocos(as). Así, según el Informe de Latino Barómetro de 2023, solo el 8% de los y las participantes peruanos(as) mostraron su satisfacción con la democracia, lo que una vez más ratifica que el diseño del estado de cosas actual no es percibido en favor de todos y todas.

En ese sentido, se advierte que los Estados constitucionales no han sido capaces de materializar uno de sus pilares básicos: la plena vigencia de los derechos fundamentales de cada uno(a) de sus integrantes. Por ello, ante desafíos complejos y nuevos riesgos que traspasan los límites internos de cada país –como una pandemia– se evidencia la necesidad de repensar

* Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. Vicepresidente de la International Association of Constitutional Law; expresidente del Tribunal Constitucional del Perú; integrante del Grupo de Investigación en Derechos Fundamentales, Derecho Comparado, Tecnología y Neurociencia (Gideften-PUCP). Orcid: 0000 0003 0801 8873t, clanda@pucp.edu.pe.

1 Instituto de Estudios Peruanos, I Encuesta nacional de percepción de desigualdades 2022. Informe preparado para Oxfam, Lima, Instituto de Estudios Peruanos.

los derechos en el marco de un constitucionalismo global² que dote de una mayor protección de la persona humana y, en específico, en favor del bienestar de los colectivos en situación de vulnerabilidad.

Para lo anterior, es importante partir de caracterizar la protección constitucional que se ha asignado a la igualdad y no discriminación en el Perú, precisando su naturaleza en el ordenamiento jurídico y su funcionamiento en el marco de un pluralismo constitucional, nutrido no solo por el derecho interno, sino también por el derecho internacional. Más aún en una época de cada vez mayores riesgos mundiales por las crisis climáticas, económicas, guerras, movimientos migratorios, pandemias, incremento de la pobreza, entre otros, cuyos efectos terminan incidiendo principalmente en los derechos fundamentales de los grupos más vulnerables de cada país.

Seguidamente, se realizará una revisión inicial de la tutela constitucional que se le ha brindado a los grupos en situación de vulnerabilidad, conforme a lo previsto en la Constitución peruana y a partir de lo desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sobre esto último, se hará referencia a las sentencias estructurales y su institucionalización como herramienta, aunque de forma incipiente, para abordar la discriminación estructural de las poblaciones vulnerables. De otro lado, se esbozarán los retos futuros pendientes en torno a las poblaciones vulnerables como titulares de bienes esenciales y, por último, se enfatizará en la necesidad de un diálogo entre el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para lograr una tutela especial realmente efectiva para las poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Protección constitucional del derecho de igualdad y no discriminación en el Perú

El derecho-principio de igualdad

La igualdad es concebida desde una doble dimensión: como principio y como derecho fundamental. Por un lado, como principio, esta rige el funcionamiento del Estado estableciendo las pautas para la toma de decisiones de los poderes públicos, toda vez que la igualdad se configura como parte

2 César Landa, “Constitucionalismo global y nacional ante la pandemia del Covid-19”, en *Federalisti.it Rivista di Diritto Pubblico Comparato*, n.º 15-16, 2021. Rivista Telemática.

integrante de los valores fundamentales del sistema constitucional social y democrático, por lo que tiene alcance general.³

Por otro lado, como derecho fundamental, encuentra su reconocimiento en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política, que consagra: “toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, la igualdad es un auténtico derecho subjetivo que tiene como titular a toda persona y resulta plenamente exigible tanto frente al Estado como a los particulares, en atención a la eficacia horizontal que caracteriza a los derechos fundamentales.

Ahora bien, en cuanto al contenido esencial de este derecho, se tiene que desde una dimensión formal protege la igualdad jurídica en sus dos vertientes. Primero, restringe cualquier trato diferenciado injustificado en la creación de una norma por parte de los legisladores (igualdad en la ley). Segundo, ni el Poder Ejecutivo ni el Judicial ni demás entidades públicas pueden aplicar la ley de manera desigual ante escenarios similares (igualdad en la aplicación de la ley).⁴

Claramente, en la actualidad, reducir el contenido del derecho a la igualdad a su concepción formal y liberal resulta insuficiente para abordar la complejidad de las relaciones sociales; así como, desconocería que no todas las personas, en los hechos, están en posiciones iguales, lo cual les impide acceder realmente a lo que en papel se les ha concedido. Por tanto, en un Estado social y democrático como el Perú, la igualdad debe ser concebida también desde su dimensión material, que enfatiza que esta no se circunscribe solo a no cometer tratos discriminatorios, sino que de igual modo exige que se tomen medidas positivas para que las barreras que ponen en situación de ventaja a ciertos sujetos o grupos poblacionales sean removidas.⁵

En esa línea, a través de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha consolidado una noción de igualdad sustancial o material. Ello significa la exigencia de brindar un trato igual a supuestos de hecho iguales y, ante circunstancias diferentes, proporcionar un trato desigual. De esa forma,

3 Tribunal Constitucional del Perú [TC], Exp. 0045-2004-PI/TC, FJ 20.

4 TC, Exp. 00606-2004-AA/TC, FJs 10-11.

5 TC, Exp. 00374-2017-PA/TC, FJ14.

se ha establecido que el derecho-principio a la igualdad no solo será vulnerado cuando se asignen consecuencias diferentes a situaciones iguales, sino también cuando ante casos diferentes se brinde un tratamiento homogéneo, lo que se ha denominado como “discriminación por indiferenciación”.⁶ Por ende, el Alto Tribunal ha sostenido que el derecho-principio a la igualdad no implica que todos y todas reciban un trato idéntico en cualquier circunstancia; por el contrario, reclama un trato diferenciado cuando se está ante sujetos o grupos de personas que no se encuentran en igualdad de condiciones frente a otros.

Por otra parte, el derecho a la igualdad se complementa con el mandato de no discriminación por los motivos proscritos en el citado numeral 2 del artículo 2 de la Constitución,⁷ tanto los explícitamente consignados (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condiciones económicas) como los que puedan ser incluidos con base en la cláusula abierta “cualquier otra índole”. Esto guarda relación, desde el derecho internacional de los derechos humanos, con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), que prevén la obligación de no discriminación.

La igualdad en el pluralismo constitucional

La homogeneización de la sociedad bajo un mismo patrón ideológico –patriarcal y clasista– es un intento caduco que, por suerte, ha sido abandonado ya hace varias décadas por sus proponentes. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido y el haber aceptado la heterogeneidad de la sociedad, pocas han sido las medidas eficientes adoptadas desde el Estado democrático constitucional para proteger a muchos de los colectivos de la sociedad, y, en particular, a los más vulnerables, como por ejemplo a los niños y adolescentes, adultos mayores o personas discapacitadas.

El reconocimiento normativo de los colectivos vulnerables sigue en proceso, debido a que todavía hay una necesidad de mayor tratamiento y protección legal a ciertos grupos que se definen, por ejemplo, por su orientación sexual e identidad de género. Incluso, en aquellos grupos que

6 *Idem.*

7 TC, Exp. 01594-2020-PA/TC, FJs 10-11.

sí poseen un espacio de reconocimiento, como en el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas o el reciente acrecentamiento del enfoque de género por el principio de igualdad, la normativa no resulta ser suficiente debido al sistema patriarcal, clasista y desigual.⁸

Para ejemplificar, en la legislación peruana se ha reconocido un tratamiento específico a ciertos grupos más vulnerables. Así, se tiene que, de acuerdo con la Ley 30490, Ley de la persona adulta mayor, las *personas de la tercera edad* reciben una atención especial en el acceso a servicios públicos, programas de capacitación, atención integral de salud, cuidado oportuno y soporte institucional especial, desde el enfoque de la promoción y protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, en el reconocimiento y pago de sus pensiones de jubilación o enfermedad, padecen de la indiferencia del Estado y de las empresas privadas de fondos de pensiones, debido a los montos que son inferiores a la remuneración mínima vital y a la demora en reconocer dichas pensiones debido a que el Estado las judicializa, habiendo resuelto el Tribunal Constitucional reclamos de pensionistas, incluso en mayores de cien años (Exp. 04233-2016-PA/TC).

De la misma forma sucede con el colectivo de *personas con discapacidad*, quienes fueron reconocidas por un nuevo enfoque de modelo social, implementado por el Decreto Legislativo 1384, el cual eliminó el modelo rehabilitador y la noción de “incapacidad jurídica” de las personas con discapacidad. A pesar de la dificultad de este proceso, el cambio de enfoque tuvo un fuerte impulso en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006– que entró en vigor en 2008 para el Perú. De esta manera, el tratamiento de la discapacidad pasó de ser un asunto inherente al individuo a uno de interacción social, en el que la deficiencia de esta para integrarlos, y las barreras sociales que impone la sociedad se mantienen. Por ello, mientras la legislación nacional sostiene un nuevo tratamiento, se mantiene el esquema social que limita y margina a este grupo en los servicios públicos y privados.⁹

8 Con la creación del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en 2014, se ha impulsado un enfoque de igualdad de género intersectorial, que se expresó en un arduamente debatido programa de educación escolar del Ministerio de Educación, que fue finalmente ratificado judicialmente en 2019 por la Corte Suprema (Acción Popular. Exp. 23822-2017).

9 TC, Exp. 02437 2013-PA/TC (Caso Plaza Veja).

Por otro lado, los *pueblos indígenas y originarios* también han sido reconocidos por el ordenamiento constitucional peruano, tanto en el espacio del pluralismo jurídico como en el del derecho consuetudinario, el cual –aunque limitado por los derechos fundamentales y la potestad jurisdiccional del Estado– está reconocido en el artículo 149 de la Constitución. Además, en el ámbito del derecho a la identidad étnica y cultural, la Constitución, en su artículo 2 inciso 19 y artículo 89 sostiene que el Estado la protege y reconoce. De igual modo, están los derechos de propiedad y territorio de los pueblos indígenas u originarios desarrollados por la jurisprudencia constitucional en el Expediente 1126-2011-PHC/TC y la protección al medio ambiente equilibrado, los cuales se configuran mediante la aplicación del derecho a la consulta previa, amparado por la Ley 29785 y el reconocimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).¹⁰

Así mismo, los grupos cuyos miembros son *personas que viven en pobreza o extrema pobreza*, también han sido objeto del reconocimiento de cierta protección dentro de la sociedad peruana, de esta manera, los eximen de pagar una multa o sanción por no ir a votar en las elecciones o reciben bonos de ayuda social por razones de pobreza y extrema pobreza. No obstante, pese al apoyo estatal, a raíz de la crisis derivada de la pandemia del covid-19, en Perú la pobreza pasó del 20 al 30% según el Instituto Nacional de Estadísticas.¹¹

Por último, las *mujeres* también han sido reconocidas como un colectivo vulnerable, que se encuentra en una situación de desigualdad estructural dentro de una sociedad que avala el sistema patriarcal imperante. Ciertamente, la figura de la mujer está dejando de ser vista, poco a poco, desde una posición de subordinación ante el varón. Como muestra de ello, se tienen las políticas públicas del Estado, así como la gestión de desarrollo local y regional que impulsa el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables con instrumentos como el Plan Nacional de Igualdad de Género (Planig 2012-2017) y el Plan Estratégico Multisectorial de Igualdad de Género (Pemig) (aprobado mediante Decreto Supremo 002-2020, MIMP), que intentan mejorar esa situación.

No obstante, la igualdad de género todavía está en desarrollo y, ante ese escenario, la figura de la mujer dentro de ámbitos de representación

10 César Landa, *Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*, Lima, Ministerio de Cultura, 2016, p. 15.

11 Alejandro Narváez Liceras, “¿Cuánta pobreza podemos soportar en el Perú?”, en *Otra Mirada*, 2023.

política se enfrenta a una gran brecha de desequilibrio. Por tanto, la Ley 31030, Ley por la que se modifican normas de la legislación electoral para garantizar la paridad y alternancia de género en la lista de candidatos, se promulgó para buscar eliminar las barreras institucionales y culturales aún existentes, reafirmando así la necesidad de asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres, así como la igualdad de oportunidad de liderazgo de este grupo en todos los niveles decisorios de la vida política, pública y económica. Así, en los últimos años en el Perú las mujeres han presidido el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Junta Nacional de Justicia, y, en la actualidad, la Presidencia de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros, entre otras instituciones. Sin embargo, la desigualdad de género sigue siendo la causa de muchos problemas que afectan de forma desproporcionada a las mujeres y niñas, como por ejemplo, la violencia en el seno familiar y la violencia sexual, salarios más bajos, la falta de acceso a la educación y a asistencia sanitaria.¹²

En síntesis, dentro de un pluralismo constitucional se puede decir que se vienen incorporando mejoras normativas a nivel nacional, dependiendo de cada grupo vulnerable y de las circunstancias que atraviesan, aunque todavía resultan insuficientes en la práctica de la vida cotidiana. Ante este panorama, es pertinente comenzar a pensar en un marco constitucional global que reconozca a los grupos vulnerables no solo como individuos con derechos de igualdad formal, sino también como colectivos con identidad propia; y, por tanto, reconocidos como sujetos colectivos de derechos universales especiales sin descartar a ninguno.

Tutela constitucional de los grupos en situación de vulnerabilidad

Aproximación conceptual de los grupos en situación de vulnerabilidad

El Tribunal Constitucional peruano, por vía jurisprudencial, ha hecho referencia expresa a la presencia de grupos en situación de vulnerabilidad en

12 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, “Casos atendidos en el SAU según años”, <https://www.mimp.gob.pe/omep/estadisticas-atencion-a-la-violencia.php>; asimismo, Ministerio de Salud, “CDC Perú reportó más de 17 mil casos por violencia contra la mujer durante el 2022”, <https://www.dge.gob.pe/portalnuevo/informativo/prensa/cdc-peru-reporto-mas-de-17-mil-casos-por-violencia-contr-la-mujer-durante-el-2022/>.

la dinámica social. De ese modo, si bien es cierto que no hay una definición exacta, se ha reconocido que existen sujetos, colectivos o grupos poblacionales que se encuentran en un estado de desventaja frente a otras personas, lo que incide de forma negativa en el acceso y disfrute de sus derechos fundamentales a través del tiempo.¹³

En ese sentido, la conceptualización desarrollada por la Corte IDH no solo en sus sentencias, sino también en sus opiniones consultivas,¹⁴ es ilustrativa en este punto, por cuanto el Tribunal interamericano ha sido enfático en establecer que las personas en situación de vulnerabilidad deben recibir una tutela especial, que atienda sus necesidades propias provenientes ya sea por 1) su condición personal o 2) por la situación específica en la que se encuentran.¹⁵ De esa manera, de una revisión de su jurisprudencia se pueden identificar, a modo de referencia, sujetos en situación de vulnerabilidad clasificados en dos grupos (tabla 1).

Tabla 1. Sujetos en situación de vulnerabilidad

POR SU CONDICIÓN PERSONAL	POR SU SITUACIÓN ESPECÍFICA
Niños	Migrantes
Mujeres	Detenidos
Minorías sexuales	Líderes políticos de oposición
Pueblos indígenas	Defensores de derechos humanos
Personas con discapacidad	Desplazados
Personas LGBTQ+	Periodistas

Fuente: elaboración propia a partir de Rosmerlin Estupiñán-Silva, “Vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología”, en Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (coords.), *Derechos Humanos y Políticas Pública*, Barcelona, Laurence Burgorgue-Larsen, Universidad Pompeu Fabra, 2014.

13 TC, Exp. 00688-2020-PHC/TC, FJ 78.

14 Monia Henning y Sabrina Lima, “A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da Opinião Consultiva 24/2017”, en *Ius et Veritas*, n.º 60, 2020, pp. 199-201.

15 Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, fundamento 337, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C, No. 318.

De forma coincidente, el colegiado constitucional ha reconocido la situación de vulnerabilidad en la que están situadas las personas con discapacidad (por su discapacidad - v. STC 02437-2013-PA/TC); los adultos mayores (por su edad - v. 02214-2014-PA/TC); los(as) niños(as) (por su edad - STC 04058-2012-PA/TC), las mujeres (por su sexo/género - v. STC 05652-2007-PA/TC); o los pueblos indígenas (por su origen étnico - v. STC 00033- 2010-A1/TC). Sin embargo, debe quedar claro que no hay un *numerus clausus* o una lista taxativa de las personas en situación de vulnerabilidad, toda vez que:

... en esta clase de discusiones, sería perjudicial que la normatividad nacional adopte un enfoque *numerus clausus* relativo a las situaciones de especial vulnerabilidad que ameritarían la adopción de una estrategia que elimine las trabas burocráticas o administrativas de aquellas personas que solicitan ingresar al territorio peruano. En efecto, independientemente de las razones expuestas en esta sentencia, la administración pública cuenta con la facultad de identificar todos aquellos escenarios de vulnerabilidad.¹⁶

Ahora bien, con relación a esta caracterización de los grupos en situación de vulnerabilidad, es necesario precisar lo siguiente. En primer lugar, es importante abordar la situación de las necesidades humanas desde los enfoques de la pobreza y de la vulnerabilidad, pues es indispensable diferenciarlos a fin de no dejar en desprotección reforzada a quien lo necesita. Y es que

... el enfoque o perspectiva de la vulnerabilidad expresa la situación en que se encuentra un individuo que lo ubica en una relación de desventaja material y existencial respecto a otros individuos. *La diferencia central entre la perspectiva de la pobreza y la de vulnerabilidad radica en que, mientras la perspectiva de la pobreza se basa en un criterio cuantitativo y estático, la perspectiva de la vulnerabilidad gira en torno a un criterio cualitativo y dinámico.* En ese sentido, el concepto de vulnerabilidad es más amplio que el de pobreza, dado que se basa en la multidimensionalidad y la dinámica de la existencia del individuo o grupo en condiciones de precariedad, sin restringir dicha situación a un dato estadístico a ser determinado en función a estándares fijos, sino que incide en los múltiples aspectos a los cuales una persona se puede enfrentar en una situación de necesidad. Ambos enfoques o perspectivas no son divergentes, sino que se complementan, sin embargo, *no puede abordarse la problemática de las necesidades sociales meramente*

16 TC, Exp. 00688-2020-PHC/TC, FJ 78.

*desde un enfoque o perspectiva cuantitativa como la identificada con la pobreza.*¹⁷ (Énfasis agregado)

Por tanto, una persona, aun si no se encuentra en una situación de pobreza, sí puede estar en una condición de vulnerabilidad.¹⁸ Esto podría darse, por ejemplo, en las personas con discapacidad, donde independientemente de su condición socioeconómica, afrontan problemas y desventajas frente al resto de la sociedad y tienen necesidades materiales específicas.

En segundo lugar, las condiciones personales o situaciones específicas que posicionan a ciertos grupos o sujetos en un estado de vulnerabilidad no son excluyentes entre sí. Por el contrario, suelen coincidir y recaer en un mismo sujeto diferentes factores que incrementan el grado de vulnerabilidad. De ese modo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de discriminación *múltiple o interseccional*, entendida como:

... cualquier restricción, distinción o exclusión que, por objeto o por resultado, afecta el goce o ejercicio de derechos y que se funda en dos o más factores de discriminación. Dichos elementos que, por lo general, fundamentan tratos discriminatorios se encuentran contenidos, por ejemplo, en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional ha afirmado que en una sola persona pueden concurrir distintas circunstancias que propician su situación de vulnerabilidad, intensificando la misma mientras más factores confluyan entre sí. Por ello, ante estos escenarios, se demandará un nivel de protección que sea proporcional a las amenazas o riesgos a los que se están enfrentando. Por ejemplo, el Tribunal tuvo la oportunidad de abordar este tipo de discriminación en el caso de los adultos mayores, afirmando que es usual que un adulto mayor se encuentre en una situación de vulnerabilidad por motivos adicionales a su edad, como sería por su género, situación económica o por la pertenencia a una minoría étnica, política o religiosa.¹⁹

En esa línea, en el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia define este tipo de discriminación como:

17 TC, Exp. 01470-2016-PHC/TC, FJ 34.

18 Cfr. *ibid.*, FJ 35.

19 *Ibid.*, fundamento jurídico 22.

... cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tengan por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.²⁰

En ese sentido, a veces en una misma persona pueden estar presentes dos o más motivos de discriminación en forma simultánea, sobre todo cuando hablamos de poblaciones en situación de vulnerabilidad.²¹ Por ejemplo, en el caso de las personas refugiadas y migrantes, entendidas como población vulnerable, es común que estén presentes otros factores de discriminación como la raza, el sexo, el idioma, la nacionalidad, etc. Así, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), establece en su artículo noveno que, para la adopción de las medidas desarrolladas en la Convención, se deberá tomar en cuenta “la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”.

Bajo la misma línea argumentativa, la Corte IDH, en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, en el que declaró la responsabilidad de dicho país por la separación arbitraria de la familia de la víctima, al momento de abordar lo referido a la prohibición de discriminación precisó:

... particularmente en el supuesto de la señora Flor de María Ramírez Escobar habrían *confluido en forma interseccional distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a su condición de madre soltera en situación de pobreza, con una madre lesbiana*, ya que la discriminación experimentada por la señora Ramírez Escobar sería el resultado del actuar entrecruzado de todas las razones por las que habría sido discriminada.²² (Énfasis agregado)

20 Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, artículo 3.

21 Fernando Rey Martínez, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, p. 264.

22 Corte IDH, Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C, No. 351, párr. 276.

Esta discriminación tampoco ha sido ajena a la resolución de casos de otros contextos distintos al sistema interamericano. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Beauty Solomon vs. España*, el cual trataba sobre una mujer nigeriana con residencia legal en el país ibérico, que fue agredida física y verbalmente por miembros de la Policía Nacional y que tras interponer dos denuncias por los hechos no recibió tutela efectiva, sostuvo que existió una discriminación en contra de la demandante por parte de las autoridades debido a su condición de mujer y su origen africano.²³

Finalmente, es pertinente especificar que, aun cuando por regla general los grupos en situación de vulnerabilidad constituyen una minoría, este no debe ser visto como un criterio de exclusión de la lista de sujetos vulnerables. Por ejemplo, en el Perú, las mujeres representan el 50,4% del total de la población, esto es la mitad; no obstante, está claro que todas las mujeres no siempre estarán en el mismo grado de vulnerabilidad, sino que deberá prestarse atención a las demás condiciones o situaciones que interactúen simultáneamente.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta fundamental tener presente que aun cuando un gobierno democrático se apoya en las mayorías, su legitimidad constitucional se ve comprometida si no se protegen de manera adecuada los derechos fundamentales de las minorías que, generalmente, son excluidas social, cultural, política y económicamente, constituyéndose en grupos en situación de vulnerabilidad que exigen una respuesta pronta del Estado. Por ende, el Tribunal Constitucional ha resaltado lo primordial de adoptar medidas “contramayoritarias” a efectos de salvaguardar tanto la libertad como la igualdad de todos y todas en un Estado que se autodenomina como social y democrático. Así, los grupos históricamente excluidos pueden gozar de una protección adecuada para sus derechos.²⁴

Tribunal Constitucional del Perú y protección de los grupos en situación de vulnerabilidad

Con base en lo señalado en los párrafos precedentes, es evidente que los grupos vulnerables demandan del goce y ejercicio del derecho-principio a la igualdad y no discriminación en la protección constitucional y

23 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Asunto B. S. c. España (Demanda 47159/08)*, Sentencia de 24 de julio de 2012, párr. 71.

24 TC, Exp. 06040-2015-PA/TC, FJ 10-11.

convencional de sus derechos humanos, pero reforzados.²⁵ Ello no debe significar ante el resto de la sociedad nacional o la comunidad internacional ni privilegios ni tratos diferenciados no justificados. En efecto, dos situaciones distintas ameritan un tratamiento diferente, lo contrario sería atentatorio contra el principio de igualdad. En sentido contrario, dos situaciones semejantes, a menos que exista una explicación razonable, exigirán un tratamiento igual.

Por consiguiente, la concepción de igualdad material adoptada en el marco de un Estado democrático y social de derecho ha permitido extender su comprensión. De ese modo, no solo se reconoce y enaltece la igualdad jurídica desde una perspectiva liberal, esto es la prohibición de cualquier diferenciación arbitraria ya sea en una norma como en su aplicación, sino también la igualdad desde un punto de vista democrático, que exige que minorías o grupos sociales en desventaja no sean aislados ni privados de participación y, desde una concepción social, “la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desaventajados una igualdad de oportunidades”.²⁶

De esta manera, no basta entender la igualdad como no discriminación, sino también como reconocimiento de grupos en situación de vulnerabilidad. Esto permite incorporar datos históricos y sociales que den cuenta de fenómenos de sometimiento y exclusión sistemática en la que se encuentran amplios sectores de la sociedad, tales como las mujeres. En esa línea, se trata de dismantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre, a modo de ejemplo, las mujeres “desaventajadas”.²⁷

Siguiendo este razonamiento, el Tribunal Constitucional peruano, a fin de dotar de esta protección reforzada y diligente a aquellos sujetos en situación de vulnerabilidad, ha implementado la noción de acciones afirmativas o discriminación positiva, que opera ante la existencia de sectores económica, social y culturalmente marginados que no pueden acceder y ejercer plenamente sus derechos por estar situados en una posición social inferior, debido a —como se mencionó— ciertas condiciones personales o situaciones

25 César Landa, “El derecho humano a la igualdad y la no discriminación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional peruana”, en *Estudios Constitucionales*, v. 19, n.º 2, 2021, Epub, 2021.

26 TC, Exp. 0004-2006-PI/TC, FJ 114.

27 TC, Exp. 1272-2017-PA/TC, FJ 12.

en la que se hallan. En consecuencia, se ha establecido que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas específicas en favor de estos grupos para revertir las barreras que los enmarcan en tal situación de desventaja en los hechos. Por ello, se menciona que una acción afirmativa es una respuesta desde lo jurídico para una realidad social determinada.²⁸

Lo anterior encuentra amparo constitucional en el artículo 103 de la Constitución Política que estipula: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la *naturaleza de las cosas*, pero no por razón de las diferencias de las personas” (énfasis agregado). En atención ello, el alto Tribunal ha explicado que “naturaleza de las cosas” debe entenderse en los siguientes términos:

La naturaleza de la “cosa” que hace referencia a la materia del Derecho, se encuentra inserta en una realidad social que puede tender hacia la disfuncionalidad de la “cosa”, esto es, a desvirtuar su finalidad. En estos casos, el orden constitucional *debe permitir a la ley incidir en aquella realidad de hecho y componer la funcionalidad de la naturaleza de las cosas*. Así pues, cuando el artículo 103° de la Carta Fundamental estipula que pueden expedirse leyes especiales “porque así lo exige la naturaleza de las cosas”, no hace sino reclamar la razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley, incluso, desde luego, las leyes especiales. Respetando el criterio de razonabilidad legal, *el Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad*. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas.²⁹ (Énfasis agregado)

Entonces, se tiene que dicha disposición normativa habilita constitucionalmente tratamientos diferenciados con base en la naturaleza de las cosas, mas no sostenidos por diferencia entre las personas. Dicho de otro modo, se toma en consideración que las relaciones jurídicas pueden presentar diversas características que terminan en tratos discriminatorios o desiguales en perjuicio de personas o grupos cuya exclusión ha sido la regla históricamente, evidenciándose que en realidad no se está ante situaciones de hecho iguales, sino que se requiere la intervención del Estado para brindar un trato diferenciado que permita una interacción justa ante circunstancias específicas que revelan la vulnerabilidad de alguna de las partes.

28 TC, Exp. 02861-2010-PA/TC, FJ 6.

29 TC, Exp. 0001-0003-2003-AI/TC, FJ 8.

Por ende, el derecho-principio a la igualdad conmina a que los poderes públicos tengan una vinculación positiva con los derechos fundamentales, a fin de que su actuación esté destinada a corregir las condiciones de desigualdad o restablecer las condiciones de igualdad de oportunidad que están siendo socavadas en detrimento de los ideales constitucionales que configuran un Estado democrático y social de derecho, siendo una de sus características esenciales el fomentar condiciones materiales dignas para toda persona como ser social (arts. 3° y 43°, Constitución). En ese sentido, la igualdad involucra dos principios: i) el principio de no discriminación, que proscribe cualquier diferencia que no se sustente en criterios razonables y objetivos; y ii) el principio de protección, que se cumple al implementar medidas especiales destinadas a alcanzar una igualdad real o positiva.³⁰

En consecuencia, brindar un trato diferenciado no es inconstitucional y, por el contrario, es una obligación del Estado prevista en la misma Constitución a partir de los artículos 103 y 44, en tanto este último establece como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales; sumado a que también se ha señalado en el texto constitucional de forma expresa la protección especial que requieren sectores de la población históricamente vulnerados, como las mujeres, los niños, los adultos mayores (art. 4) y las personas con discapacidad (art. 7), especialmente si trabajan (art. 23). De esa manera, si el trato diferenciado se sustenta en causas objetivas, con base en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se está ante una diferenciación legítima, como las acciones afirmativas. Si en su lugar, dicho trato se justifica en motivos proscritos por la Constitución para limitar derechos o resulta desproporcionado, entonces se estará ante un trato discriminatorio, lo cual sí se encuentra prohibido por la Constitución.

En relación con ello, para facilitar el análisis y la determinación de la vulneración o no del derecho a la igualdad, a lo largo de los años el Tribunal Constitucional peruano ha venido desarrollando en su jurisprudencia constitucional el test de igualdad,³¹ compuesto por los siguientes pasos:

a. Identificar el tratamiento legislativo diferente que, *prima facie*, contraviene la prohibición de no discriminación.

Para su determinación, se debe establecer el “término de comparación” (*tertium comparationis*), consistente en aquella situación jurídica

30 TC, Exp. 05652-2007-PA/TC, FJ 18.

31 TC, Exp. 045-2004-PI/TC, FJs 33-41.

o fáctica que comparte características comunes en su objeto y sujeto con la situación que se cuestiona, cuya confrontación entre ambas permite observar la asignación de consecuencias diferentes ante supuestos iguales.

b. Determinar el grado de intensidad en la intervención en la

igualdad: 1) grave, si el tratamiento diferente se sostiene en alguno de los motivos prohibidos por la Constitución y ha impedido el ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales; 2) media, si el tratamiento diferente se sostiene en alguno de los motivos prohibidos por la Constitución y ha impedido el ejercicio de un derecho de rango legal o el de un interés legítimo; y, 3) leve, si el tratamiento diferente no se sostiene en alguno de los motivos prohibidos por la Constitución y ha obstaculizado el ejercicio de un derecho de rango legal o el de un interés legítimo. Se podría decir entonces, por lo tanto, que el Tribunal adopta un criterio de proporcionalidad diferenciado con base en la motivación de la violación, pero, también por la diferenciación de trato de determinados grupos vulnerables, en tanto forman parte de “categorías sospechosas”.

c. Establecer la finalidad legítima del tratamiento diferente.

La intervención de la norma o medida limitadora del derecho a la igualdad debe ser adecuada para alcanzar la finalidad constitucional perseguida por él o los otros derechos fundamentales. Una intervención es ilegítima cuando hace irrealizable la finalidad proyectada u otra igualmente valiosa cómo o cuando tiene efecto positivo para lograr la finalidad perseguida.

d. Examen de idoneidad, mediante el cual se analiza si el trato diferente (medida) permite lograr el fin legítimo constitucional (relación medio-fin).

e. Examen de necesidad, en el que se determina si existen otras medidas hipotéticas al trato diferente igualmente idóneas y menos gravosas (relación medio-medio).

f. Proporcionalidad en sentido estricto, que requiere una comparación entre el grado de satisfacción del fin legítimo que sustenta el trato diferente y el grado de intervención en la igualdad. En caso de que el resultado sea que la intensidad en la intervención en la igualdad es mayor que el nivel de optimización del fin legítimo detrás del trato diferente, entonces se estará ante un trato discriminatorio inconstitucional.

En esa línea, es fundamental tener presente que el Tribunal Constitucional también ha puesto especial realce en la ya mencionada “discriminación por indiferencia”. Para ejemplificar, en el caso recaído en el Expediente 02437-2013-PA/TC, se tenía que el centro comercial Plaza Vea había fijado como regla general para todo el público que ingresara a sus instalaciones que no se permitía el ingreso de animales por medidas de salubridad. Ante esto, surgió una controversia constitucional en tanto las personas con discapacidad visual que usaban como asistencia a perros guía no podían hacerlos ingresar. En ese sentido, el Tribunal indicó que con dicha medida se estaba desconociendo el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad visual, pues no se les estaba permitiendo el acceso al supermercado en igualdad de condiciones, ignorando que los perros guías servían para que estas personas se desarrollaran de forma autónoma y segura.

Así, el Tribunal concluyó que se estaba ante una discriminación por indiferenciación al imponer una prohibición general a todo tipo de supuestos, desconociendo la existencia de circunstancias desiguales que no deben recibir el mismo trato. Entonces, en estos casos, la vulneración del derecho-principio de igualdad no ocurre porque se brindó un tratamiento diferenciado ante supuestos iguales, sino que se estableció un trato igual para situaciones desiguales. La comprensión de estos tratamientos diferenciados reviste absoluta importancia para la sociedad en tanto que, solo así, cualquier sentimiento de desigualdad o trato preferente hacia estos colectivos será rápidamente desbaratado.

Siguiendo esa línea, el Tribunal Constitucional ha incorporado, además, la doctrina de las “categorías sospechosas de discriminación”, entendida como:

... aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una presunción de inconstitucionalidad, la cual solo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable.³²

32 TC, Exp. 02317-2010- PA/TC.

Así es como estas categorías sospechosas vienen siendo los motivos proscritos señalados en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Cabe precisar que “cualquier otra índole” permite afirmar que no se está ante una lista cerrada y, como sostiene el propio Tribunal Constitucional, dicha disposición normativa es “una fórmula adoptada por el constituyente que permite actualizar el contenido de la Constitución frente al surgimiento de nuevas situaciones de vulnerabilidad”,³³ como la identidad de género, conforme lo resuelto en el caso de Ana Romero Saldarriaga, una mujer trans que solicitaba el cambio de su nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación.³⁴

De la mano de la referida doctrina, el Tribunal estableció la necesidad de aplicar un examen de escrutinio estricto cuando se advierte que la distinción se basa en una categoría sospechosa; así, si bien en el caso de los pueblos indígenas los ha reconocido como una “categoría sospechosa”, no ha sido consecuente en establecer que la carga de la prueba recaiga sobre los y las que presuntamente vulneraron el derecho a la igualdad. En cambio, en otros supuestos, cuando se parte de una presunción de constitucionalidad de la distinción realizada por el legislador u otro, solo se requiere un escrutinio leve, es decir, la carga de la prueba recae en quien alega que se ha contravenido su derecho a la igualdad; mientras que, en el escrutinio intermedio se exige una explicación entre el fin y la distinción para evaluar su relación.³⁵

Las sentencias estructurales

A grandes rasgos, las sentencias estructurales son aquellas a través de las cuales, a partir de un caso concreto en el marco de un proceso constitucional, se identifica la existencia de un estado de vulneración masiva, grave y reiterada de derechos fundamentales producto de *causas estructurales*. Por tanto, se establecen diversas órdenes complejas y con efectos generales que involucran a diferentes autoridades a fin de emprender un programa de acción —política pública— para resolver el problema constitucional diagnosticado. En ese sentido, Osuna afirma que “lo definitorio de las sentencias

33 TC, Exp. 05157 2014-PA/TC, FJ 19.

34 TC, Exp. 06040-2015-PAC/TC.

35 TC, Exp. 02317-2010-PA/TC, FJ 34.

estructurales es que el juez se habilita [...] para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas”.³⁶ Además, se incluye una orden de vigilancia o seguimiento a cargo del propio órgano emisor de la sentencia para asegurar que el estado de cosas detectado sea verdaderamente superado.³⁷

Así, en estas sentencias, cuyo antecedente principal recae en la sentencia *Brown v. Board of Education* expedida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954 en torno a la política educativa segregacionista implementada contra la población afrodescendiente, resulta relevante el concepto de discriminación estructural, usualmente presente en las poblaciones vulnerables y que ha roto con la visión de la discriminación desde el individualismo. Es decir, una discriminación entendida únicamente en relación con la persona víctima del tratamiento diferenciado injustificado. En efecto, siguiendo a Roberto Saba, se postula la existencia de una segunda concepción del principio de igualdad ante la ley que presta atención al aspecto grupal e histórico de la discriminación.³⁸

En ese sentido, el tratamiento de derechos basado en prejuicios, creencias o estereotipos deviene en la exclusión de determinados grupos por parte del resto de la sociedad, no solo en la esfera nacional —privada o pública—, sino también a nivel global. En este escenario, la razón de la exclusión responde a prácticas no actuales, sino que han existido de manera constante en el tiempo, en unos casos desde hace varias décadas y, en otros, desde hace siglos. Por tanto, este tipo de discriminación se presenta de varias formas en el Sur global y, en específico, en América Latina; sin embargo, no siempre ha estado presente al momento de abordar casos judiciales de grupos históricamente excluidos.

Ahora bien, en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la

36 Néstor Osuna, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 05. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Colección Konrad Adenauer, 2015, pp. 91-116.

37 Andrés Mauricio Gutiérrez, *El amparo estructural de los derechos*, Tesis para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid, 2016; César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A., 2016.

38 Roberto Saba, “(Des)igualdad estructural”, en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la constitución, 1853-2004*, Buenos Aires, UCES, 2004, p. 482.

Corte IDH precisó que los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”.³⁹ Al respecto, el juez Ferrer Mc-Gregor, en su voto razonado, estableció que “las discriminaciones estructurales tienen un componente de continuidad histórica que se perpetúa de manera sistemática en las sociedades actuales; y que, además, en la doctrina y en la jurisprudencia no había sido consolidada como un aspecto fundamental de la discriminación que sufren algunos grupos que han sido excluidos y marginados”.⁴⁰ En cuanto al sistema universal de derechos humanos, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad remarcó que la discriminación estructural “oculta patrones claros de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias, normas y/o reglas sociales, de género y los estereotipos perjudiciales que pueden llevar a tal discriminación”.⁴¹

Asimismo, el caso de la discriminación hacia la mujer en tanto práctica entendida como discriminación estructural es un buen ejemplo para comprender lo expuesto, pues este sector de la población lucha históricamente contra un “conjunto de prácticas institucionales y avaladas por el orden social, en que hombres y mujeres se enfrentan a distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y a diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido al hecho biológico de ser hombres o mujeres”.⁴² Por ende, podemos concluir, por orden lógico, que las mujeres son víctimas de discriminación por el solo hecho de serlo, debido a una serie de prejuicios sobre sus capacidades o los roles que deberían tener en la sociedad y que, como consecuencia, han restringido su acceso en igualdad de oportunidades a los espacios sociales e institucionales, sobre todo en América Latina.

Por esa razón, la Corte IDH ha determinado que estas situaciones de exclusión histórica generadoras de estereotipos obstaculizan la integración de los grupos vulnerables en el seno de la sociedad y facilitan la impunidad de

39 Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit., párr. 336.

40 *Idem*, voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 94.

41 Organización de las Naciones Unidas, Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General No. 3 sobre Mujeres y niñas con discapacidad, 2 de septiembre de 2016, CRPD/C/GC/3, párr. 17.e.

42 Citado en Paola Petellier, “La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, v. 60, 2014, p. 209.

las violaciones de los derechos humanos cometidas en su contra.⁴³ Esto en la medida que el estado de exclusión “no muestra relación necesariamente con lo que ellos hacen o dejan de hacer, sino con su pertenencia a un colectivo que sufre exclusión y marginación social, económica, política y/o cultural”.⁴⁴

De ese modo, como se ha mencionado, el problema constitucional que aborda una sentencia estructural está compuesto por la existencia de una vulneración masiva, grave y reiterada de derechos fundamentales que ha sido ocasionada no por sucesos coyunturales o aislados, sino por factores estructurales, los cuales provienen de la misma organización de la sociedad en la que se fijan ciertas posiciones y roles de inferioridad a grupos humanos caracterizados, principalmente, por su género, etnia, clase, nacionalidad, edad u otras condiciones. Esto lleva a que, en la práctica, sean discriminados y no puedan disfrutar equitativamente de los recursos públicos, lo que afecta de manera directa la satisfacción de sus necesidades básicas,⁴⁵ por lo que, los(as) principales destinatarios(as) de este tipo de sentencia son los grupos vulnerables.

Otro aspecto esencial para tener presente y que habilita al Tribunal a intervenir mediante una sentencia estructural es que tal estado de vulneración de derechos persiste en el tiempo gracias a un bloqueo institucional, esto es, “la anulación del poder de respuesta del Estado frente a un contexto social crítico”.⁴⁶ En otras palabras, media una inacción estatal prolongada en el tiempo, que no es un hecho aislado atribuible a una sola entidad pública, sino que el aparato en su conjunto ha rehuído a su obligación de hacer algo o ha venido actuando de forma negligente en favor de estos grupos en situación de vulnerabilidad. Ante ello es que el órgano emisor de la sentencia alerta de la situación y, a través de su decisión jurisdiccional, en aras del principio de colaboración entre poderes del Estado y otros organismos, busca un efecto de desbloqueo.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 113.

44 Claudio Nash, Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 05. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, Colección Konrad Adenauer, 2015, p. 129.

45 Daniel La Parra Casado y José María Tortosa Blasco, “Violencia estructural: una ilustración del concepto”, *Revista Documentación Social*, n.º 131, 2003, pp. 57-72.

46 Gutiérrez, *El amparo estructural de los derechos*, op. cit., p. 16.

En el caso específico del Perú, el Tribunal Constitucional precisó que el Estado se encuentra en la obligación de adoptar medidas de diversa índole para evitar que estos grupos se encuentren permanentemente sometidos a una situación de vulnerabilidad.⁴⁷ De esa manera, a través de su jurisprudencia, ha ido institucionalizando el uso de las sentencias estructurales mediante la adopción de la figura procesal del estado de cosas inconstitucional (ECI), creada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha servido para –entre otros– diagnosticar detrás de un caso concreto causas estructurales que han derivado en una vulneración masiva, grave y reiterada de derechos que traspasa la esfera subjetiva del demandante, y cuya responsabilidad por el hecho no recae en una sola institución pública, sino que es producto de un bloqueo institucional.

Así, por ejemplo, en el caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, recaído en el Expediente 00889-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional alertó que el uso de una lengua indígena u originaria conllevaba que las personas que las hablaran sufrieran actos de discriminación en el Perú por los prejuicios y estereotipos que aún persisten y los sitúan en una posición inferior en la estructura social que afecta el disfrute de sus derechos, siendo una muestra de esa fotografía el caso particular de la demandante. Por ende, el colegiado declaró un ECI en relación con la “ausencia de una efectiva vigencia del derecho a que el Estado se comuniqué oficialmente también en lenguas originarias, en las zonas del país donde ellas son predominantes”.

Así, ordenó que el Ministerio de Educación, junto con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática y otros, en un plazo de seis meses, tomaran acciones positivas y emprendieran un plan de acción para: 1) elaborar el Mapa Etnolingüístico del Perú previsto por la Ley de Lenguas (Ley 29735), 2) que todas las entidades, ya sean públicas o privadas, de la provincia de Carhuaz oficialicen el uso de la lengua quechua en un plazo de dos años. Además, el Tribunal mantuvo la facultad de seguimiento de su decisión.

Del mismo modo, en el caso de las hermanas Cieza, recaído en el Expediente 00853-2015-PA/TC, se puso en conocimiento del Tribunal Constitucional que autoridades educativas no autorizaron que las demandantes –quienes eran unas jóvenes campesinas– se matricularan en un

47 TC, Exp. 2834-2013-PHC/TC, FJ 20.

colegio de Educación Básica Regular para proseguir con sus estudios secundarios en Utcubamba, Amazonas, en tanto eran mayores de edad. Esto con base en que la normativa actual habilitaba que las hermanas Cieza estudiaran en un Centro de Educación Básica Alternativa. Sin embargo, estas alegaban que no había uno en el lugar donde vivían. Este acto lesivo concreto permitió que el Tribunal Constitucional peruano advirtiera una violación grave y reiterada del derecho fundamental a la educación de niños, niñas y adolescentes en las zonas rurales como consecuencia de factores estructurales de exclusión y bloqueo institucional que, a partir de estudios y estadísticas, se reflejaban en el tratamiento desigual a través del tiempo entre zonas urbanas y rurales en materia educativa.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró un ECI en torno a la accesibilidad y disponibilidad del derecho a la educación de las personas de extrema pobreza en las zonas rurales. Por tanto, ordenó al Estado que, de forma coordinada y en un periodo de tiempo determinado, diseñara, propusiera y ejecutara una política pública que tuviera como fin superar el problema constitucional detectado, señalando expresamente los departamentos del Perú que deberían tener prioridad.

En ese sentido, el Alto Tribunal demostró su apertura por incluir este tipo de sentencias a efectos de resguardar a las poblaciones más vulnerables históricamente, sobre las que el Estado había evidenciado un olvido sistemático que había contribuido a la pérdida de los derechos de estos grupos. Por ello, como máximo garante de la Constitución el Tribunal Constitucional no pudo ser indiferente.

Una muestra más de la recepción de las sentencias estructurales en el ordenamiento jurídico peruano fue la creación por parte del Tribunal, mediante la Resolución Administrativa 065-2020-P/TC del 1 de junio de 2020, del Sistema de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional, mediante el cual se asignó la facultad de seguimiento propio en determinados casos; por ejemplo, ante declaratorias de ECI o cuando sea indispensable para la protección efectiva del derecho vulnerado o amenazado. Así, esta facultad se podía concretar a través de audiencias periódicas de seguimiento y la emisión de autos de seguimiento con los resultados de la evaluación realizada sobre el grado de cumplimiento de sus decisiones. Desde su entrada en vigencia se puede dar cuenta de sentencias estructurales que tuvieron audiencias de seguimiento (tabla 2).

Tabla 2

N.º DE EXPEDIENTE	FECHA DE SENTENCIA	PROBLEMA CONSTITUCIONAL
Expediente 00889-2017-PA/TC, caso “Díaz Cáceres de Tinoco”.	17 de abril de 2019	Problema estructural en relación con la comunicación con el Estado en su lengua originaria.
Expediente 00853-2019grac5-PA/TC, caso “Hermanas Cieza Fernández”.	14 de marzo de 2017	Problema estructural en torno a la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas en extrema pobreza en el sector rural.
Expediente 04007-2015-PHC/TC, caso “M. H. F. C”	27 de junio de 2019	Problema estructural respecto a la salud mental de personas internadas en centros penitenciarios.
Expediente 05436-2014-PHC/TC, caso “C.B.”	26 de mayo de 2020	Problema estructural sobre hacinamiento penitenciario.

Fuente: elaboración propia.

Si bien este sistema fue desactivado por la actual composición del Tribunal Constitucional, su creación abrió el camino hacia la institucionalización de este tipo de sentencias y no ha impedido que se siga invocando su uso, aunque es una grave falencia que no se precise si el Tribunal puede o no ejercer la supervisión directa. Efectivamente, el 25 de julio de 2023, el Pleno del Tribunal Constitucional volvió a utilizar la figura del ECI en el Expediente 03383-2021-PA/TC y declaró la existencia del mismo en la región Loreto en relación con la vulneración masiva, grave y reiterada del derecho al agua potable, principalmente en las zonas en situación de pobreza, ante la falta de acceso a la red de agua y alcantarillado; por la contaminación ambiental producto de la falta de acopio y gestión de los residuos sólidos; así como por la ausencia de tratamiento –o la ejecución defectuosa del mismo– de las aguas residuales.

Así mismo, todo lo expuesto causó la vulneración de otros derechos fundamentales como la salud, la vida, el bienestar, la vivienda, entre otros, de las poblaciones vulnerables. En ese sentido, el Tribunal alertó que esta violación de derechos fundamentales no se trataba de casos aislados, sino que respondía a un “bloqueo institucional”, es decir, el propio Estado estaba desconociendo su obligación no solo de respetar los derechos, sino también de garantizarlos y protegerlos en el tiempo.

También resulta relevante cómo en su análisis el Alto Tribunal reconoce la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los demandantes

y el grupo poblacional al que pertenecían, lo que incide en el grado de diligencia que debe poner el Estado para atenderlos, invocando el principio *favor debilis*. De ese modo, enfatiza en el impacto diferenciado del daño ambiental, en atención a factores estructurales e inercia institucional que sitúan a determinados sectores en una situación de desventaja respecto a otros, resaltando a las comunidades en situación de pobreza de la región Loreto. De igual manera, al analizar el derecho al agua potable, en específico sobre su acceso, indica que el Estado tiene la obligación de brindar una atención preferente a los grupos poblacionales más vulnerables.

Ante dicho estado de cosas inconstitucional, el Tribunal señala que se requiere la actuación positiva coordinada de diversas entidades públicas para superar la vulneración de derechos fundamentales; por tanto, ordenó:

Disponer que las entidades demandadas precisan las situaciones de bloqueo institucional que limitan la posibilidad de cumplir debidamente con sus competencias relacionadas con el estado de cosas inconstitucional evidenciado, y se las informe al Tribunal Constitucional y a la Defensoría del Pueblo, con la finalidad de supervisar el cumplimiento cabal de lo dispuesto en esta sentencia y ampliar sus efectos a las entidades correspondientes, con base en los artículos 14 y 16 del Nuevo Código Procesal Constitucional; y teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 162 de la Constitución, “corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”.⁴⁸

Ahora bien, cabe precisar que las sentencias estructurales en el Perú no siempre han recurrido a la figura del ECI, muestra de ello es el caso de La Oroya, Expediente 2002-2006-PC/TC del año 2006. En dicho caso, el Tribunal, aunque no de forma explícita, puso en evidencia que detrás de la contaminación de plomo en la sangre en la población evaluada de la ciudad de La Oroya, por la actividad metalúrgica de la empresa norteamericana Doe Run Company desde 1997, existía la persistencia a través del tiempo de una visión de desarrollo económico por encima de la vida y el medio ambiente. Se evidenció que el propio Estado, con su permisividad e inacción ante lo que venía haciendo la empresa Doe Run, coadyuvaba a mantener el *statu quo* que sometía a los pobladores de La Oroya a soportar

48 TC, Exp. 03383-2021-PA/TC, punto resolutivo 5.

los estragos de la contaminación, perjudicando principalmente a las madres gestantes, niños y adultos mayores, incrementando sus niveles de vulnerabilidad.

Ante este panorama de violación masiva, grave y retirada de los derechos de los pobladores de La Oroya a partir de factores estructurales es que el Tribunal ordenó que se realizara un plan de acción. No obstante, no se incluyó una orden que permitiera darle el seguimiento que se merecía, llegando incluso a la Corte IDH. Así, el 27 de noviembre de 2023, la Corte Interamericana emitió sentencia declarando responsable al Perú por violar el derecho al medio ambiente, a la salud, a la vida y otros en agravio de un grupo de pobladores de La Oroya por la presunta contaminación generada por el Complejo Metalúrgico La Oroya, alertando que: “el riesgo de daño es particularmente alto para aquellos segmentos de la población que se encuentran actualmente en una situación de marginación o vulnerabilidad, incluyendo a las mujeres embarazadas, niños, niñas, adolescentes, y personas mayores”.⁴⁹

Las sentencias estructurales son herramientas útiles usadas por el Tribunal Constitucional peruano para poner en marcha nuevamente al aparato estatal a fin de que cumpla con su obligación de garantizar la plena vigencia los derechos fundamentales de todos y todas, en especial de los grupos más vulnerables en el país. Por ello, ante el *déficit* de derechos en agravio de tales grupos, como consecuencia de una discriminación estructural que los excluye e impide la satisfacción de sus necesidades básicas, sumado a la inercia estatal sistemática, el Tribunal aumenta su nivel de activismo para ordenar que el Estado tome acciones positivas y comience a implementar políticas públicas que respondan al grado de afectación de derechos que diagnosticó.

Perspectivas futuras

Poblaciones vulnerables como titulares de bienes esenciales

La condición de grupo o población vulnerable exige, como se ha señalado, la adopción de una serie de acciones positivas destinadas a proteger y satisfacer derechos fundamentales de las personas a los bienes esenciales. Sin

49 Corte IDH, Caso Comunidad de La Oroya vs. Perú, fundamento 231, Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Serie C, No. 511, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_511_esp.pdf.

embargo, esta condición de vulnerabilidad debe también afirmar que estas personas, además de ser sujetos de derechos, deberían ser considerados como titulares de bienes fundamentales, que es el origen de su vulnerabilidad, sobre todo en América Latina.

Luigi Ferrajoli sostiene que, tradicionalmente, las necesidades y los intereses vitales de las personas, las cuales merecen tutela y además son límites y vínculos para los poderes tanto públicos como privados, se han configurado bajo la forma de derechos fundamentales. No obstante, este lenguaje positivo de tales derechos resulta insuficiente para asegurar una garantía adecuada a todas las necesidades vitales, más aún cuando está en juego la accesibilidad o la conservación de bienes vitales que constituyen el objeto de estos derechos, o la inmunidad y la defensa frente a bienes mortíferos.⁵⁰

El reto del constitucionalismo contemporáneo es, entonces, precisar cuáles son estos bienes fundamentales. El Tribunal Constitucional ha establecido que la satisfacción de las necesidades debe enfocarse de manera prioritaria en aquellos que no puedan cubrirlas por sí mismos, es decir, cuando se encuentren en situación de pobreza extrema⁵¹ o cuando se hayan acreditado como condiciones previas la pobreza y la vulnerabilidad de la persona.⁵² En ese sentido podría tomarse en cuenta, a manera de ejemplo, la caracterización del agua como bien fundamental. Este bien es imprescindible para toda la sociedad, pero sobre todo para los pueblos indígenas, en tanto no solo constituye un bien esencial, sino también espiritual, por ejemplo, para las poblaciones amazónicas y andinas.

Por ende, el agua puede ser entendida como un bien común y un bien natural, con la exigencia de ser “protegido mediante prohibiciones tanto de lesión como de privatización, garantía de conservación y accesibilidad a todos, [así como] su prestación y su distribución artificiales y sociales”.⁵³ Por eso, para lograr la caracterización de los bienes fundamentales materiales e inmateriales es importante definir –aunque no de manera taxativa, como ya se precisó– algunos grupos vulnerables y la importancia de atender sus necesidades a la luz de sus condiciones actuales.

50 Luigi Ferrajoli, *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta, 2019, p. 208.

51 TC, Exp. 02945- 2003-AA/TC, FJ 48.

52 TC Exp. 01470-2016-PHC/TC, FJ 33.

53 Ferrajoli, *Manifiesto por la igualdad*, *op. cit.*, p. 220.

Así, desde una perspectiva local y regional, los siguientes colectivos más presentes y desventajados en ese lado del planeta son quienes ameritan ser incluidos como sujetos de especial protección:

Los niños, niñas y adolescentes como población vulnerable

Para empezar, es necesario advertir que el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que para los efectos de dicho tratado “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Ahora bien, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, sin embargo, tienen otros derechos especiales justificados por su condición de vulnerabilidad en sociedades patriarcales, discriminatorias y violentas, en tanto existen obligaciones especiales a su favor por parte de la familia, la sociedad y el Estado.⁵⁴ Así, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce esta obligación de cuidados especiales a su favor, mientras que el artículo 19 de la CADH señala: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Esta condición también ha sido reconocida a nivel jurisprudencial. Así lo advirtió la Corte IDH por primera vez en el caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, al afirmar que las obligaciones traídas por los Estados en virtud del artículo 19 de la CADH incluyen: “la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”.⁵⁵ Aunado a ello, están los principios rectores que deben resguardar a los menores de forma integral. Estos son:

... el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación,

54 Humberto Nogueira, “Los estándares de la CIDH sobre niños en situación de riesgo como grupo vulnerable que requieren de medidas especiales de protección por parte del Estado”, en *Pensamiento Constitucional*, n.º 20, 2015, p. 186.

55 Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párr. 196.

los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.⁵⁶

Como corresponde, esta protección internacional en favor de los niños, niñas y adolescentes ha tenido una correlación en el derecho peruano, sobre todo desde la aceptación de los estándares internacionales y la aplicación del principio del interés superior del menor de edad. Este último

... presupone colocar a los niños en un lugar privilegiado en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, por lo que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.⁵⁷

Es importante advertir que, así como existe una protección reforzada en favor del menor de edad en general, puede haber escenarios específicos en donde es posible exigir una doble protección reforzada, toda vez que hay situaciones que agravan en mayor medida la situación de vulnerabilidad de este grupo humano.

De ese modo, para el caso peruano, la niñez como población vulnerable frente a la violencia terrorista ha sido identificada en la Política Nacional Multisectorial de Lucha Contra el Terrorismo.⁵⁸ Asimismo, esta podría ser la situación de los niños con problemas de salud o enfermedades, como es el caso del VIH/sida. Como ha advertido el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño, la discriminación hace que se deniegue a estos el acceso a la información, la educación, los servicios de salud, la atención social o a la vida social, pero también en su forma más extrema esta discriminación se evidencia en el abandono de la familia, la comunidad y la sociedad,⁵⁹ como se hizo patente de forma dramática durante la pandemia del covid-19 en el Perú.

56 Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21, párr. 68.

57 TC, Exp. 02595-2014-PA/TC, FJ 14.

58 TC, Exp. 00005-2020-PI/TC, FJ 183.

59 Comité de los Derechos del Niño, “Observación General 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño”, 2003.

Una situación similar se presenta en el caso de la niñez en situaciones de conflicto armado. Por tanto, la Corte IDH considera necesario reforzar “los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, [...] los niños refugiados y desplazados, [y] los niños en situaciones de conflicto armado”.⁶⁰ Igual ocurre con la situación de los niños, niñas y adolescentes refugiados y migrantes, sobre todo cuando estos no están acompañados, pues se encuentran desconectados de su entorno familiar, fuera de su país de residencia habitual y expuestos a peligros como las redes de tráfico de personas.⁶¹

Todos los ejemplos previamente desarrollados permiten afirmar, una vez más, que la situación de vulnerabilidad de la niñez como colectivo está agravada por la existencia de una discriminación interseccional. Por ejemplo, en el caso *González Lluy y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH advirtió que en la víctima confluían factores de discriminación por su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH, al ser excluida de los sistemas educativo y de salud indispensables para su bienestar.⁶²

Refugiados y migrantes

Los recientes fenómenos migratorios en América Latina, como los más de siete millones que han emigrado de Venezuela y dos millones de Haití, han permitido advertir la crisis y los problemas que afrontan los refugiados y migrantes; a esto se suman las oleadas migratorias en todos los continentes, formando corrientes de inmigración que se incrementan año a año en la región, debido a razones de pobreza, conflictos armados, crisis climáticas, etc. No corresponde aquí abordar las diferencias conceptuales entre un refugiado y un migrante en tanto que en ambos supuestos estamos frente a grupos en situación de vulnerabilidad. En ese sentido, la Corte IDH, en el caso *Pacheco Tineo vs. Bolivia*, referido a una familia peruana refugiada

60 Corte IDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134, párr. 156.

61 TC, Exp. 00688-2020-PHC/TC, FJ 34.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 298, párr. 209.

en Bolivia, aplicó el *corpus iuris* internacional de las personas migrantes, poniendo énfasis en las cláusulas referentes a la no discriminación.⁶³

Ahora bien, la Corte IDH ha sostenido que, por lo general, los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos frente a los nacionales o residentes,⁶⁴ dado que acerca de los migrantes existen prejuicios culturales, étnicos, además de la xenofobia y el racismo, dificultades económicas y sociales, lo que ocasiona la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.⁶⁵ Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha pedido tener presente esta vulnerabilidad basada, entre otras cosas, en las diferencias de idioma, costumbres y culturas, aunado a las dificultades económicas y sociales y los obstáculos de retorno para los migrantes indocumentados o en situación irregular.⁶⁶

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha advertido la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la mayoría de las personas migrantes provenientes de Venezuela.⁶⁷ En ese caso, se discutía si los criterios específicos de vulnerabilidad exigidos por las autoridades migratorias eran excluyentes de otras condiciones particulares de las personas, precisando el Tribunal que,

... independientemente del hecho de que las autoridades nacionales gocen de un importante margen de apertura para la adopción de políticas migratorias, no se condice con la lógica tuitiva de los derechos el que solo se reconozca a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad –con la evidente exclusión inmediata de otros– la posibilidad de acceder a figuras que permiten el ingreso a territorio nacional por razones humanitarias.⁶⁸

63 Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 272, párr. 129.

64 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 112.

65 *Ibid.*, párr. 113. Véase también Asamblea General de las Naciones Unidas, “Protección de los migrantes”, sesión del 24 de febrero de 2000, p. 2; Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, cit., párr. 112.

66 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166, “Protección de los migrantes”, p. 2.

67 TC, Exp. 00688-2020-PHC/TC, FJ 17.

68 *Ibid.*, FJ 70.

Este contexto, con algunos matices, está presente también en el caso de los migrantes provenientes de desplazamientos internos. Esto debido a que muchas veces, por razones de conflicto interno en zonas rurales –terrorismo, guerrillas, narcotráfico o desastres naturales–, las poblaciones campesinas son víctimas de la pérdida de la tierra y de la vivienda, la marginación, la pérdida del hogar, el desempleo, el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida, el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la inseguridad alimentaria y la desarticulación social,⁶⁹ lo cual también demanda una protección especial.

Pueblos indígenas y tribales

La situación de los pueblos indígenas y tribales merece especial atención en tanto se está frente a un colectivo históricamente excluido de la sociedad, en donde la discriminación estructural y sistémica previamente abordada se hace evidente, sobre todo en los países andinos y amazónicos. Por ello, “debe tenerse presente [...] el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica”.⁷⁰ Por esta razón, los Estados deben otorgar una protección efectiva en su favor 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.⁷¹

Por ende, una protección adicional o reforzada con la que cuentan las comunidades ha sido el derecho a la consulta previa para que el Estado otorgue concesiones a las empresas para la explotación de sus recursos naturales renovables –forestal, caza, pecuario– y no renovables –minería, petróleo, gas–, o el desarrollo de infraestructura –represas, hidroeléctricas, puentes, autovías, puertos, aeropuertos, etc.–. De esa manera, se les otorga un mecanismo de salvaguarda a sus territorios, tomando en cuenta su vínculo no solo material, sino también espiritual y ancestral con sus tierras, ríos, flora y fauna. A ese tenor, el Convenio 169 de la OIT establece en su

69 Corte IDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, cit., párr. 175.

70 TC, Exp. 0022-2009-PA/TC, FJ 14.

71 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 6 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 142, párr. 63.

artículo 6, literal a), inciso 1, que los gobiernos “deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

En ese mismo sentido, inicialmente en Perú, el Tribunal Constitucional afirmó que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta está conformado por: 1) el acceso a la consulta, 2) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta y 3) la garantía del cumplimiento de los acuerdos establecidos en la consulta, sin que forme parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.⁷² Sin embargo, pese a este reconocimiento —que fue sostenido en el tiempo—, en una regresiva sentencia el Tribunal Constitucional, con una nueva composición, ha afirmado que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución y, por ende, no puede ser entendido como un derecho fundamental.⁷³

Tal posición resulta preocupante en tanto el Tribunal Constitucional no solo desconoce su jurisprudencia previa, sino que desacata la jurisprudencia de la Corte IDH. Asimismo, resulta alarmante que aun cuando este Tribunal advirtió en la misma sentencia que el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169 de la OIT,⁷⁴ desconoció el carácter vinculante de los derechos humanos, ya que el Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno para desconocer sus obligaciones internacionales. De la misma forma, porque los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte, como es el caso del Convenio 169, tienen rango constitucional.⁷⁵

De otro lado, ante la expansión de las grandes empresas y colonos en aras de explotar los recursos naturales y forestales, lo cual agrava la situación de vulnerabilidad de los espacios andinos y amazónicos, se erige como indispensable que la propiedad sobre la tierra, el territorio y sus recursos naturales esenciales sean entendidos como bienes fundamentales para la

72 TC, Exp. 00022-2009-PA/TC, FJ 37

73 TC, Exp. 03066-2019-PA/TC, FJ 3.

74 *Ibid.*, fundamento jurídico 4.

75 TC, Exp. 0025-2205-PI/TC, FJ 26.

vida de los pueblos indígenas y tribales.⁷⁶ La justificación de esta exigencia está en la relación de estos pueblos con sus territorios, un tema que trasciende a lo meramente material y que, según ha advertido la Corte IDH, tiene una implicación espiritual. Algo similar ocurre con la jurisdicción de las comunidades campesinas o nativas en el Perú que, a tenor lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución, “pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”.

Test para las poblaciones vulnerables

Una vez identificados y caracterizados los principales grupos vulnerables, su estatus legal y jurisprudencial, así como sus desventajas en la *praxis* social, es importante esbozar un *test* de vulnerabilidad,⁷⁷ que sirva de herramienta para reforzar la protección de sus derechos constitucionales y convencionales de bienes esenciales como derechos fundamentales globales. Para ello, se podría categorizar a las poblaciones y los colectivos vulnerables de acuerdo con los siguientes criterios:

Ratione personae. Debido a la persona, se identificaría en un sentido colectivo a los grupos vulnerables, que enfrentan situaciones de discriminación histórica y estructural, tanto por su fragilidad social y económica –pueblos indígenas, migrantes–, como por su fragilidad física –personas con discapacidad, niños, mujeres, adultos mayores–; sobre todo al ser principalmente minorías que deben enfrentarse a la indiferencia de las mayorías o la comodidad de los grupos privilegiados. Por consiguiente, demandan una protección especial frente a los abusos, las agresiones verbales o físicas, a los ultrajes y las violaciones regulares, tanto en los ámbitos social y privado –incluso familiar– como en la esfera pública por quienes ejercen el poder del Estado.

Ratione materiae. En razón de la materia, como regla general, se podría identificar la relación jerárquica entre la mayoría y las minorías, a través de dos factores. Por un lado, la invisibilización que sufren de *iure*

76 César Landa, *Derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios. Apuntes desde una perspectiva constitucional*, Lima, Ministerio de Cultura, 2020, pp. 159 ss.

77 Rosmerlin Estupiñán-Silva, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, en Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (coords.), *Derechos Humanos y Políticas Pública*, Barcelona, Laurence Burgogue-Larsen, Universidad Pompeu Fabra, 2014, pp. 201 y ss.

por parte del Estado, que les impide o restringe el acceso a bienes esenciales para cubrir necesidades básicas y, en consecuencia, se ven privados de gozar de los derechos de dignidad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo, como niños y migrantes. Por otro lado, a la acción comisiva de determinados grupos dominantes –económicos, mediáticos y culturales– que someten de *facto* a las minorías, ya sea con la tolerancia o indiferencia del Estado, a un trato discriminatorio histórico y sistemático –pueblos indígenas, LGTBI, personas con discapacidad– en la satisfacción de bienes esenciales y reconocimiento de derechos fundamentales. Lo anterior es aplicable a los emergentes grupos vulnerables debido a los fenómenos globales como la crisis climática y las amenazas de la nueva sociedad digital, así como respecto a grupos poblaciones que si bien no son minoritarios en número –como las mujeres en el Perú– en la vida cotidiana se les asigna un valor menor en la “jerarquía social”.

Con base en este test de vulnerabilidad se pueden entender por grupos vulnerables aquellos que, en virtud de su género, raza, condición económica, social, laboral, cultural, étnica, lingüística, cronológica, ambiental, digital o funcional, sufren por acción u omisión la precariedad o discriminación en la regulación de su situación por parte de los poderes públicos y privados, así como la falta de reconocimiento de los bienes esenciales y derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional.⁷⁸

Diálogo entre sistemas para la protección reforzada de las poblaciones vulnerables

En los apartados anteriores se ha evidenciado la constante interacción entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y la labor del Tribunal Constitucional peruano en los primeros lustros de la transición democrática, en aras de fortalecer y ampliar el parámetro de protección de aquellos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Y es que, como reconoció el propio Tribunal Constitucional en su oportunidad, tanto el constitucionalismo como el derecho internacional de

⁷⁸ Jorge González, María Hernández y Alfredo Sánchez-Castañeda, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez (coords.), *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, México, UNAM, 2001, p. 227.

los derechos humanos comparten una “identidad nuclear sustancial”, esto es, el valor de la dignidad humana como fin último del poder.⁷⁹

En ese sentido, en el actual escenario peruano, convendría recordar que los derechos humanos contenidos en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados sobre la misma materia ratificados por el Perú, a tenor de lo dispuesto en la Cuarta disposición final y transitoria de la Carta Magna: “Cuarta. Interpretación de los derechos fundamentales Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Una norma de rango legal, como es el caso del Código Procesal Constitucional, precisa lo mismo en el siguiente sentido:

Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.

Sin embargo, desde hace dos lustros ese diálogo jurisdiccional se ha resquebrajado, sobre todo, a partir de que el Tribunal Constitucional ha sido puesto bajo la agenda conservadora de la mayoría del Congreso, lo cual se ha normalizado con la nominación de la mayoría de los jueces del tribunal. Muestra de ello son las sentencias que desacatan la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH, al denegar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas como un derecho fundamental, el rechazo al matrimonio homo-afectivo, como también el desacato de las sentencias Barrios Altos y La Cantuta contra el Perú, al ordenar la liberación de Alberto Fujimori.

79 TC, Exp. 2730-2006-PA/TC, 2006, FJ 9.

Pero, en consonancia con la normativa interna, se debe tener presente que la Corte IDH ha advertido que cuando abordamos la cuestión de las personas en situación de vulnerabilidad no basta con garantizar el respeto de sus derechos fundamentales, sino también que deben adoptarse una serie de medidas adicionales en virtud de su situación particular. Así, indicó que

... toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. [...] no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.⁸⁰

Esto exige la concreción de acciones positivas en favor de estos colectivos, dejando de lado una concepción clásica de protección de los derechos humanos entendidos como abstenciones por parte del poder público. Dicho de otro modo, para proteger derechos humanos no basta que el Estado se abstenga de cometer acciones consideradas como clásicas violaciones de los derechos como es una ejecución extrajudicial, la tortura o la censura de publicaciones, entre otros, sino que además deberá tomar acciones concretas a través de mandatos positivos.

En ese sentido, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la Corte IDH ha señalado que, tomando en consideración el artículo 2 de la CADH,⁸¹ existe una obligación de los Estados de adaptar su derecho interno conforme a las necesidades específicas de las personas o los grupos de personas protegidas por los derechos no solo civiles y políticos, sino también –progresivamente– por los derechos económicos y sociales. Esta posición fue impulsada, a partir del año 2015, cuando la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó los Principios de la Agenda

⁸⁰ Corte IDH, Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149, párr. 103.

⁸¹ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

2030 que estableció 17 Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS),⁸² los cuales tienen como meta “poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo” y “revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible”; medidas que son también derechos humanos y condiciones básicas para la democracia.

De allí la necesidad de brindar un enfoque global que no puede basarse en perpetuar a los poderosos y grandes intereses mundiales y locales, dejando atrás a los más necesitados, sino que, en un proceso de diálogo constitucional e internacional, se debe refundar el orden mundial sobre valores solidarios y de bienestar en procura de todos y, en particular, de los grupos vulnerables. Esta es una tarea de los líderes de la región, principales responsables de garantizar la defensa de la persona humana y el respeto de la dignidad de los grupos vulnerables.

Conclusiones

La búsqueda por optimizar la igualdad en su dimensión material es un reto que cada día se enfrenta a nuevas amenazas, lo que demanda una atención prioritaria por parte de los Estados constitucionales, toda vez que existen sectores de la población que se encuentran en una situación de

82 “1) Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo; 2) Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; 3) Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades; 4) Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos; 5) Lograr la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas; 6) Garantizar la disponibilidad de agua y su ordenación sostenible y el saneamiento para todos; 7) Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos; 8) Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; 9) Construir infraestructura resiliente, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación; 10) Reducir la desigualdad en y entre los países; 11) Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles; 12) Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; 13) Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos (tomando nota de los acuerdos celebrados en el foro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático); 14) Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible; 15) Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, efectuar una ordenación sostenible de los bosques, luchar contra la desertificación, detener y revertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica; 16) Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles y 17) Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible”.

vulnerabilidad histórica y sistemática que afecta la satisfacción de sus necesidades básicas, poniendo en peligro su propia supervivencia.

Frente a este panorama, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha jugado un papel importante, con sus aciertos y desaciertos, en releer el derecho a la igualdad y no discriminación a fin de evidenciar que no todos(as) salen de un mismo punto de partida y, por tanto, el Estado se encuentra obligado a revertir dicha situación de desventaja. Así, desde el uso de figuras como el test de la igualdad y las acciones afirmativas, hasta la implementación de sentencias como las sentencias estructurales, se evidencia el intento por elevar el grado de protección de los sujetos en situación de vulnerabilidad que solicitan su auxilio judicial.

En ese marco, se presentan múltiples desafíos no solo a nivel interno, sino también regional y mundial, que requieren pensar nuevas maneras de proteger a todos y todas en su diversidad, atendiendo a sus necesidades y sin ser indiferentes a un mundo cada vez menos equitativo. Muchos países en desarrollo se han beneficiado, aunque de forma desigual, del constante crecimiento económico de las últimas décadas; sin embargo, con la pandemia del covid-19, el mantenimiento de las estructuras socioeconómicas discriminatorias y desiguales, así como la desaceleración económica mundial, han generado inestabilidad social y política en el Perú debido a la falta de una redistribución equitativa de dicha riqueza.⁸³ Por ello, se hace imprescindible un trabajo articulado entre los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos, constitucionales y convencionales, para evitar que ciertos grupos de personas vulnerables sigan siendo excluidos del goce de los recursos públicos y se les brinde la tutela especial que necesitan para la defensa de su dignidad.

Bibliografía

- Estupiñán-Silva, Rosmerlin, “Vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, en Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (coords.), *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Barcelona, Laurence Burgorgue-Larsen, Universidad Pompeu Fabra, 2014.
- Ferrajoli, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta, 2019.

83 World Bank Group, *Correcting Course. Poverty and Shared Prosperity 2022*, WBG, p. 65, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/37739/9781464818936.pdf>.

- González, Jorge, María Hernández y Alfredo Sánchez-Castañeda, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez (coords.), *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, tomo III, México, UNAM, 2001.
- Gutiérrez, Andrés, *El amparo estructural de los derechos*, Tesis para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid, 2016.
- Henning, Mônia y Sabrina Lima, “A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da Opinião Consultiva 24/2017”, *Revista Ius et Veritas*, n.º 61, 2020, pp. 195-206.
- Instituto de Estudios Peruanos, *I Encuesta nacional de percepción de desigualdades 2022*, Informe preparado para Oxfam, 2022, https://oi-files-cng-prod.s3.amazonaws.com/peru.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/I%20Encuesta%20nacional%20de%20percepci%C3%B3n%20de%20desigualdades-ENADES%202022-v2.pdf.
- La Parra Casado, Daniel y José María Tortosa Blasco, “Violencia estructural: una ilustración del concepto”, *Revista Documentación Social*, n.º 131, 2003, pp. 57-72.
- Landa, César, “El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”, *Revista Estudios Constitucionales*, v. 19, n.º 2, Chile. 2021.
- Landa, César, “Constitucionalismo global y nacional ante la pandemia del Covid-19”, *Federalisti.it Rivista di Diritto Pubblico Comparato, Europeo*, n.º 15, 2021, Rivista Telemática.
- Landa, César, *Derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios. Apuntes desde una perspectiva constitucional*, Lima, Ministerio de Cultura, 2020.
- Landa, César, *Los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*, Lima, Ministerio de Cultura, 2016.
- Narváez Liceras, Alejandro, “¿Cuánta pobreza podemos soportar en el Perú?”, en *Otra Mirada*, 2023, <https://otramirada.pe/%C2%BFcu%C3%A1nta-pobreza-podemos-soportar-en-el-per%C3%BA>.
- Nash, Claudio, “Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (eds.), *Justicia*

constitucional y derechos fundamentales N° 05. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales, Bogotá, KAS, 2015.

Nogueira, Humberto, “Los estándares de la CIDH sobre niños en situación de riesgo como grupo vulnerable que requiere de medidas especiales de protección por parte del Estado”, en *Pensamiento Constitucional*, n.º 20, 2015.

Osuna, Néstor, “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 05. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Bogotá, KAS, 2015, pp. 91-111.

Petellier, Paola, “La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, n.º 60, 2014, pp. 205-215, en <http://www.t.ly/Tbjc>.

Rey Martínez, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008.

Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A., 2015.

Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, Buenos Aires, UCES, 2004.

World Bank Group, *Correcting Course. Poverty and Shared Prosperity 2022*, WBG, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/37739/9781464818936.pdf>.

Jurisprudencia

Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 6 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 142.

Corte IDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134.

Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, Serie C, No. 63.

Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 272.

Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 298.

Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C, No. 351.

Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 318.

Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149.

Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.

Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Serie A, No. 21.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 4391-2011-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02437-2013-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00005-2020-PI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00022-2009-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 0025-2205-PI/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00688-2020-PHC/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 01470-2016-PHC/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02595-2014-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02835-2010-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02945- 2003-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 03066-2019-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 1272-2017-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 2834-2013-PHC/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00606-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00374-2017-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 01594-2020-PA/TC.

- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00688-2020-PHC/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 01470-2016-PHC/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02834-2013-PHC/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00004- 2006-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 1272-2017-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02861-2010-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00001-00003-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 05652-2007-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 045-2004-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02317-2010- PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 05157 2014-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 06040-2015-PAC/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00889-2017-PA/TC
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00853-2015-PA/TC
- Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 03383-2021-PA/TC.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto B. S. c. España (Demanda 47159/08), Sentencia de 24 de julio de 2012.

La protección jurisprudencial de las minorías, grupos en situación de vulnerabilidad, y discriminación estructural en Uruguay

URUGUAY

María Paula Garat*

Protección constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación

El artículo 8 de la Constitución uruguaya establece: “Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”.¹ Asimismo, el artículo 72 prevé que la enumeración de derechos realizada en la Constitución no excluye otros que sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno. A partir de este último, la doctrina ha fundado, primero, la “constitucionalización” del derecho internacional, y, más recientemente, la aplicación de un bloque de derechos o bloque de constitucionalidad.

En este sentido, sostuvo Risso Ferrand que, por esta vía, “se equipara el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.² Este bloque se conforma con los derechos de reconocimiento explícito en las disposiciones constitucionales o convencionales aplicables, y los implícitos.³

* Doctora *cum laude* y magíster en Derecho Constitucional (Premio Extraordinario), Universidad de Sevilla (España). Profesora e Investigadora de Alta Dedicación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay. maria.garat@ucu.edu.uy.

1 Constitución uruguaya de 1967. El texto es similar al contenido en la primera Constitución uruguaya de 1830, artículo 130.

2 Martín Risso Ferrand, “El derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”, en Miguel Tomé (coord.), *El Derecho entre dos siglos*, tomo I, Montevideo, Ucdal, 2015, pp. 193-214, 209.

3 Humberto Nogueira Alcalá, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”, *Revista de Derecho Ucdal*, n.º 5, 2016, p. 93; Risso Ferrand, “El derecho constitucional y el derecho internacional

En la Sentencia 365/2009 del 19 de octubre, la Suprema Corte de Justicia recibió la noción de “bloque de derechos”, sosteniendo:

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos. [...] En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la ‘persona humana’ (Risso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 2.^a edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114)”.⁴

Asimismo, con particular referencia a la igualdad, en el fallo 247/2022 del 22 de marzo, la Suprema Corte de Justicia agregó: “la integración del artículo 8 a la parte dogmática de la Constitución y su consideración contextual con el artículo 72 convoca la gravitación del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos conformado por las disposiciones constitucionales así todas las otras fuentes que reconocen derechos inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno”.⁵

Por consiguiente, dentro del bloque de derechos se incluye al derecho de igualdad ante la ley y al principio de no discriminación. Además de los artículos 8 y 72 de la Constitución uruguaya, corresponde recurrir a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Asimismo, son aplicables en Uruguay, y conforman el bloque de derechos, otros derechos reconocidos en otros tratados internacionales ratificados por el Estado, por ejemplo: la Convención Internacional sobre

de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 207; Martín Risso Ferrand, *Derechos Humanos. Interpretación y Aplicación*, Montevideo, FCU, 2022, p. 54; Nils Helander Capalbo, “El control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿una garantía para la disciplina regional o para el diálogo jurisprudencial?”, en Miguel Tomé (coord.), *El Derecho entre dos siglos*, tomo I, Montevideo, Ucedal, 2015, p.183; María Paula Garat, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2020, p. 374.

4 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 365/2009 del 19 de octubre.

5 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 247/2022 del 22 de marzo.

la eliminación de todas las formas de discriminación racial⁶ y la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia;⁷ la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,⁸ y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belén do Pará);⁹ o la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.¹⁰

En esta primera aproximación a la protección constitucional de la igualdad y no discriminación en Uruguay también corresponde advertir la evolución del control de constitucionalidad que realiza la Suprema Corte de Justicia, al momento de analizar la compatibilidad de diferenciaciones creadas por la ley con este principio.

En este sentido, en una investigación llevada a cabo en la Universidad Católica del Uruguay advertimos tres puntos de relevancia para el presente análisis: 1) que la Corte fue paulatinamente abandonando la histórica cita del profesor uruguayo Justino Jiménez de Aréchaga que se inspiraba en la jurisprudencia estadounidense de 1896 (*Plessy v. Ferguson*), esto es, en la doctrina de “iguales pero separados”, que luego fue superada;¹¹ 2) que des-

6 Ratificada por Ley 13.670 del 1º de julio de 1968.

7 Ratificada por Ley 19.517 del 21 de julio de 2017.

8 Ratificada por Ley 17.679 del 31 de julio de 2003.

9 Ratificada por Ley 16.735 del 5 de enero de 1996.

10 Ratificada por Ley 19.430, del 8 de septiembre de 2016.

11 En la investigación se sostuvo: “La Suprema Corte de Justicia de Uruguay recurrió, durante décadas, a una cita de Justino Jiménez de Aréchaga que, recordando una jurisprudencia estadounidense, señalaba que las diferenciaciones no podían ser caprichosas y que debía, dentro de cada categoría, tratarse a todos en forma igualitaria (por ejemplo, SCJ, sentencia 122/2007, 10 de agosto). Este punto de partida era complejo y condujo a que la igualdad fuera un valor sencillamente superable con el cumplimiento de esas dos condiciones”; Risso Ferrand, Martín, María Paula Garat y Dafna Asencio De León, “El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º 25, 2022, p. 210. Sobre este punto también puede consultarse: Martín Risso Ferrand, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”, *Revista de Derecho*, n.º 5, 2016, pp. 171-192. En relación con la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos puede verse Eduard Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Editorial Fraterna, 1987, pp. 641 y ss. Este autor señaló que “en el celebrado caso *Brown*, fallado en 1954, se afirmó que consideraciones semejantes ‘se aplican todavía con más fuerza a niños que asisten a la escuela de grados y al colegio secundario. ‘Separarlos’, dijo el presidente de la Suprema Corte Warren,

de 2011 y 2016 la Corte adoptó parámetros actuales para el control de los límites al principio de igualdad, como el test de igualdad¹² y el principio de proporcionalidad,¹³ respectivamente; y 3) que la Corte emplea los términos de “desigualdad” y “discriminación” en momentos como sinónimos, y en momentos refiriendo con la última noción a un concepto más estricto y basado en alguna de las categorías especialmente repudiables y previstas en el artículo 1.1 de la CADH, entre otros instrumentos.¹⁴

Previsión constitucional de protección de “grupos vulnerables”

La Constitución uruguaya no contiene la mención textual a “grupos vulnerables” o a “vulnerabilidad”, no obstante, prevé ciertas disposiciones especiales para algunos de los grupos que en derecho internacional y comparado se incluyen dentro de este concepto.

Si realizamos una lectura de la Constitución podemos extraer una especial protección, al menos en ciertos aspectos, hacia:

1. Los migrantes, al prever que “es libre la entrada de toda persona en el territorio de la República, su permanencia en él y su salida con sus bienes, observando las leyes y salvo perjuicios de terceros” (art. 37).¹⁵

en nombre de una Corte unánime, ‘de otros niños de edad y calificaciones semejantes solo a causa de su raza genera un sentimiento de inferioridad acerca de su condición en la comunidad, sentimiento que puede afectar sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente nunca podrá ser reparado [...] Llegamos a la conclusión de que en el campo de la educación la doctrina de las razas ‘separadas pero iguales’ no tiene lugar’; *ibid.*, pp. 641-642.

12 Con este test se analiza la razonabilidad de la causa de la distinción, la legitimidad de la finalidad, y la racionalidad (relación de proporcionalidad del medio con el fin). Al respecto puede ahondarse en Risso Ferrand, *Derechos Humanos. Interpretación y Aplicación*, *op. cit.*, pp. 146-148; Garat, María Paula, “Herramientas para la resolución de casos de derechos humanos”, en Martín Risso Ferrand, *Derechos Humanos. Interpretación y Aplicación*, Montevideo, FCU, 2022, pp. 192-194.

13 Corresponde notar que en la referida investigación se halló un empleo más usual del test de igualdad respecto del principio de proporcionalidad, pero la recurrencia igualmente a este último en algunos de los casos; véase Risso Ferrand, Garat, Asencio De León *et al.*, “El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay”, *op. cit.*, pp. 207-208.

14 *Ibid.*, pp. 203-223.

15 Igualmente, también incluye que “en ningún caso el inmigrante adolecerá de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad” (art. 37). Entiendo que actualmente esta disposición debe interpretarse en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos aplicable y no consistir en una discriminación hacia los migrantes, discapacitados o enfermos.

2. Las mujeres en relación con la maternidad, respecto de la que indica que “tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo” (art. 42). Asimismo, con relación a las mujeres y el trabajo, también se prevé que “el trabajo de las mujeres [...] será especialmente reglamentado y limitado” (art. 54).
3. Las personas en estado de pobreza o carentes de recursos, al establecer, por una parte, que “quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten” (art. 41), que “la ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición” (art. 45), y que la justicia será gratuita para los declarados pobres (art. 254). Asimismo, respecto de los adultos mayores carentes de recursos también se prevé que deberá existir una pensión a la vejez (art. 67).
4. Las personas menores de edad, en tanto indica que “la ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso” (art. 41), que la delincuencia infantil tendrá un régimen especial (art. 43), y que el trabajo de los menores de edad será especialmente reglamentado y limitado (art. 54).
5. Los enfermos o discapacitados que carecen de recursos, al establecer que “el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes” (art. 44), y que “dará asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para trabajar” (art. 46).
6. Las personas con trabajo dependiente o empleados, para los que prevé una serie de derechos: la independencia de su conciencia moral y cívica, la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal, la higiene física y moral, la distribución imparcial y equitativa del trabajo, y la alimentación y el alojamiento adecuados para los casos de permanencia en el establecimiento (arts. 53 a 57). También se establecen disposiciones sobre la seguridad social, por ejemplo, que debiera alcanzar los casos de “accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.” (art. 67).
7. Los adultos mayores, únicamente en lo que respecta al régimen jubilatorio (art. 67).

En similar sentido, y si bien la normativa uruguaya no prevé una caracterización de la condición de vulnerabilidad, o bien de cuáles son estos grupos, es posible hallar igualmente leyes específicas para ciertos grupos o situaciones que podrían catalogarse como tales. Mencionaré algunas únicamente a modo de ejemplo:¹⁶

1. La Ley 19.973, del 13 de agosto de 2021, indica que tiene por finalidad establecer programas que procuran “reducir la vulnerabilidad de los jóvenes, de las personas mayores de 45 años o con discapacidad, a través de medidas ordenadas a favorecer que se incorporen al mercado de trabajo, a reducir el riesgo de pérdida del empleo por falta de formación y capacitación y a facilitar su reinserción laboral” (art. 3).
2. La Ley 19.798, del 25 de septiembre de 2019 prevé, en su artículo 4, que “las personas con diabetes en situación de vulnerabilidad social y económica accederán a una alimentación saludable a través del Instituto Nacional de Alimentación” (art. 4).
3. La Ley 19.643, del 14 de agosto de 2018, establece que “la condición de persona víctima de tráfico de migrantes constituye un factor de vulnerabilidad a la trata de personas” (art. 4).
4. La Ley 19.580, del 22 de diciembre de 2017, contiene disposiciones especiales sobre la violencia hacia las mujeres basada en género. Asimismo, en el artículo 29 prevé algunas directrices para las políticas sobre personas mayores. Por ejemplo, se dispone que se deberá “facilitar el acceso de las mujeres mayores a mecanismos de denuncia adecuados y eficaces y de reparación de la violencia basada en género, teniendo especialmente en cuenta las situaciones de mayor vulnerabilidad” (art. 29).

Adicionalmente, corresponde observar que la Ley 19.682 del 7 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento y la protección al apátrida, incluye algunas condiciones que considera de vulnerabilidad. Establece: “En la interpretación del concepto de persona apátrida y en su protección y asistencia, se aplicará una perspectiva sensible al género, a la edad, a la diversidad u otras condiciones especiales de vulnerabilidad” (art. 40).

16 No es objeto del presente trabajo realizar un estudio exhaustivo de la normativa legal sobre la temática, se incluyen algunos ejemplos para ilustrar lo que se viene señalando.

Por otra parte, es posible consultar el trabajo elaborado por las Naciones Unidas sobre la situación de las personas LGBTI, en el que profundiza tanto en el marco normativo de protección a este grupo como en aspectos prácticos sobre los estereotipos de género y las barreras en el acceso a la justicia.¹⁷ El documento identificó cuatro desafíos a corto y mediano plazo para fortalecer el acceso a la justicia de las personas LGBTI, a saber:

(a) campañas de sensibilización, (b) fortalecimiento de los colectivos de la OSC [Organizaciones de la Sociedad Civil] en acceso a la justicia, (c) fortalecimiento de marco normativo antidiscriminación y de protección de los derechos de las personas LGBTI en Uruguay y de la respuesta institucional administrativa y judicial, y (d) discriminación estructural y pandemia de enfermedad coronavirus (COVID-19) para las personas LGBTI.¹⁸

Por último, el Ministerio de Desarrollo Social publicó datos sobre “indicadores sociales” que se encuentran clasificados según algunas categorías que se emparentan con estas condiciones de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, prevé indicadores sobre pobreza e ingresos, sobre personas en situación de calle, sobre acceso educativo y a tecnologías de la información, sobre vivienda, salud y violencia basada en género.¹⁹

Jurisprudencia de Uruguay

La presente investigación tuvo por objeto la revisión de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, órgano máximo del Poder Judicial de Uruguay, y con competencia exclusiva para la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes.²⁰ No obstante, también referiré a algunos fallos pronunciados por tribunales inferiores en acciones de amparo que también son interesantes en esta temática, con la necesaria aclaración de que el análisis de estos últimos no fue exhaustivo, y de que, en Uruguay, la acción

17 Organización de las Naciones Unidas, *Estereotipos nocivos de género y barreras al acceso a la justicia de personas LGBTI en Uruguay*, 2022.

18 *Ibid.*, p. 43.

19 La información se basa en la “encuesta continua de hogares” y es publicada en la página web oficial del Ministerio de Desarrollo Social. Puede ser consultada en: <https://www.gub.uy/ministerio-desarrollo-social/observatorio/indicadores> (última consulta: 30/5/2024).

20 El sistema de control constitucional de las leyes en Uruguay es un sistema concentrado. Al respecto pueden verse los artículos 256 y siguientes de la Constitución uruguaya.

de amparo no se entabla ante la Suprema Corte de Justicia, sino ante tribunales de primera instancia competentes para tales efectos.²¹

Uso de la noción de “grupos vulnerables”, “grupos en situación de vulnerabilidad”, “minorías”

En primer lugar, dentro de las sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad de las leyes por parte de la Suprema Corte de Justicia²² no se encuentra mención ni a “grupos vulnerables”²³ o “grupos en situación de vulnerabilidad”. No obstante, al ampliar la investigación a otras palabras relacionadas con la temática es posible encontrar algunos resultados.

Vulnerable

Al buscar la palabra “vulnerable” hay únicamente nueve resultados;²⁴ de estos podemos observar lo siguiente:

1. La Sentencia 160/2002 del 22 de mayo se refirió al monto jubilatorio recibido por una persona, en donde el demandante invocó que en la vejez “el individuo se vuelve más vulnerable”. Sin embargo, el fallo no hace mención expresa a esta condición.
2. La Sentencia 620/2012 del 13 de junio invocó expresamente la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y previó que este instrumento internacional “establece un marco de normas que autoriza a los Estados parte a dictar medidas positivas adecuadas de diferente naturaleza, que sean necesarias para suprimir la discriminación contra la mujer en todas las formas y manifestaciones”.
3. En la Sentencia 131/2015 del 7 de mayo se advirtió la consideración de los trabajadores dependientes como “población más vulnerable”

21 Para la presente investigación se empleó la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial, disponible en: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam> (última consulta: 24/5/2024). Corresponde aclarar que el análisis no es exhaustivo y no comprende toda la jurisprudencia, y que incluso la Base de Jurisprudencia no contiene, en general y salvo excepciones, sentencias de primera instancia.

22 La búsqueda se realizó en la Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial (última consulta: 24/5/2024).

23 Corresponde precisar que la expresión en singular “grupo vulnerable” arroja un resultado, la Sentencia 243/2020, que será comentada seguidamente.

24 Son las siguientes sentencias: 160/2002, 620/2012, 131/2015, 107/2018, 920/2019, 66/2020, 243/2020, 601/2022 y 1/2023.

en la discordia pronunciada por el doctor Ricardo Pérez Manrique y la doctora Rosina Rossi. Sostuvieron los jueces que: “los instrumentos que concreten el acceso a la justicia de la población más vulnerable, entre ellos los trabajadores dependientes, suponen en definitiva instrumentos de acción contra la exclusión social y la efectiva realización de derechos sustanciales”. La discordia agregó una consideración particular a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, indicando:

Señalan que el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Pues poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.²⁵

4. En la Sentencia 107/2018 del 19 de febrero, a través del fundamento expresado por la doctora Minvielle,²⁶ la Corte consideró como personas en situación jurídica vulnerable a los curatelados, esto es, a quienes se les designó un curador. En el caso se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 362 inciso 1 del Código Civil por una curadora que había sido removida provisoriamente del cargo. La referida disposición del Código Civil establece que una vez “denunciada la causa por la cual el tutor debe ser removido, y si ésta fuese legal, debe el Juez nombrar inmediatamente un tutor interino, por el tiempo que dure el juicio de remoción”.²⁷ El fallo señala que la remoción provisoria del curador —mientras dure el juicio de remoción— es una decisión que se adopta en forma previa al contradictorio, esto es, sin oír previamente al curador, y que, si bien podría implicar que el derecho de defensa podría estar aminorado, no vulnera el debido proceso, en tanto dicha medida se justifica en “la situación jurídica del sujeto que se encuentra vulnerable”, presenta un fin legítimo (“el resguardo o blindaje patrimonial del sujeto curatelado”) y supera el examen de proporcionalidad.

25 Discordia de los doctores Pérez Manrique y Rossi a la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 131/2015 del 7 de mayo.

26 El fundamento de la doctora Minvielle se incluyó en el texto de la sentencia.

27 Corresponde precisar que el artículo 431 del Código Civil hace aplicable el artículo citado a la curatela.

5. En la Sentencia 920/2019 del 1º de abril, la Corte se refirió a la Ley 19.580 sobre violencia basada en género. Identificó y utilizó la expresión de “grupo social vulnerable” para referirse a las mujeres de todas las edades y a las mujeres trans. La Corte puntualizó:

... ante un contexto social de violencia instalada contra las mujeres, el legislador identificó a éstas como grupo social vulnerable y que no se encuentra en pie de igualdad con los hombres a la hora de erradicar la violencia. Para ello es que se han arbitrado una serie de mecanismos institucionales afirmativos para proteger el derecho de las mujeres al goce efectivo de una vida libre de violencia basada en género, esto es, por su mera condición de mujer como tal.²⁸

6. En la Sentencia 243/2020 del 17 de agosto, la Corte también aludió a la Ley 19.580 sobre violencia basada en género y sostuvo que “a partir de desigualdades de corte estructural, el legislador para un grupo vulnerable consagró derechos y estableció restricciones a modalidades de composición de los conflictos que no brindan soluciones frente a las *asimetrías de poder*”. En este sentido, y en lo que aplicaba a la ley analizada, dispuso lo siguiente:

... el legislador plenamente consciente de la problemática identificó a un grupo vulnerable azotado por la violencia en sus diversas manifestaciones y consagró prerrogativas en favor de las víctimas para compensar y dar una respuesta integral institucional. Es más, carece de razón de ser consagrar la misma facultad de diagnóstico complementario, pues de lo que se trata es de que el Juez cuente con información en el proceso para adoptar una decisión reflexiva y ponderada (incluso se prevé de oficio que pueda ordenarse el diagnóstico complementario) en relación con la víctima. Lo que se procura es proteger los derechos fundamentales de la presunta víctima.²⁹

7. Por último, el fallo 601/2022 del 2 de agosto es por demás interesante. La Corte se pronunció sobre los artículos 2 y 7, literal b, de la Ley 19.167 sobre técnicas de reproducción humana asistida. El caso se refirió a una mujer de 36 años que padecía el síndrome

28 Similares apreciaciones se realizaron en la Sentencia 66/2020, del 3 de abril, y en igual sentido se pronunció la ministra Minvielle en el fallo 1/2023 del 1º de febrero.

29 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 243/2020, del 17 de agosto.

de Li-Fraumeni.³⁰ Se aclaró que existía un 50% de posibilidades de que la enfermedad fuera transmitida a las y los hijos, pero que una técnica de reproducción humana asistida denominada “diagnóstico genético preimplantacional” evitaría la presencia de las enfermedades genéticas en la descendencia. Sin embargo, por su condición económica, la mujer no podía afrontar el coste de la técnica. En este sentido, se la clasificó dentro de la franja de ingresos que, conforme a la ley, habilitaba la cobertura total del procedimiento por parte del Estado (el Fondo Nacional de Recursos). No obstante, se le denegó la cobertura “por no tener un diagnóstico de infertilidad”, necesario para el acceso, y también por tener una enfermedad genética, aspecto que excluye de la protección conforme al artículo 7 literal b de la ley.³¹

La Corte entendió el planteo como una “inconstitucionalidad por omisión” y consideró que no es el rol del tribunal ser un “legislador positivo”. Asimismo, consideró que

... la Ley No. 19.167 no establece discriminación (una exclusión injustificada) contra la mujer para garantizar la protección en el goce de la salud. Sucede que los recursos son escasos y el legislador, consciente de la problemática social de infertilidad, consideró razonable y necesario dotar al colectivo vulnerable de personas que biológicamente se ven impedidos de procrear. Por tanto, no se excluye en forma arbitraria la situación de la actora, ello se verificaría si tuviera la condición de infértil y se le vedara el acceso por su situación personal particular, extremo que en definitiva conlleva necesariamente al rechazo de la presente acción.³²

30 La enfermedad es definida en la sentencia como: “una enfermedad rara autosómica que afecta a pacientes jóvenes y que consiste en una predisposición a desarrollar un amplio rango de tumores”; Suprema Corte de Justicia, Sentencia 601/2022 del 2 de agosto.

31 Este artículo establece: “La realización de las técnicas de reproducción humana asistida deberá llevarse a cabo dando cumplimiento a los siguientes requisitos: [...] b) Solo podrán realizarse cuando existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o su posible descendencia. A tales efectos, deberá determinarse el buen estado de salud psicofísica de la pareja o de la mujer en su caso, de conformidad con las exigencias de un protocolo obligatorio que acredite que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean transmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento del niño o niña”.

32 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 601/2022 del 2 de agosto.

Corresponde notar que una argumentación similar y que conlleva excluir el análisis de los casos de “inconstitucionalidad por omisión” por la Suprema Corte se planteó en otros fallos. En este sentido, en la Sentencia 549/2016 del 21 de noviembre, la Corte ahondó en las diferencias entre el sistema constitucional uruguayo y el alemán, señalando que no es trasladable el instituto de la inconstitucionalidad por omisión desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Sostuvo en la mencionada sentencia:

... las soluciones a las que ha arribado [el Tribunal Constitucional Federal alemán] para el control de las omisiones del legislador no son trasladables al sistema constitucional uruguayo de contralor de regularidad constitucional, tal como es usualmente entendido y aplicado en nuestro medio. Ello, porque existen trascendentales diferencias con el caso alemán, tanto en cuanto a la regulación procesal como a las técnicas decisorias en ese país.³³

Condición de vulnerabilidad

Por otra parte, la búsqueda de la expresión “condición de vulnerabilidad” arrojó tres resultados, uno de ellos el fallo 131/2015 ya abordado.

Adicionalmente, en la Sentencia 291/2022 del 10 de mayo, la Corte se refirió a las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, al pronunciarse sobre el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la justicia. Recordó que la Suprema Corte de Justicia la declaró con valor de acordada por la Acordada 7647 de 2 de abril de 2009, lo que implica, en palabras de la Suprema Corte, que las Reglas deben ser “seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren”.

En este sentido, la Suprema Corte consideró a las Reglas de Brasilia como una valiosa herramienta para “brindar mayor protección y asistencia a quienes se encuentran en situación permanente o transitoria de mayor debilidad”.³⁴

Por otra parte, en el fallo 222/2021 del 20 de julio también había mencionado las citadas Reglas, más concretamente, la referida al anticipo jurisdiccional de la prueba (art. 37 de las Reglas de Brasilia), que prevé la posibilidad de adaptar los procedimientos para permitir la práctica

33 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 549/2016, del 21 de noviembre.

34 Acordada 7647 del 2 de abril de 2009.

anticipada de la prueba en la que participe una persona en condición de vulnerabilidad.

Vulnerabilidad

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay empleó la palabra vulnerabilidad en los siguientes casos:³⁵

1. En el fallo 571/2011 del 2 de marzo, la Corte consideró que determinadas disposiciones de una ley estaban dirigidas “a un particular –y frágil– sector de la población (desocupados en situación de vulnerabilidad social)”. En este marco, también indicó que determinada política pública vinculada a la seguridad social tenía la finalidad de “amparar el riesgo de desocupación focalizado en la protección de sectores vulnerables, mediante la implementación de estrategias de trabajo transitorio para desocupados de larga data, que integren hogares en situación de vulnerabilidad”.³⁶
2. En la Sentencia 1.926/2017 del 6 de diciembre se presentó una discordia de la ministra Minvielle, fundando la inconstitucionalidad de los artículos 481 y 482 de la Ley 16.170 que establecen el pago de un impuesto (a las ejecuciones) como requisito para recibir el escrito de demanda de ejecución de créditos documentarios comunes, prendarios o hipotecarios. En la discordia, y en lo relacionado con esta investigación, consideró a los beneficiarios de la auxilioria de pobreza³⁷ como sujetos en particular situación de vulnerabilidad. El artículo 482 de la citada Ley 16.170 establece una excepción para los beneficiarios de la auxilioria de pobreza, y a este respecto señaló la doctora Minvielle: “El hecho de que se haya establecido una

35 El resultado también incluyó las sentencias 131/2015, 920/2019, 66/2020, 291/2022 y 222/2021 que ya fueron abordadas. Se excluyeron del análisis las siguientes sentencias, por estar la palabra “vulnerabilidad” considerada en lo manifestado por la o el actor, pero no abordado en el fallo: 3.999/2011, 781/2014 y 12/2020.

36 Similares apreciaciones se realizaron en las siguientes sentencias: 344/2011 del 16 de febrero; 381/2011 y 382/2011 del 18 de febrero; 428/2011, 429/2011 y 432/2011 del 23 de febrero, y 568/2011 del 2 de marzo.

37 El instituto de la auxilioria de pobreza se aplica para garantizar el acceso a la justicia de las personas carentes de recursos. Está previsto en el artículo 254 de la Constitución uruguaya que establece: “La justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la ley. En los pleitos en que tal declaración se hubiere hecho a favor del demandante, el demandado gozará del mismo beneficio hasta la sentencia definitiva, la cual lo consolidará si declara la ligereza culpable del demandante en el ejercicio de su acción”.

exoneración –dispensa del pago– a sujetos en particular situación de vulnerabilidad como son quienes se erigen en beneficiarios de la auxilioria de pobreza, no sana la irregularidad constitucional”.³⁸

3. En otras discordias de la doctora Minvielle también se incluyó la palabra “vulnerabilidad” dentro de una cita textual de un trabajo de Pablo Galain Palermo que se refería a los crímenes de *ius cogens* como protectores de bienes jurídicos individuales y colectivos, estos últimos “cuyo titular es la sociedad internacional y se caracterizan por la naturaleza de la violencia empleada, su intensidad, escala y sistematicidad, así como su ejercicio frente a personas (no) protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad”.³⁹
4. En la Sentencia 43/2018 del 15 de febrero, la Corte consideró a las personas con discapacidad como un grupo en condiciones de vulnerabilidad:

Uruguay tiene una rica historia jurídica de protección de las personas en condiciones de vulnerabilidad en general, así como de aquellas con discapacidad en particular. Por ejemplo: los arts. 317 a 319, 330, 333, 335, 340, 341, 346, 357, 361, 365, 395, 409, 417, 424 y 433 del Código Civil; los artículos 123 a 141 del Código de Procedimiento Civil; los artículos 170 a 182 del Código de Organización de los Tribunales; los artículos 27 a 29, 439 a 449 del Código General del Proceso y la ley 19.090, de junio de 2013, que modificó este último cuerpo normativo.⁴⁰

5. Por otra parte, en las sentencias 721 y 722/2018, ambas del 31 de mayo, se hizo mención a la palabra “vulnerabilidad” refiriéndose al riesgo que la puesta en libertad del imputado en un proceso penal presentaba para la protección de ciertos derechos (seguridad e integridad).
6. En la Sentencia 509/2021 del 26 de octubre se entendió que la ley resguardó con ciertas medidas aplicables al proceso penal a

38 Discordia de la ministra Dra. Bernadette Minvielle a la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 1.926/2017 del 6 de diciembre. Esta apreciación la realizó la misma magistrada en discordia en las sentencias: 322/2019 del 18 de febrero, 1.321/2019 del 5 de septiembre, 7/2020 del 3 de febrero y 324/2021 del 14 de septiembre.

39 Discordia de la ministra doctora Bernadette Minvielle a la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 463/2018, del 14 de mayo de 2018. La misma discordia y referencia es incluida en otros fallos.

40 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 43/2018, del 15 de febrero.

determinadas personas que se encuentran en “especial situación de vulnerabilidad”, como las víctimas de violencia basada en género.

7. Por último, la Sentencia 1087/2023 del 12 de octubre consideró a los niños, niñas y adolescentes como población vulnerable a violaciones de los derechos humanos, a los efectos de fundar medidas de especial protección que corresponde sean adoptadas por el Estado. En este sentido, el fallo refirió a la constitucionalidad del artículo 119 del Código Penal (agregado por el art. 84 de la Ley 19.580) que establece una suspensión en el plazo de prescripción de la acción penal para determinados delitos cuando la víctima haya sido un niño, niña o adolescente.

Minorías

Con respecto a la alusión a “minoría” o “minorías”,⁴¹ en las sentencias 239/2016 del 8 de agosto, 276/2016 del 24 de agosto, 435/2016 del 17 de octubre, 462/2016 del 24 de octubre, 521/2016 del 7 de noviembre y 528/2016 del 9 de noviembre, la Corte se refirió a la consideración de los derechos de las minorías en la democracia, en el procedimiento de creación de la ley, y en la representación parlamentaria. Sostuvo que, en una democracia, las mayorías deben conciliarse con la protección y no exclusión de las minorías: “En nuestro sistema constitucional las minorías se encuentran, en principio, representadas mediante el sistema de representación proporcional para la elección de las autoridades electivas (artículo 77 numeral 3 de la Constitución de la República)”.⁴²

Por su parte, la ministra Minvielle, en discordia a la Sentencia 326/2018 del 25 de abril empleó el término citando un trabajo de Pablo Galain Palermo, para aludir a los “derechos de las minorías”. Adicionó:

Haciendo abstracción del caso concreto, piénsese en todas las normas que buscan tutelar a minorías (por raza, nacionalidad, estrato social, capacidad, etc.) para alcanzar la igualdad que impone el art. 8 de la Constitución de la República. Su sostenimiento, de ser sometidas a consultas populares, se vería en franco peligro las más de las veces, asistiendo entonces a una democracia

41 Se excluyeron del resultado los fallos en los que la Corte empleó la palabra “minoría” para referirse a los votos del tribunal, o bien para diferenciar entre mayores y menores de edad. También se excluyeron las sentencias en las que la palabra “minoría” era utilizada por la o el actor, pero no abordada por la Corte.

42 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 435/2016, del 17 de octubre.

formal (“nominal”) pero no sustancial, en la que las minorías quedarían absolutamente desguarnecidas de un estatuto tuitivo básico en función de decisiones coyunturales de la mayoría de la población civil. Así, como lo formal en una democracia tiene primera importancia también lo tiene, en primerísimo orden, lo sustancial.⁴³

Según lo analizado, la Suprema Corte hace referencia al concepto de “vulnerabilidad” en relación con ciertos grupos o situaciones, y también al de “minorías” en los términos aquí citados. No se halló una doctrina que ahonde o diferencie más concretamente los términos “vulnerable”, “grupo vulnerable” y “minorías”, pese a que es posible inferir que el concepto de “minorías” es más amplio que los primeros.

Uso de la noción de “categoría sospechosa de discriminación” y de “escrutinio estricto de proporcionalidad”

La Suprema Corte de Justicia empleó la noción de “categoría sospechosa”, entre otras, en las sentencias 240/2005 del 30 de noviembre, 28/2006 del 24 de febrero y 1.432/2019 del 5 de diciembre.⁴⁴ Sin embargo, no indicó qué criterios ingresarían dentro de dicha categoría, aunque en los fallos mencionados excluyó la creación o consideración de una categoría sospechosa y de una “discriminación perversa” en la ley analizada.⁴⁵

43 Discordia de la ministra doctora Bernadette Minvielle a la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia 326/2018 del 25 de abril. La misma discordia fue agregada en las sentencias: 250/2018 y 251/2018 del 14 de marzo, 325/2018 del 24 de abril, 916/2019 del 1° de abril y 24/2021 del 18 de febrero, entre otras.

44 En la Sentencia 325/2024 del 10 de abril, la referencia es realizada por la parte actora, seguramente con base en la jurisprudencia que se menciona de la Suprema Corte de Justicia. El punto no es tratado en los considerandos de la Corte.

45 La noción de categoría sospechosa es considerada conjuntamente o derivada de una “discriminación perversa”, aunque esta última tampoco se define. La referencia realizada por la Suprema Corte de Justicia toma fuente bibliográfica en la obra de Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, op. cit., p. 630. Ahondando en la obra citada, es posible observar que el autor refiere a que “la expresión ‘clase sospechosa’ puede caracterizar a un grupo ‘discreto e insular’ que ‘soporta tales incapacidades, o está sujeto a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o está relegado a una posición tal de importancia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario’”. Asimismo, incluye dentro de esta categoría a los afrodescendientes y extranjeros, y señala que “ocasionalmente ha incluido a las mujeres”. Asimismo, el autor diferenciaba a “las leyes que discriminan en perjuicio de las ‘clases sospechosas’ o invaden un derecho ‘fundamental’” que debieran someterse a un “escrutinio riguroso”, o lo que también denominó como “la prueba de las ‘libertades preferidas’”. En cam-

La cita se realiza en conjunción con la sostenida por Jiménez de Aréchaga y basada en la doctrina de *Plessy v. Ferguson* (iguales pero separados).⁴⁶ Como se indicó, afortunadamente la recurrencia a esta doctrina ha decrecido en el tiempo,⁴⁷ aunque igualmente se ha encontrado en las sentencias citadas. Sostuvo la Corte:

De ahí, como lo recuerda el ilustrado constitucionalista nacional citado [Justino Jiménez de Aréchaga], la jurisprudencia norteamericana, haya sustentado que “... ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de la igualdad de derechos garantizados por la Declaración de derechos”, pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas, a condición de que “... todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma” y que la “determinación de la clase sea razonable, no injusta, o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción” (La Constitución Nacional, edición de la Cámara de Senadores, t. 1, 1992, pág. 367).

Es que, si todas –o casi todas– las Leyes discriminan, debe saberse cuál ha de ser el criterio o la pauta que corresponde manejar por el juzgador de la constitucionalidad, para no inmiscuirse en la propia tarea legislativa. Y ésta es o debe ser el de la razonabilidad de los motivos invocados por el legislador, es decir, el de que las clasificaciones legales no creen “clases sospechosas”, motivantes de una “discriminación perversa” y por ello mismo, contraria a la normativa superior (Cf. Edward S. Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, pág. 630).⁴⁸

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia no ha recibido aún el criterio de exigencia de un escrutinio estricto de proporcionalidad, sin perjuicio de la aplicación de este parámetro y del test de igualdad, según fue comentado al comienzo.

En la jurisprudencia inferior, es posible encontrar una referencia a la inversión de la carga probatoria por presentarse un caso de discriminación

bio, la legislación que “no determina una ‘clase sospechosa’ ni niega un derecho ‘fundamental’” debiera someterse a un “test de racionalidad”. Indicó que: “este test pregunta si el hecho de apartarse del tratamiento igual, determinado por cierta ley, se justifica razonablemente”, *ibid.*, pp. 630-631.

46 Respecto a la cita de Jiménez de Aréchaga y su correspondencia con la doctrina norteamericana señalada, véase Risso Ferrand, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”, *op. cit.*, pp. 171-192.

47 Risso Ferrand, Garat y Asencio De León *et al.*, “El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay”, *op. cit.*, p. 208.

48 Sentencia 1.432/2019 del 5 de diciembre.

por orientación sexual en una discordia pronunciada por la jueza Rosina Rossi en Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno (Sentencia 238/2009). Sostuvo la jueza:

... como está en juego un derecho humano fundamental —la dignidad y la no discriminación por orientación sexual con base en el derecho de igualdad— es el empleador que tiene que probar la justa causa del despido. No es el actor quien tiene la carga de la prueba de la intención discriminatoria por la sencilla razón de que, exigírselo constituiría no más que una trampa contra la protección del derecho. Al actor le basta con probar el hecho base del indicio; en este caso, el despido y su proximidad temporal con su aparición en t.v. participando en el baile de los homosexuales de la ciudad. Y el demandado tiene la carga de destruir el indicio.⁴⁹

Uso de la noción de discriminación estructural y dictado de sentencias estructurales

De una búsqueda de los términos “discriminación estructural”⁵⁰ y “discriminación interseccional”⁵¹ en las sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad, no se encontraron resultados específicos. Estas nociones no son aún empleadas mayormente por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, pese a haberse referido en un caso a “desigualdades de corte estructural”, lo que fue indicado previamente.⁵²

Con respecto a las sentencias de otros tribunales, es posible hallar un voto de la doctora Rosina Rossi reproducido en la Sentencia 20/2022 del 23 de marzo, del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno,

49 Discordia de la doctora Rosina Rossi a la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno, 238/2009 del 23 de septiembre.

50 Con este término, la Corte IDH ha referido a situaciones sistemáticas de discriminación y marginación histórica de cierto grupo. Véase Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C, No. 318, párr. 343; Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C, No. 407, párr. 188. Sobre la significación del término también puede verse, especialmente, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, voto razonado al caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de octubre de 2016, Serie C, No. 318, párrs. 56 y ss.

51 La Corte IDH ha definido que “la discriminación interseccional es resultado de la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona”; Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C, No. 359, párr. 138.

52 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 243/2020 del 17 de agosto.

en la que señaló que el artículo 2 de la Ley 19.684 “plantea como presunción la situación de desigualdad estructural en que se encuentran las personas trans en tanto expresa que reconoce que han sido históricamente víctimas de discriminación y estigmatización por su condición de tales”. Por consiguiente, hizo uso de la noción de “discriminación estructural” para referirse al colectivo trans que, indicó, ha sido “sometido históricamente a desigualdad estructural”.

La misma magistrada, aunque esta vez como integrante del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, emitió un voto concurrente a la Sentencia 506/2023 del 10 de agosto de ese tribunal, en el que se refirió a la “desigualdad estructural” en la que se encuentra el género femenino.⁵³

En similar sentido, el mencionado Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁵⁴ se había referido antes, en Sentencia 862/2017, a una “desventaja estructural” de las mujeres respecto de los hombres, por lo que

... la legislación tuitiva hacia las mujeres se debió por la forma en que se desarrolló la sociedad uruguaya, donde éstas dependían económicamente de sus cónyuges. Para la mayoría del Tribunal, legislar otorgando beneficios a las mujeres no supone discriminación, sino por el contrario lo que la dogmática especializada llama acciones de “igualación positiva” o “acciones positivas”.⁵⁵

Por otra parte, las sentencias estructurales tampoco son corrientes en Uruguay. Es posible, no obstante, identificar algunas que no se relacionan estrictamente con una discriminación estructural, aunque sí con situaciones de vulnerabilidad de tipo estructural.

En este sentido, Risso Ferrand encontró que la primera sentencia que podría catalogarse como estructural fue la dictada por Graciela Barcelona, entonces jueza letrada de Familia de Vigésimo Quinto Turno, 103/2007,⁵⁶ que tenía por objeto tutelar a niños en situación de calle.⁵⁷ Luego, el mismo

53 Voto concurrente de la doctora Rosina Rossi a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo 506/2023 del 10 de agosto.

54 En Uruguay, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conforma un sistema orgánico distinto del Poder Judicial, y este tribunal tiene competencia, entre otras, para declarar la nulidad de los actos administrativos (arts. 307 y 309 de la Constitución).

55 Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 862/2017 del 31 de octubre.

56 Corresponde notar que no tuve acceso a esta sentencia.

57 Martín Risso Ferrand, “Dificultades en la protección judicial de los derechos humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 20, 2016, p. 356.

autor hizo mención al fallo dictado por la magistrada Cristina Crespo, entonces jueza letrada de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Primer Turno en la Sentencia 41/2009 del 8 de junio sobre la situación de privados de libertad en cárceles uruguayas.⁵⁸ A lo anterior podríamos agregar en esta última temática, y particularmente sobre hacinamiento y condiciones carcelarias, la Sentencia 136/2019 del 15 de mayo dictada por la jueza letrada de Primera Instancia en lo Penal de 34° Turno, doctora Blanca Rieiro, confirmada por el fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Cuarto Turno, 210/2019, del 1° de agosto de 2019.⁵⁹ Asimismo, el fallo 213/2023, emitido por el Juzgado Letrado en lo Penal de 44° Turno el 4 de septiembre, revocado parcialmente por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno.⁶⁰

Diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la temática

Si bien la Suprema Corte de Justicia se ha servido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en otras temáticas como la libertad de expresión,⁶¹ el diálogo de la Suprema Corte con la Corte IDH en materia de igualdad es escaso, aunque se compone con algunas referencias:

58 Esta sentencia fue revocada en segunda instancia por decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno, Sentencia 156/2009 del 20 de julio; Riso Ferrand, “Dificultades en la protección judicial de los derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 356-357.

59 La sentencia de primera instancia que fue confirmada disponía: “haciendo lugar parcialmente al recurso de *habeas corpus* correctivo colectivo interpuesto y en su mérito se dispone: el realojo de las personas privadas de libertad, en prisión preventiva, reclusas en los sectores C1 y C2 en el término de 15 días a partir de la fecha. Intimar al Ministerio del Interior el cumplimiento del proyecto presentado en la audiencia denominado –propuestas preliminares de reorganización– de fecha 05/05/2019, del Módulo 8 del COMCAR a los efectos de revertir la situación violatoria de la Constitución de los reclusos alojados en dicho módulo. El cual deberá acreditarse su estricto cumplimiento al 30 de setiembre del corriente año. Fecha propuesta por el Ministerio del Interior para verificar un cambio significativo en dicho módulo. Al vencimiento del término deberá acreditarse en legal forma el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución. Comuníquese el presente pronunciamiento a los Sres. Jueces de Ejecución de 3° y 5° Turno”.

60 Corresponde notar que no se tuvo acceso a la información y contenido de esta última sentencia.

61 Por ejemplo, Suprema Corte de Justicia, Sentencias 240/2016 del 8 de agosto, 85/2023 del 2 de marzo y 387/2023 del 4 de mayo.

1. En las sentencias 513/2021 del 26 de octubre, 316/2023 del 27 de abril y 1087/2023 del 12 de octubre la Corte uruguaya citó en materia de igualdad y diferenciaciones la Opinión Consultiva 4/84 de la Corte IDH:

En palabras de la Corte Interamericana de [Derechos Humanos] (sic), “existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles [...] No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.⁶²

2. En la Sentencia 66/2020, la Suprema Corte de Justicia se refirió a doctrina en relación con lo postulado por la Corte IDH:

A este respecto, resalta la autora peruana IBÁÑEZ RIVAS que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “(...) ha señalado que los Estados tienen la obligación de adoptar normas o implementar las medidas necesarias ‘conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención de Belém do Pará, que permitan a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia en casos de presunta violencia contra la mujer’ (Cf. Ibañez Rivas, Juana María: ‘Comentario al art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’, en AA.VV.: ‘Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Segunda edición’, Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (editores), Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Nomos, Bogotá, 2019, pág. 797)”.⁶³

62 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 513/2021, del 26 de octubre.

63 Suprema Corte de Justicia, Sentencia 66/2020 del 3 de abril. Conforme a la fuente bibliográfica empleada en la sentencia, la cita de la Corte IDH se corresponde con los siguientes casos: Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16

3. En el fallo 601/2022 del 2 de agosto ya citado, la Suprema Corte de Justicia recurrió a la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica de 2012. La cita tuvo por objeto fundar el derecho a la salud sexual y reproductiva, que “implica los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos *para regular la fecundidad*, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables”. Agregó: “la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que ese derecho a la autonomía reproductiva se vulnera cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fertilidad”.⁶⁴
4. También puede mencionarse la Sentencia 247/2022 del 22 de marzo, en la que la Corte aludió a que “la Opinión Consultiva No. 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pone en blanco y negro dos categorías: la distinción y la discriminación (párr. 84)”.
5. Adicionalmente, y como aspecto novedoso de la sentencia citada, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay asignó valor jurídico de doctrina admitida a la Declaración de la Corte IDH sobre “covid-19 y Derechos Humanos” del 14 de abril de 2020. La cita se refirió específicamente a los límites de las medidas adoptadas por los Estados en el marco de la pandemia por covid-19, resaltó que debían estar limitadas temporalmente, y además ser “legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.⁶⁵
6. En la Sentencia 1087/2023 del 12 de octubre, la Corte consideró a los niños, niñas y adolescentes como población vulnerable a violaciones de derechos humanos, y citó expresamente lo sostenido por la Corte IDH en Caso VRP, VPC y otros vs. Nicaragua de 2018.

de noviembre de 2009, Serie C, No. 205; Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Serie C, No. 277, párr. 189; Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 2015, Serie C, No. 307, párr. 148.

⁶⁴ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 601/2022 del 2 de agosto en referencia al caso de la Corte IDH, *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C, No 257.

⁶⁵ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 247/2022 del 22 de marzo, en cita de la Corte IDH, Declaración sobre “Covid-19 y Derechos Humanos” del 14 de abril de 2020.

Corresponde notar que la Corte IDH entendió que las niñas, niños y adolescentes son más vulnerables a violaciones de derechos, lo que estará determinado por la edad, las condiciones particulares, el desarrollo y la madurez, entre otros. Pero también indicó especialmente que “en el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar”.⁶⁶

Conclusiones

A modo de síntesis, es menester arribar a algunas conclusiones de la jurisprudencia analizada:

1. En la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay se hace referencia al concepto de “vulnerabilidad” en relación con ciertos grupos o situaciones (cuyo detalle se especificará en la conclusión 4), y se mantienen aún prácticamente ausentes las nociones de “minorías” y “discriminación estructural”. En ello, es posible advertir una diferencia con la jurisprudencia actual de la Corte IDH, encontrándose aún sin desarrollo por el máximo órgano del Poder Judicial uruguayo.
2. En referencia a las “categorías sospechosas de discriminación”, los fundamentos se basaron en doctrina y jurisprudencia estadounidense que data de varios años atrás, que actualmente ha evolucionado considerablemente, sin incorporar parámetros más recientes (SCJ 40/2005, 28/2006 y 1.432/2019). En este orden, la Suprema Corte de Justicia no aplicó aún la noción de escrutinio estricto de proporcionalidad para el análisis de estos casos.
3. Asimismo, lo anterior se corresponde con la escasa recurrencia a la jurisprudencia de la Corte IDH en el fundamento de los fallos que guardan relación con esta temática, e incluso con la falta de incorporación de fallos y doctrinas más recientes. Pese a ello, se encontraron algunas citas con respecto a: i) la Opinión Consultiva 4/84 de la Corte IDH (SCJ 513/2021, 316/2023 y 1087/2023); ii) los casos de

⁶⁶ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 1087/2023 del 12 de octubre, en cita de: Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, No. 350, párr. 156.

la Corte IDH: González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 2009, Veliz Franco y otros vs. Guatemala, 2014 y Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 2015 (SCJ 66/2020); iii) el caso de la Corte IDH Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, 2012 (SCJ 601/2022); iv) la Opinión Consultiva de la Corte IDH 18/03 (SCJ 247/2022); v) la Declaración de la Corte IDH sobre “Covid-19 y Derechos Humanos” del 14 de abril de 2020 (SCJ 247/2022), y vi) el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 2018 (SCJ 1087/2023).

4. No obstante estas apreciaciones, en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es posible observar que se recurre a la noción de “vulnerabilidad” y de “situación de vulnerabilidad”, cuyo empleo es recurrente y claro, y tiene, en esencia, similar significado al otorgado por la Corte IDH. Se trata de amparar a ciertos grupos en una situación de debilidad especial. La jurisprudencia analizada al respecto se halla en: los adultos mayores (SCJ 160/2002), los desocupados (SCJ 571/2011), las personas con discapacidad (SCJ 43/2018), las mujeres y las mujeres trans (SCJ 920/2019), las víctimas de violencia de género (SCJ 509/2021), y los niños, niñas y adolescentes (SCJ 1087/2023). Asimismo, en discordias pronunciadas por la ministra Minvielle, a este listado se agregan los trabajadores dependientes y los beneficiarios de la auxilioria de pobreza (discordias a SCJ 620/2012 y 1.926/2017, respectivamente).
5. Asimismo, en relación con otros institutos, aun cuando no han sido recibidos mayormente, se halla cierta aproximación a los conceptos, a saber:
 - a. Si bien la “discriminación estructural” no es referida, sí se encontró una alusión a “desigualdades de corte estructural” en relación con la violencia de género (sentencia 243/2020). Asimismo, en la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo 862/2017 se había aludido a una “desventaja estructural” de las mujeres respecto de los hombres.
 - b. El concepto de “minorías” es empleado en forma amplia y sin hacer alusión a determinados grupos (SCJ 239/2016). Sin embargo, en discordia de la ministra Minvielle a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia 326/2018 se incluyeron los motivos de raza, nacionalidad, estrato social, capacidad, etc.

6. Por último, y si bien no fue objeto de esta investigación, se vuelve a destacar, como se señaló al comienzo, que la Suprema Corte de Justicia adoptó parámetros más recientes para analizar casos de posibles vulneraciones al principio de igualdad y no discriminación, como el test de igualdad y el principio de proporcionalidad, aspecto que encuentro destacable en esta materia, que da cuenta de una evolución, y que permite adoptar una perspectiva positiva hacia un esperado mayor desarrollo en esta jurisprudencia para los años venideros, en la que se considere la recepción de los conceptos y parámetros que fueron objeto de esta investigación y que se hallaron aún poco abordados. En este sentido, corresponde también apreciar el importante valor de los votos concurrentes y disidentes en esta evolución, y en la aplicación y el desarrollo de estos conceptos en la jurisprudencia analizada.

Bibliografía

- Corwin, Eduard, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Editorial Fraterna, 1987.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado al caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de octubre de 2016, Serie C, No. 318.
- Garat, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2020.
- Garat, María Paula, “Herramientas para la resolución de casos de derechos humanos”, en Martín Risso Ferrand, *Derechos Humanos. Interpretación y Aplicación*, Montevideo, FCU, 2022, pp. 175-200.
- Helander Capalbo, Nils, “El control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿una garantía para la disciplina regional o para el diálogo jurisprudencial?”, en Miguel Tomé (coord.), *El Derecho entre dos siglos*, tomo I, Montevideo, Ucu dal, 2015, pp. 177-191.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”, *Revista de Derecho Ucu dal*, n.º 5, 2016, pp. 79-142.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Estereotipos nocivos de género y barreras al acceso a la justicia de personas LGBTI en Uruguay*, ONU, 2022.

- Risso Ferrand, Martín, “El derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”, en Miguel Tomé (coord.), *El Derecho entre dos siglos*, tomo I, Montevideo, Uculal, 2015, pp. 193-214.
- Risso Ferrand, Martín, “Dificultades en la protección judicial de los derechos humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 20, 2016, pp. 335-367.
- Risso Ferrand, Martín, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”, *Revista de Derecho*, n.º 5, 2016, pp. 171-192.
- Risso Ferrand, Martín, *Derechos Humanos. Interpretación y Aplicación*, Montevideo, FCU, 2022.
- Risso Ferrand, Martín, María Paula Garat y Dafna Asencio De León, *et al.*, “El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º 25, 2022, pp. 203-223.

Protección de grupos vulnerables, discriminación estructural e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

SIDH

Mônia Clarissa Hennig Leal*

Felipe Franco**

El derecho a igual protección ante la ley, previsto en el artículo 24¹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el derecho a la no discriminación, previsto en el artículo 1.1 de la misma Convención,² se complementan y refuerzan mutuamente.³ Este último prohíbe la discriminación por diversos motivos (raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición

* Posdoctora, Ruprecht-Karis Universitat, Heidelberg (Alemania); doctora en Derecho, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Coordinadora del Programa de Posgrado en Derecho, Maestría y Doctorado, Universidad de Santa Cruz do Sul (Unisc). profa.monia@gmail.com.

** Abogado y especialista de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), magíster en Asuntos Internacionales, American University School of International Service (Estados Unidos). Profesor en Derecho Internacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como coordinador de proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. francofel@gmail.com.

1 “Artículo 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. Por tanto, tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley”. Organización de los Estados Americanos OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, CIDH, https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

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

3 Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y las acciones afirmativas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, n.º 10, 2016, pp. 799-831, <https://core.ac.uk/download/pdf/61894554.pdf>.

económica, nacimiento o cualquier otra condición social), y es un mandato general que se refleja en la protección y garantía de todos los demás derechos humanos, de modo que el “derecho a la igualdad no es un fin en sí mismo, sino también una condición necesaria para el ejercicio de todos los demás derechos humanos contenidos en la CADH”.⁴

Así, al ser el artículo 1.1⁵ una norma general que orienta la actuación estatal en todos los sentidos, tanto de abstención como de acción positiva, puede afirmarse que su contenido se extiende e irradia a todas las disposiciones del Pacto de San José,⁶ determinando la obligación de los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y la libertades previstos en el Tratado, sin discriminación alguna.⁷ Por lo tanto, el derecho

4 Mônia Clarissa Hennig Leal, “Derechos de grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en César Landa Arroyo (ed.), *Derechos fundamentales: actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima, Palestra, 2018, pp. 271-291.

5 Rabossi conceptualiza el principio de no discriminación basándose en la siguiente lógica: “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra”. Eduardo Rabossi, “Derechos humanos: principio de igualdad y discriminación”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7, 1990, pp.175-192, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050606>.

6 Rojas agrega que “la Convención debe ser interpretada en su contexto, es decir, si estamos frente a un grupo que es objeto de una situación de discriminación sistémica, la lectura de los derechos y libertades convencionales y de las medidas que se disponen para resolver esta situación debe hacerse desde la lógica del principio de igualdad y no discriminación”; Claudio Nash Rojas, Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en Víctor Bazán (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales - las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 125-145.

7 César Landa Arroyo, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Palestra, 2005.

a la igualdad de protección ante la ley (art. 24) debe interpretarse a la luz⁸ del artículo 1.1.⁹

Además, el artículo 24 determina la disponibilidad de recursos para la protección de los derechos garantizados por la Convención, prohibiendo cualquier trato discriminatorio de origen legal, de modo que el respeto y la garantía de los derechos previstos en la Convención se extienden al derecho interno de los Estados que han ratificado este instrumento internacional, y también se comprometen a no introducir disposiciones discriminatorias en su ordenamiento jurídico en materia de protección ante la ley (obligación de actuar negativamente).¹⁰ Así,

... la protección de la ley constituye básicamente los recursos de que dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, lo que, a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1 contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya ha dicho el Tribunal, el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹¹

En otras palabras, las disposiciones del artículo 24 no se limitan a repetir la idea expuesta en el artículo 1.1, que trata de la obligación de los Estados de reconocer y garantizar, sin discriminación de ningún tipo, los

8 Es aquí donde entra en juego la dimensión objetiva de los derechos humanos (y fundamentales), que es la idea de que los deberes y mandamientos irradian a todo el ordenamiento jurídico, a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), e incluso a los particulares. Cabe señalar también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no trabaja con el concepto de dimensión objetiva, pero es posible verlo en las interpretaciones realizadas en casos contenciosos y opiniones consultivas. Para mayores referencias sobre el tema, véase Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdicción constitucional abierta: reflexiones sobre la legitimidad y los límites de la jurisdicción constitucional en el orden democrático*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2007; Ingo Wolfgang Sarlet, *La efectividad de los derechos fundamentales*, 3.^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; Daniel Sarmento, *Derechos fundamentales y relaciones privadas*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

9 Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, “Obligación de respetar los derechos”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación; Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 42-69.

10 Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 14: Igualdad y no discriminación*, Corte IDH, GIZ, 2017, <https://beckgza.files.wordpress.com/2018/07/discriminacion-2017.pdf>.

11 *Idem*.

derechos previstos en la Convención, sino que “consagra un derecho que también conlleva obligaciones para el Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que adopte”.¹²

La diferencia entre los artículos 1.1 y 24 es que mientras el primero se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar los derechos convencionales sin discriminación, el segundo trata de la igualdad de protección ante la ley. Así, si un Estado adopta una postura discriminatoria en la protección y garantía de un derecho convencional, estará violando el artículo 1.1, mientras que, si la discriminación se debe a una protección desigual por parte de la legislación nacional, estará violando el artículo 24.¹³

Una vez hecha esta distinción entre ambas disposiciones, es importante dejar claro que la noción de igualdad inherente a los dos artículos “se deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.¹⁴ Son, por tanto, elementos constitutivos de un principio básico relacionado con la protección de todos los derechos humanos y pueden considerarse normas de *ius cogens*,¹⁵ es decir, “puede[n] considerarse efectivamente como un imperativo de derecho internacional general”,¹⁶ estando obligados todos los Estados partes, tanto a nivel internacional como doméstico, por las acciones de todos sus poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), así como por las acciones de los individuos bajo su jurisdicción, y no pueden actuar de forma contraria al principio de no discriminación e igualdad, en detrimento de un determinado grupo de personas. También cabe destacar, como se mencionó, que

12 Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 217, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

13 Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit.

14 Hennig Leal, “Derechos de grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*

15 Nogueira Alcalá, “Derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acción positiva”, *op. cit.*

16 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, San José de Costa Rica, 2003, <https://www.acnur.org/fileadmin/documentos/bdl/2003/2351.pdf>.

estos principios se consideran normas de *ius cogens*,¹⁷ porque “todo el marco jurídico del orden público nacional e internacional descansa en él y es un principio fundamental que impregna todo ordenamiento jurídico. Hoy en día, no se permite ningún acto jurídico que entre en conflicto con este principio fundamental, no se permite ningún trato discriminatorio en perjuicio de ninguna persona”.¹⁸

En esta línea, cualquier actitud que privilegie a un determinado grupo por considerarlo superior, o que trate con hostilidad o cualquier forma de discriminación a otro grupo por considerarlo inferior, es incompatible con la CADH.¹⁹ Se trata de principios imperativos de derecho, que emanan mandatos para los Estados, consistentes en la idea de abstención (obligación negativa), es decir, la prohibición de dictar normas y reglamentos discriminatorios, así como en la idea de acción (obligación positiva), mediante la eliminación de normas discriminatorias y el combate a conductas de esta naturaleza, y mediante la promulgación de leyes y la adopción de otras medidas que promuevan la igualdad,²⁰ como políticas públicas, acciones afirmativas y leyes protectoras. Cabe destacar, por tanto, que cualquiera que sea el origen o la “forma que adopte, todo trato que pueda considerarse discriminatorio con respecto al ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con ella”.²¹

Esta lógica está, pues, vinculada a la noción de dimensión objetiva de los derechos humanos y fundamentales, que impone a los Estados y a los poderes públicos directivas, mandatos e impulsos para la realización de estos derechos.

En este contexto, el derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley tiene dos concepciones: negativa y positiva. La concepción negativa consiste en la prohibición de la adopción de tratos discriminatorios,

17 Véase también Víctor Bazán, “El control de convencionalidad: incógnitas, retos y perspectivas”, en Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 17-57.

18 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, cit.

19 Francisco Zúñiga Urbina, “Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile’, de 24 de febrero de 2012”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, n.º 1, 2012, pp. 429-468.

20 Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit.

21 Corte IDH, Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Pagos Retroactivos, Serie C, No. 214, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

emanando un deber de omisión, de abstención por parte del Estado, mientras que la concepción positiva trata del deber de los Estados de adoptar herramientas para combatir las medidas discriminatorias, con la obligación de crear condiciones de igualdad real (material)²² frente a grupos que históricamente han sufrido alguna forma de discriminación,²³ dado que

... se reconoce una interseccionalidad e interdependencia entre los distintos derechos protegidos en el Sistema Interamericano, de modo que todos ellos deben ser reconocidos de forma general por todo individuo o grupo, sin discriminación alguna, abarcando tanto una *dimensión negativa*, propia de los derechos de defensa (prohibición de discriminación), como una *dimensión positiva* (deber de observar y promover la igualdad) por parte de los Estados.²⁴ (Énfasis agregado)

Desde esta perspectiva, se consideran tratos diferenciados discriminatorios aquellos que tienen por objetivo o efecto anular o restringir derechos,²⁵ aunque es posible adoptar tratos diferenciados que pretendan compensar desigualdades existentes, es decir, que adopten una forma de discriminación positiva.²⁶ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la violencia contra la mujer,

22 Abramovich, siguiendo la misma línea de pensamiento, sostiene que “la imposición de obligaciones positivas tiene consecuencias muy importantes respecto del rol político o promocional del SIDH, porque impone a los Estados el deber de formular políticas de prevención y reparación de violaciones a los derechos humanos que afectan a determinados grupos o sectores postergados”. Víctor Abramovich, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y tensiones clásicas en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n.º 11, 2009, pp. 7-39.

23 En este sentido, véase Stephan Kirste, “Individualismo y colectivismo en la fundamentación de los rigores grupales”, en Kenneth Einar Himma y Bojan Spaic (eds.), *Derechos fundamentales: justificación e interpretación*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2016, pp. 27-45, https://www.researchgate.net/publication/325607958_Individualism_and_Collectivism_in_the_Foundation_of_Group_Rights.

24 Mônia Clarissa Hennig Leal, “Derechos de grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*

25 Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n.º 1, 2013, pp. 115-170, http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322013000100006&script=sci_abstract&tlng=pt.

26 Nogueira Alcalá, “Derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acción positiva”, *op. cit.*

protegida de manera específica por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), ampara la erradicación de cualquier trato discriminatorio en su contra, lo cual incluye la aplicación de reglas que supongan un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, en donde el Estado tendrá la carga de probar que dicha distinción no es discriminatoria y, por lo tanto, obedece a factores objetivos.²⁷

En este sentido, la Corte IDH considera incluso posible la adopción de un trato desigual, siempre que exista una justificación objetiva y razonable,²⁸ de modo que “la discriminación por el ordenamiento jurídico es posible, especialmente para compensar desigualdades de hecho históricamente existentes [...] Ese tratamiento diferenciado debe ser justificado y razonable”,²⁹ entendiendo que un determinado tratamiento diferenciado es discriminatorio cuando carece de una justificación objetiva y razonable, lo que ocurre precisamente cuando no existe un fin legítimo por alcanzar con ese tratamiento, o cuando no existe una relación de razonabilidad y proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados para alcanzarlo.³⁰

De esta manera, el trato diferenciado puede aplicarse cuando existe una justificación para ello (un “fin legítimo”), bajo el prisma de la razonabilidad y proporcionalidad (“proporcionalidad” entre medios y fines), y no de manera indiscriminada y sin motivación.³¹ Así se ha expresado en diversas ocasiones, tanto en sentencias dictadas en asuntos contenciosos, como *Espinoza Gonzáles vs. Perú*,³² como en opiniones consultivas, como la Opinión Consultiva

27 Corte IDH, Caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 289, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf.

28 Anne F. Bayefsky, “The principle of equality or non-discrimination in international law”, *Human Rights Law Journal*, v. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1-34.

29 Hennig Leal, “Derechos de grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*

30 La Corte Interamericana ha utilizado conceptos como “justificación razonable”, “fin legítimo”, “razonabilidad” y “proporcionalidad” para identificar si existe o no discriminación cuando los Estados adoptan un trato desigual. Esta terminología aparece en diversas sentencias dictadas por la Corte, así como en opiniones consultivas.

31 Nogueira Alcalá, “Derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acción positiva”, *cit.*

32 Corte IDH, Caso *Espinoza Gonzáles contra Perú*, *op. cit.*

17/2002.³³ También puede verse en la sentencia dictada en el caso *Norín Catrimán vs. Chile*,³⁴ que es paradigmática en la materia por cuanto estimó que una diferencia de trato es discriminatoria cuando no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue una finalidad legítima y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

Por lo tanto, es necesario proporcionar una justificación sólida de por qué se adopta un trato desigual; de lo contrario, a falta de una justificación razonable, se estará produciendo un trato desigual y discriminatorio.³⁵

No habrá discriminación, en este sentido, cuando el trato desigual esté legítimamente orientado. Por ello, no puede afirmarse que exista discriminación en todo trato diferenciado de un Estado hacia un individuo, que debe ser analizado en cada caso concreto, comprobando los argumentos y fundamentos de las estrategias adoptadas por el Estado.³⁶ Cabe señalar también que la Corte IDH utiliza una distinción terminológica entre los conceptos “distinción” y “discriminación”, refiriéndose el primero a un trato compatible con la CADH y, por lo tanto, razonable y proporcionado, mientras que el segundo corresponde a casos de violaciones de derechos humanos incompatibles con la Convención:

La Corte Interamericana ha enfatizado reiteradamente que la Convención Americana no prohíbe toda distinción de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, de manera que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que van en detrimento de los derechos humanos.³⁷

33 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Condición jurídica y derechos humanos de los niños, San José de Costa Rica, 2002, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

34 Corte IDH, Caso *Norín Catrimán y otros* (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondos, Reparaciones y Salarios atrasados, Serie C, No. 279, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.

35 Hennig Leal, “Derechos de grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*

36 Nogueira Alcalá, “Derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acción positiva”, *op. cit.*

37 Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit.

Un ejemplo de trato desigual, considerado no discriminatorio, es el establecimiento de requisitos menos exigentes para la obtención de la nacionalidad costarricense para personas centroamericanas, iberoamericanas y españolas, en comparación con otros extranjeros, dado que tienen una mayor afinidad cultural e histórica y vínculos más estrechos con los nacionales de ese país.³⁸ Otro ejemplo se refiere a las limitaciones al ejercicio de la ciudadanía y de ciertos derechos políticos por parte de los extranjeros,³⁹ casos en los que existe una justificación razonable y proporcional, de manera que el trato desigual empleado no es discriminatorio, sino un medio para alcanzar un fin legítimo.

Por otro lado, existen situaciones en las que el trato desigual tiene un sesgo discriminatorio que viola los derechos humanos y es incompatible con la CADH. Este es el caso, por ejemplo, de la prohibición de las relaciones homosexuales para los miembros de las Fuerzas Armadas, con el argumento de que dichas relaciones afectarían la disciplina militar. Esta situación fue investigada en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*,⁴⁰ resuelto en 2016, en el que la Corte IDH determinó que la medida restrictiva impuesta, es decir, la prohibición de relaciones homosexuales dentro de las Fuerzas Armadas, es discriminatoria e incompatible con la CADH. La medida restringe la participación de los homosexuales en el ejército y no tiene una justificación razonable para ello, por lo que no puede seguir en vigor, de modo que “la exclusión de personas de las Fuerzas Armadas en razón de su orientación sexual, real o percibida, es contraria a la Convención Americana”.⁴¹

Lo mismo ocurrió en el caso *Atala Riffo e hijos vs. Chile*, juzgado en 2012,⁴² en el que la Corte IDH consideró discriminatorio el trato diferente. El caso se refería a la custodia de unas niñas, en el que a la madre, al haber declarado su homosexualidad, se le impidió tener contacto con ellas. El Estado argumentó que la decisión se había tomado en el interés

38 *Idem.*

39 *Idem.*

40 Corte IDH, Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Excepción Preliminar, Antecedentes, Reparaciones y Fondo, Serie C, No. 315, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.

41 *Idem.*

42 Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niños vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 239, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf.

superior de la menor, considerando que tener una madre homosexual en una sociedad conservadora e intolerante podría causar a las niñas algún tipo de prejuicio y daño.⁴³

La Corte IDH, por su parte, sostuvo que esta justificación no se basaba en una argumentación robusta y exhaustiva, sino en presunciones, especulaciones, estereotipos y consideraciones generalizadas, y era incompatible con la CADH. Además, señaló que, si bien el interés superior del niño es, en abstracto, un fin legítimo, es necesario probar en términos concretos los riesgos y posibles daños que se causarían a las hijas como consecuencia de la orientación sexual de su madre, reiterando que

... para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de soporte legal la supuesta posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que podrían enfrentarse los menores por la condición de su madre o de su padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes con condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar un trato discriminatorio. Los Estados [...] deben inclinarse precisamente por hacer frente a las manifestaciones intolerantes y discriminatorias para evitar la exclusión o la negación de una determinada condición.⁴⁴

Ante esta situación, cabe destacar que las restricciones de derechos⁴⁵ requieren una justificación rigurosa y una argumentación exhaustiva, y no puede recurrirse a presunciones y justificaciones superficiales, como ocurrió en los casos *Flor Freire vs. Ecuador* y *Atala Riffo y niños vs. Chile*, donde efectivamente no existía una justificación razonable y proporcional para el trato desigual aplicado, es decir,

... tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual *restricción de un derecho* exige una *fundamentación rigurosa*, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben

43 *Idem.*

44 *Idem.*

45 Se trata, de hecho, de una exigencia de la propia noción de “restricciones a los derechos fundamentales”, ya que es una aplicación del principio de proporcionalidad; Jorge Reis Novais, *Restricciones a los derechos fundamentales no autorizadas expresamente por la Constitución*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

ser particularmente serias y estar sustentadas en una *argumentación exhaustiva*.⁴⁶ (Énfasis agregado)

Además, la Corte IDH entiende que no solo se protegen las categorías expresamente descritas en el artículo 1.1 de la CADH, sino que es posible una interpretación evolutiva del concepto, dado que el término “otra condición social” permite una interpretación más amplia de la disposición legal, de modo que también pueden incluirse otras categorías como refugiados e inmigrantes, así como otros grupos sociales. De esta manera, el artículo 1.1 no presenta una lista exhaustiva, sino más bien orientativa, formando una lista meramente ejemplar.⁴⁷

Interpretación evolutiva de la noción de “categorías sospechosas de discriminación” y de grupos en situación de vulnerabilidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La incorporación de la noción de interpretación evolutiva puede evidenciarse, a su vez, en el desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en la CADH (art. 1.1) por parte de la Corte IDH, en relación con los grupos en situación de vulnerabilidad, así como la noción de “categorías sospechosas” de discriminación, que han tenido una importante expansión e incorporación de nuevos elementos a lo largo del tiempo, con base en diferentes fundamentos.

En 2012, el Caso Atala Riffo vs. Chile⁴⁸ trajo la primera muestra de una interpretación evolutiva de la CADH que resulta más favorable al ser humano (siguiendo los principios *pro homine* o *pro personae*), basada en la cláusula de apertura del artículo 1.1 de la CADH, que contiene la expresión “cualquier otra condición social”: “84. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los

46 Corte IDH, Caso Flor Freire vs. Ecuador, cit.

47 Ariel E. Dulitzky, “El principio de igualdad y no discriminación: claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, 2007, pp. 15-32, <https://aurora-dechile.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/1345>.

48 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niños vs. Chile, cit.

derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable para el ser humano”.⁴⁹

Sobre la base de esta construcción, la orientación sexual pasó a considerarse una categoría especialmente protegida por la CADH, basándose en el derecho internacional de los tratados:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁵⁰

En aquel momento, también se afirmó que la posible falta de consenso sobre estos grupos no puede servir de argumento para negarles sus derechos:

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

49 *Idem.*

50 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niños vs. Chile, Reparaciones y Costas, cit.

Luego, el Caso Norín Catrimán vs. Chile⁵¹ de 2014 trató la discriminación contra el pueblo Mapuche, al vincular de manera prejuiciosa a indígenas con grupos terroristas, con la emisión de múltiples sentencias penales en su contra. En esta decisión, la Corte IDH reconoció el criterio étnico como un “criterio prohibido de discriminación”, ampliando así una vez más el catálogo del artículo 1.1 de la CADH. Para ello, utilizó una serie de tratados que prohíben la discriminación étnica, demostrando que la disposición contenida en la CADH no es una lista exhaustiva, con la posibilidad de incluir nuevas categorías (“criterio abierto”):

202. Tomando en cuenta los criterios de interpretación estipulados en el artículo 29 de la Convención Americana y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte considera que el origen étnico es un criterio prohibido de discriminación que se encuentra comprendido dentro de la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención Americana. El Tribunal ha indicado que al interpretarse el contenido de dicha expresión debe “elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el referido artículo, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. La redacción de esa norma “deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas”.⁵²

El Caso Granier y otros vs. Venezuela⁵³ de 2015 introdujo la “opinión política” como una categoría prohibida. Asimismo, la Corte IDH desarrolló la noción de exigencia de justificación rigurosa respecto al trato diferenciado de estos grupos, estableciendo la respectiva inversión de la carga de la prueba, debiendo el Estado demostrar que su actuación no tiene efectos ni fines discriminatorios:

228. La Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que

51 Corte IDH, Caso Norín Catrimán vs. Chile, cit.

52 *Idem*.

53 Corte IDH, Caso Granier y otros vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 293.

significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia RCTV estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de reservarse el espectro no tenía una finalidad o efecto discriminatorio.⁵⁴

Con el Caso González Lluy vs. Ecuador⁵⁵ en 2015, la Corte IDH incluyó a las personas seropositivas en la protección del artículo 1.1 de la CADH, debiendo evaluarse cualquier diferenciación basada en un “criterio sospechoso” sobre la base de un escrutinio más estricto:

257. En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, *la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva*. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia Talía estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de retirar a Talía no tenía una finalidad o efecto discriminatorio. Para examinar la justificación esgrimida por el Estado, *la Corte utilizará entonces, en el marco del juicio estricto de igualdad*, el llamado juicio de proporcionalidad, que ya ha sido utilizado en ocasiones anteriores para medir si una limitación a un derecho resulta ser compatible con la Convención Americana.⁵⁶ (Énfasis agregado)

La Corte IDH utilizó decisiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para esta construcción, basándose en la expulsión de la escuela y la violación del derecho a la educación de la

54 *Idem.*

55 Corte IDH, Caso González Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 298, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_298_esp.pdf.

56 *Idem.*

víctima, así como el elemento de *interseccionalidad*⁵⁷ (niña, mujer, pobre, seropositiva) y la concurrencia de factores determinantes para su condición:

290. La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó 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. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. *En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.*⁵⁸ (Énfasis agregado)

Posteriormente, con la decisión del Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil⁵⁹ en 2016, se dio la incorporación del criterio de pobreza en la protección del artículo 1.1 de la CADH, indicando la necesidad de una protección especial o de “deberes especiales de protección del Estado”:

337. La Corte se ha pronunciado en el sentido de establecer que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto

57 El concepto de “interseccionalidad” se desarrollará con más detalle en otra sección de este artículo.

58 Corte IDH, Caso González Lluy y otros vs. Ecuador, cit.

59 Corte IDH, Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 318, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf.

y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación.⁶⁰

La Corte IDH hace hincapié en la necesidad de que los Estados adopten medidas específicas para luchar contra la discriminación, así como en la necesidad de interpretarla a la luz de la situación de desventaja en la que se encuentran determinados grupos como respuesta a “realidades sociales”:

338. La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido.⁶¹

También en 2016, la Corte IDH decidió el Caso I.V. vs. Bolivia⁶² que permitió la inclusión de los refugiados en la protección del artículo 1.1 de la CADH, tomando como referencia el vínculo con su identidad y con grupos tradicionalmente marginados:

240. Ahora bien, la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables. Cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención 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, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.* La Corte ha establecido, además, que los criterios

60 *Idem.*

61 *Idem.*

62 Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 329, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_329_esp.pdf.

específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo.⁶³ (Énfasis agregado)

En su decisión, la Corte IDH menciona una vez más la necesidad de adoptar criterios más rigurosos de escrutinio, llevando a cabo un “escrutinio estricto” (criterios particularmente exigentes para analizar la proporcionalidad), donde el propósito no solo debe ser legítimo, sino imperativo; la medida adoptada no solo debe ser adecuada, sino necesaria, y los beneficios deben superar claramente las restricciones:

241. En razón de lo anterior, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, *la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso*. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora *se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso*. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual *los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma*.⁶⁴ (Énfasis agregado)

Una vez más, este caso reconoce una discriminación múltiple, causada por el refuerzo mutuo de su condición de mujer, peruana y pobre (interseccionalidad), en referencia a la necesidad de una protección especial basada en una perspectiva de género y en los estereotipos que afectan las decisiones reproductivas (ligadura de trompas obligatoria relacionada con el estereotipo de que la víctima era incapaz de tomar una decisión autónoma sobre su cuerpo). Aquí la Corte sustenta su razonamiento en el carácter

63 *Idem.*

64 *Idem.*

abiertamente limitado que ha tenido la protección de la libertad de la mujer para decidir sobre su salud sexual y reproductiva, debido a factores históricos, sociales y culturales que han sustentado dicha limitación y han afectado de manera desproporcionada a la mujer, por tener asignado un rol reproductivo y de planificación familiar.⁶⁵ A partir de ello, y en lo que concierne a tratamientos médicos de esterilización, el Tribunal determinó específicamente:

246. Las circunstancias en las que el Estado alega haber obtenido el consentimiento de I.V., le negaron la oportunidad de tomar una decisión libre, informada y ajustada sobre su proyecto de vida. En este sentido, *el médico realizó una intervención médica paternalista injustificada* toda vez que, al rodear su capacidad reproductiva sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado, restringió severamente la autonomía y libertad de la señora I.V. para tomar una decisión sobre su cuidado, para decidir sobre su cuerpo y su salud reproductiva, y llevó a cabo una injerencia abusiva en su vida privada y familiar, motivada por el deseo de evitar daños a su salud en el futuro, sin tener en cuenta su propia voluntad y con graves consecuencias para su integridad personal (infra Capítulo VIII-2) por el hecho *de ser mujer*.⁶⁶ (Énfasis agregado)

Podemos ver que en la construcción argumentativa de la Corte IDH para justificar la inclusión de nuevos grupos “sospechosos” de discriminación (interpretación evolutiva), se distinguen los siguientes aspectos: a) la ampliación del contenido de la cláusula de igualdad derivada de su integración con otros tratados de derechos humanos, así como de decisiones dictadas por otros tribunales u órganos de protección (v. gr., etnia, orientación, portadores de VIH); b) la justificación reforzada por el aspecto material, identificado con la discriminación “estructural histórica” de determinados grupos, que los coloca en una situación de especial vulnerabilidad (v. gr., minorías sexuales, discapacitados, inmigrantes, ancianos, pobres); c) la aplicación de un criterio de proporcionalidad más estricto (*strict scrutiny*), tomando como referencia las circunstancias del caso concreto, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba y la exigencia de una argumentación exhaustiva por parte del Estado.

En este punto, también hay que señalar que los criterios para analizar si se ha producido una violación de los principios de igualdad y no

65 *Idem.*

66 *Idem.*

discriminación en un caso concreto pueden tener distintas intensidades, dependiendo de las razones que motiven la diferencia de trato. En estas situaciones, la Corte IDH considera que “cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en el que está involucrada una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que *incorpore al análisis elementos especialmente exigentes*”,⁶⁷ como se verá con más detalle en el siguiente apartado.

Escrutinio estricto de proporcionalidad y categorías sospechosas de discriminación

América Latina es una región marcada por profundas desigualdades sociales y político-económicas,⁶⁸ que deben ser analizadas tanto desde una perspectiva redistributiva como de reconocimiento.⁶⁹ Así las cosas, diversas constituciones y tratados internacionales de derechos humanos vigentes en la región identifican a los “grupos vulnerables” que padecen una situación de desigualdad basada en una distribución asimétrica de los recursos y del poder, además de proporcionar instrumentos normativos para superar la discriminación estructural, reconociendo la necesidad de medidas reparatorias y transformadoras de la realidad para alcanzar la igualdad real en el goce de los derechos y en el ejercicio de la ciudadanía.

Por lo tanto, no basta con pensar en la igualdad únicamente desde la perspectiva de la no discriminación, sino que se requiere una perspectiva más amplia. De acuerdo con Clérico, Ronconi y Aldao:

... es necesario ampliar la fórmula de la igualdad como principio de no dominación o no sumisión. Sin embargo, la inclusión de la perspectiva de la igualdad como no dominación o no sumisión es insuficiente si no nos preguntamos

67 *Idem.*

68 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), *Temas estadísticos de la Cepal: el portal de la desigualdad en América Latina*, n.º 12, abril de 2024. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/f7861ae5-e4c3-4d1b-a393-ec5f4aa9f8c9/content>. La Cepal señala que la incidencia de la pobreza es mayor en algunos grupos de la población de la región: más del 45% de los niños y adolescentes viven en situación de pobreza, y la tasa de pobreza de las mujeres de 20 a 59 años es mayor que la de los hombres en todos los países de la región. Asimismo, la tasa de pobreza es considerablemente más alta entre las poblaciones indígenas y afrodescendientes.

69 Laura Clérico y Martín Aldao, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, v. 9, n.º 1, 2011.

por las causas que generan esta desigualdad. Por ello, proponemos ampliar la mirada para entender que la desigualdad no sólo proviene de una injusta distribución de los bienes económicos y sociales, sino también del reconocimiento.⁷⁰

En esta misma línea, Rojas llama la atención sobre el aspecto de la discriminación inherente a ciertos grupos, mencionando que:

... para abordar estas cuestiones de discriminación sistémica, los elementos tradicionales del ejercicio de la igualdad no son suficientes. No estamos ante una situación de sujetos en condiciones de igualdad, respecto de los cuales el Estado deba garantizar un trato igual o justificar adecuadamente un trato diferenciado. Estas situaciones de discriminación sistémica tienen que ver con prácticas de exclusión y marginación social con fuertes componentes culturales que colocan a un grupo en una posición de subordinación que obliga al Estado a tomar medidas correctoras efectivas a favor de una condición de igualdad no meramente formal, sino sustantiva o material.⁷¹

La Corte IDH ha incorporado estas diferentes perspectivas sobre el derecho a la igualdad no solo a través de la disposición del artículo 1.1 de la CADH, que establece, a modo de ejemplo –y no como una lista exhaustiva, ya que se trata de una cláusula abierta–,⁷² los criterios y grupos sospechosos de discriminación,⁷³ sino también a través de sus sentencias.

70 Clérico, Ronconi y Aldao, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *op. cit.*, pp. 115-170.

71 Claudio Nash Rojas, “Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna ‘Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia’”, en Víctor Bazán (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales - las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 125-145.

72 “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Organización de los Estados Americanos, (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

73 En cuanto a los criterios prohibidos de discriminación enumerados en el artículo 1.1 de la CADH, es evidente que la disposición no establece expresamente que aquellos factores prohibidos de discriminación serán considerados inmediatamente una categoría sospechosa merecedora de un escrutinio más riguroso. Lo que sí ocurre, en cambio, es que este reconocimiento se produce generalmente a través del juzgamiento de casos concretos que involucran estos criterios prohibidos de discriminación, ya que, según el entendimiento establecido por la

Su actuación va no solo en la dirección de una tendencia a ampliar y reconocer nuevos grupos como “categorías sospechosas” de discriminación (interpretación evolutiva del art. 1.1 de la CADH), sino también en la adopción de herramientas y criterios interpretativos como la noción de escrutinio estricto de proporcionalidad, por ejemplo, que tengan en cuenta estas desigualdades y la existencia de discriminación estructural (como el avance en la adopción de medidas de no repetición y estructurales).

Por tanto, desde la perspectiva de la valoración de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en relación con grupos o categorías “sospechosos de discriminación”, no basta con aplicar el principio de proporcionalidad en su sentido tradicional, es decir, guiado por la aplicación de los tres subprincipios que le son inherentes: *finalidad legítima* (si la finalidad de la distinción es compatible con el ordenamiento jurídico); *idoneidad* (si los medios utilizados son adecuados para alcanzar los fines perseguidos) y *proporcionalidad en sentido estricto* (si la intensidad de la restricción de derechos es proporcionada y justificada en relación con el fin perseguido).

Por tanto, dependiendo de las circunstancias del caso —como ocurre con las categorías sospechosas de discriminación y los grupos víctimas de discriminación estructural, por ejemplo—, estos tres criterios pueden aplicarse con distinta intensidad, pasando por una escala que va desde el examen de mera racionalidad, el escrutinio intermedio, hasta el escrutinio estricto (tabla 1).

En los casos que afectan a categorías sospechosas y grupos víctimas de discriminación estructural, no basta con que el fin sea legítimo, sino que también debe ser imperativo. Del mismo modo, el medio elegido no solo debe ser adecuado y efectivamente apropiado, sino también necesario, es decir, no podría sustituirse por otro medio menos lesivo,⁷⁴ lo que muestra

Corte IDH en la Opinión Consultiva 18/03 (Corte IDH, 2003, p. 64), “los motivos que pueden dar lugar a la formación de una ‘categoría sospechosa’ no se agotan en la enumeración establecida en los instrumentos interamericanos”; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, cit. La determinación de estas categorías “está relacionada con las características de la discriminación en un momento dado en un país o región”. La relevancia de la identificación de una “categoría sospechosa” dependerá, en gran medida, del análisis concreto de la situación de hecho que se regule.

74 Dulitzky, “El principio de igualdad y no discriminación: claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *op. cit.*

Tabla 1. Tipos de escrutinio o examen de valoración del derecho a la igualdad

TIPO DE EXAMEN	PREMISA GENERAL	RESULTADO
MERA RACIONALIDAD	Presume la legitimidad o constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador.	La carga de la argumentación recae en quien realiza el reclamo igualitario y solo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si este logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta. En caso contrario, la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación se confirma.
ESCRUTINIO INTERMEDIO	Exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias.	Debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.
ESCRUTINIO ESTRICTO	Presume la falta de justificación de la discriminación; por lo cual la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado.	La arbitrariedad solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación y logra alegar y justificar razones más que importantes –por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente– y que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación. Si persisten dudas al final de la argumentación, tanto la clasificación como sus efectos deben ser considerados como arbitrarios (“regla epistémica”).

Fuente: elaboración propia con base a Clérico, Ronconi y Aldao, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, cit.

una vez más una aplicación de los subprincipios de proporcionalidad, pero basada en parámetros más exigentes en términos de justificación.⁷⁵

Reconocer la existencia de ciertos grupos como “sospechosos de discriminación”, por tener una alta probabilidad de ser discriminados, se remonta a su vez a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América que ha sentado su jurisprudencia en el sentido de

⁷⁵ Anne F. Bayefsky, “El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional”, *Human Rights Law Journal*, v. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1-34.

que las normas relativas a estos grupos o categorías se presumen inconstitucionales y deben someterse a un análisis más riguroso y exigente, basado en un escrutinio estricto de la proporcionalidad.⁷⁶

Esta interpretación se desarrolló a partir de la sentencia en el asunto Estados Unidos contra Carolene Products Co. (1938), ante el Tribunal Warren, cuando se esbozaron los primeros contornos de la noción y aplicación del escrutinio estricto en relación con minorías discretas e insulares.⁷⁷

En palabras de Ely, si el prejuicio contra minorías *discretas e insulares* puede ser una condición especial que tiende a restringir seriamente el funcionamiento de los procesos políticos en los que solemos confiar para proteger

76 Trilce Valdivia Aguilar, “¿Buscando igualar? Un análisis ‘estricto’ de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 84, 2020, pp. 09-45.

77 En el original: “Puede haber un ámbito más restringido para la aplicación de la presunción de constitucionalidad cuando la legislación parece a primera vista estar comprendida en una prohibición específica de la Constitución, como las de las diez primeras enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando se consideran comprendidas en la Decimocuarta. Véase *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 449, 457. No es necesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que normalmente se puede esperar que produzcan la revocación de una legislación indeseable debe estar sujeta a un escrutinio judicial más exigente en virtud de las prohibiciones generales de la Constitución. *No es necesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que normalmente se puede esperar que produzcan la derogación de la legislación indeseable, debe estar sujeta a un escrutinio judicial más exigente en virtud de las prohibiciones generales de la Decimocuarta Enmienda que la mayoría de los otros tipos de legislación.* Sobre las restricciones al derecho de voto, véase *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73; sobre las restricciones a la difusión de información, véase *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233; *Lovell v. Griffin*, *supra*; sobre interferencias con organizaciones políticas, véase *Stromberg v. California*, *supra*, 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242; y véase *Holmes, J.*, en *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 673; en cuanto a la prohibición de reunión pacífica, véase *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 365. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U.S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U.S. 484, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*: *si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende seriamente a restringir el funcionamiento de los procesos políticos en los que normalmente se confía para proteger a las minorías, y que puede requerir una investigación judicial más exhaustiva.* Compárese *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 277, 284, n.º 2, y casos citados” (U.S.S.C., 1938, p. 152-153) (Énfasis agregado).

a las minorías, esto puede requerir, en la misma medida, un escrutinio judicial más exhaustivo.⁷⁸

Aunque de la redacción del texto parece desprenderse claramente que una minoría solo tendrá derecho a esta protección judicial cuando sea una minoría “discreta e insular” y sufra perjuicios, la decisión no establece claramente en qué consisten las minorías “discretas” o “insulares”, ni los criterios para identificarlas.⁷⁹

Sin embargo, siguiendo lo señalado por Ely,⁸⁰ una definición plausible es que estos grupos están formados por aquellos individuos que se enfrentan a obstáculos o son incapaces de integrarse en espacios políticos democráticos. En este sentido, son minorías “discretas”, ya que se identifican como distintas del resto de la sociedad, e “insulares”, ya que no se integran en coaliciones con otros grupos debido a los prejuicios.⁸¹

El autor también destaca que la Corte Suprema desempeña un claro papel en la corrección de los déficits del proceso democrático.⁸² Así, para aquellos casos en los que exista una ley que prive o reduzca los derechos de un determinado colectivo, y exista la sospecha de que el proceso político se ha llevado a cabo de forma injusta, la Corte aplica la fórmula del escrutinio estricto, y las leyes se presumen inconstitucionales, “aunque guarden una relación racional con algún fin estatal legítimo, a menos que pueda

78 John Hart Ely, *Democracy and distrust: A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, pp. 100-101.

79 Eliziane Fardin de Vargas y Mônia Clarissa Hennig Leal, *La utilización de la noción de “categoría sospechosa” de discriminación y del “escrutinio estricto de proporcionalidad” por el Supremo Tribunal Federal en el juzgamiento de acciones relativas a grupos vulnerables*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2024, p. 89.

80 En su clásico *Democracy and Distrust - A Theory of Judicial Review*, Ely trata de forma específica y directa los aspectos que rodean la actuación del Tribunal Supremo de Estados Unidos y su relación o compatibilidad con el sistema democrático, adoptando una postura en defensa del sistema representativo y del aspecto procesal de la Constitución, que resulta en lo que podría denominarse “teoría del refuerzo de la representación”. Para más sobre este tema, véase Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional aberta: uma análise dos limites e da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 148.

81 David A. Strauss, “¿Están obsoletos los productos Carolene?”, *University of Illinois Law Review*, 2010, pp. 1251-1270.

82 *Idem*.

demostrarse que son necesarias para evitar algún resultado lamentable que no pueda evitarse de ninguna otra forma razonable”.⁸³

Posteriormente, la Corte Suprema utilizó la noción de escrutinio estricto desarrollada en Estados Unidos contra *Carolene Products Co.*,⁸⁴ en la sentencia del caso *Toyosaburo Korematsu contra Estados Unidos* (1944),⁸⁵ decidiendo que cualquier restricción de los derechos civiles de un determinado grupo racial debe considerarse inmediatamente sospechosa, dando lugar a un análisis de su constitucionalidad mediante un escrutinio estricto:

... todas las restricciones legales que recortan los derechos civiles de un único grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones sean inconstitucionales. Lo que quiere decir es que los tribunales deben someterlas al escrutinio más estricto. Una necesidad pública apremiante puede justificar a veces la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial nunca puede hacerlo.⁸⁶

Aunque en el asunto *Toyosaburo Korematsu contra Estados Unidos*⁸⁷ se recurrió al escrutinio estricto, la ley analizada pasó dicho escrutinio en cuanto a su constitucionalidad por considerar que las medidas allí dispuestas eran esenciales para la protección de la seguridad nacional.⁸⁸ Esta sentencia demuestra, a su vez, que aunque existe una presunción de inconstitucionalidad de las normas relativas a categorías sospechosas, esta presunción puede superarse si el Estado demuestra que la medida: a) sirve

83 Ronald Dworkin, *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 654.

84 Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *Estados Unidos contra Carolene Products Company*, 304 U.S. 144, 1938, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>.

85 En el caso en cuestión, un ciudadano estadounidense de ascendencia japonesa llamado Frank Toyosaburo Korematsu vio restringida su libertad de permanecer en San Leandro, California, por tratarse de una zona militar en la que no se permitía la estancia de personas de ascendencia japonesa; Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *Korematsu contra Estados Unidos*, 323 U.S. 214, 1944, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>.

86 Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *Korematsu contra Estados Unidos*, 323 U.S. 214, 1944, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>.

87 Sobre el uso del escrutinio estricto en el caso “*Toyosaburo Korematsu v. United States*” (1944), véase Liliana Ronconi, “Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real”, *Isonomía*, n.º 49, 2019, pp. 103-140.

88 Richard H. Fallon, “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, n.º 54, 2007, pp. 1267-1337.

a un interés *imperioso* (*compelling*); b) se ha adaptado para alcanzar el interés deseado (*narrowly tailored*); y c) es el medio menos restrictivo (*least restrictive means*) necesario para alcanzar el objetivo deseado.⁸⁹

Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad instituido por el escrutinio estricto crea la presunción de que el criterio de diferenciación no es adecuado para alcanzar un objetivo estatal legítimo, a menos que la autoridad pública demuestre que existe un interés estatal convincente.⁹⁰ Así pues, los actos estatales que incluyen criterios de diferenciación sospechosos están sujetos a un control de constitucionalidad más refinado, a la vista de los principios sustantivos consagrados en la Constitución.⁹¹

En un contexto de grave discriminación racial contra la población negra, como el que se vivía en Estados Unidos, y ante las políticas segregacionistas vigentes en la época, a mediados de los años cincuenta y sesenta, la Corte Suprema estadounidense consideró la raza como una clasificación sospechosa en varias situaciones, analizando las leyes segregacionistas con base en el criterio del escrutinio estricto.⁹²

89 Clèmerson Merlin Clève y Bruno Meneses Lorenzetto, “Constitución Federal, control jurisdiccional y niveles de escrutinio”, *Derechos Fundamentales y Justicia*, n.º 32, 2015, pp. 97-123.

90 Roberto Saba, “(Des)igualdade estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, n.º 11, 2005, pp. 123-147.

91 María Eugenia Bunchaft, “Judicialisation and minorities: A reflection on the doctrine of equal protection in the jurisprudence of the American Supreme Court”, *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, n.º 2, 2010, pp. 151-169.

92 Es interesante señalar, en relación con los niveles de escrutinio adoptados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que además de utilizar el modelo de “escrutinio estricto” en relación con las categorías sospechosas, el Tribunal también aplica la “revisión de base racional” y el “escrutinio intermedio”, en otras palabras, adopta un “test de tres niveles” para analizar la constitucionalidad de las leyes. En el *rational basis review* o test de escrutinio mínimo, cualquier ley sometida a control de constitucionalidad pasa por él, siendo posible que la ley impugnada supere el test de constitucionalidad con solo probar que la norma adopta un medio racional y razonable para alcanzar un determinado fin legítimo. En el *escrutinio intermedio*, la indagación de constitucionalidad es más rigurosa que en el test de base racional desarrollado en el escrutinio mínimo, pero no tan exigente como en el *escrutinio estricto*, en el que debe probarse que la ley impugnada atiende a un interés importante y que existe una relación sustantiva entre ese interés y la prescripción legal. Es a través de la prueba de escrutinio intermedio como se examinan los casos que afectan categorías consideradas “cuasi sospechosas”, como las que afectan a cuestiones de género o a restricciones de la libertad de expresión. Cfr. Clèmerson Merlin Clève y Bruno Meneses Lorenzetto, “Constitución, gobierno democrático y niveles de intensidad del control judicial”, *Revista Jurídica Luso Brasileira - RJLB*, Año 1, n.º 2, 2015c, pp. 409-471.

En los casos de 1954, *Bolling v. Sharpe* y *Brown v. Board of Education of Topeka*,⁹³ por ejemplo, la Corte Suprema tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes que preveían la segregación de los niños negros en las escuelas, por considerar que tales prácticas violaban la Quinta Enmienda. En aquella ocasión, la Corte falló a favor del derecho de los niños negros a formar parte de los mismos espacios educativos que los niños blancos, argumentando que “las clasificaciones basadas únicamente en la raza deben examinarse con especial cuidado porque son contrarias a nuestras tradiciones y, por tanto, constitucionalmente sospechosas”, rechazando la política de “separados pero iguales”.⁹⁴

El escrutinio estricto se aplicó entonces en el caso *Loving contra Virginia*⁹⁵ de 1967, que trataba de la discriminación racial impuesta por la prohibición de contraer matrimonio a las parejas interraciales, y en donde la Corte dictaminó que “la cláusula de igualdad de protección exige que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, se sometan al escrutinio más estricto”.⁹⁶

Como resultado, dice, se ha establecido la opinión de que los negros constituyen una clase “sospechosa” y que, debido a ello, “cualquier ley que les otorgue una desventaja especial debe ser anulada, a menos que pueda

93 El caso llevado ante el Tribunal Supremo en *Brown contra el Consejo de Educación* se refería a una niña negra –Linda Brown– cuya familia solicitó que fuera admitida en una escuela pública para niños blancos en Topeka, Kansas. Todos los días caminaba unos dos kilómetros para llegar a la escuela para niños negros, pero había una escuela más cercana a su casa para niños blancos. La matrícula de Linda fue denegada y su padre pidió ayuda a la Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color (NAACP) para llevar el caso a los tribunales.

94 Andrea Rosario Íñiguez Manso, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII*, 2014, pp. 495-516.

95 Ante la prohibición del matrimonio interracial por parte del estado de Virginia, en 1958, Richard Loving, un hombre blanco, y Mildred Jeter, una mujer negra, se casaron en Washington y, al regresar a Virginia, fueron procesados por violar la ley estatal, siendo condenados en 1959 a un año de prisión, pena que podía ser sustituida por la restricción de no volver juntos a Virginia durante un periodo de 25 años. Como consecuencia, se trasladaron a Washington y, en 1963, presentaron una demanda contra el estado, alegando que la ley que prohibía el matrimonio interracial violaba la Decimocuarta Enmienda; véase Íñiguez Manso, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit.

96 *Ibid.*, p. 499.

defenderse sobre la base de que sirve a algún propósito absolutamente irresistible”.⁹⁷

Clève y Lorenzetto⁹⁸ también señalan que, con el tiempo, el conjunto de clasificaciones consideradas sospechosas se ha ampliado más allá de la raza. Desde la década de los setenta, el Tribunal Supremo también ha reconocido la nacionalidad y la religión como categorías sospechosas de discriminación que deben someterse a un escrutinio más riguroso, siendo los factores básicos para reconocer una categoría como sospechosa: 1) el prejuicio contra una minoría discreta e insular; 2) un historial de discriminación contra el grupo; 3) la (in)capacidad del grupo para buscar reparación política (es decir, impotencia política); 4) la inmutabilidad de la característica definitoria del grupo; 5) la relevancia de dicha característica.⁹⁹

Por ello, la Corte Suprema aplica al control de constitucionalidad un nivel de escrutinio superior –el escrutinio estricto–, que implica tanto una presunción de inconstitucionalidad en relación con la ley analizada como una inversión de la carga de la prueba para el órgano del que emana la medida analizada.¹⁰⁰ En este sentido, Saba¹⁰¹ afirma que la identificación y el reconocimiento de estas categorías lleva a los magistrados a establecer una presunción de inconstitucionalidad, que solo puede ser superada si el Estado puede demostrar el “interés estatal urgente o insoslayable” que motiva el uso de la categoría de sospecha.

Esto demuestra lo importante que es reconocer a una categoría como sospechosa de discriminación, ya que una vez clasificada como tal, el Estado tendrá la carga de probar que no hubo conducta discriminatoria, haciendo que la carga argumentativa sea desigual entre las partes y que sea

97 Dworkin, *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, op. cit., p. 655.

98 Clèmerson Merlin Clève y Bruno Meneses Lorenzetto, *Gobierno democrático y jurisdicción constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 52.

99 “Los factores básicos para determinar la condición de clase sospechosa ya existían a principios de la década de 1980: (1) prejuicio contra una minoría discreta e insular; (2) historial de discriminación contra el grupo; (3) la capacidad del grupo para buscar reparación política (es decir, impotencia política); (4) la inmutabilidad del rasgo definitorio del grupo; y (5) la relevancia de dicho rasgo”; cfr. Marcy Strauss, “Reevaluación de las clasificaciones de sospechosos”, *Seattle University Law Review*, v. 35, 2011, pp. 135-174.

100 Clèmerson Merlin Clève y Bruno Meneses Lorenzetto, “Constitución Federal, control jurisdiccional y niveles de escrutinio”, *Derechos Fundamentales & Justicia*, n.º 32, 2015, pp. 97-123.

101 Saba, “(Des)igualdade estructural”, op. cit., pp. 123-147.

más difícil justificar un trato diferenciado, ampliando así la protección de los grupos supuestamente afectados.¹⁰²

La primera ocasión en la que la Corte IDH introdujo la doctrina de las “categorías sospechosas” de discriminación fue en la sentencia del Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, cuando reconoció que, en el litigio por la custodia de las hijas de Karen Atala, el Estado chileno la había discriminado por su orientación sexual.¹⁰³

En el párrafo 84 de la sentencia, acogéndose al derecho internacional de los tratados y reconociendo que la Corte IDH debe ejercer una interpretación evolutiva que busque la opción más favorable a la protección de los derechos humanos y que consagre el principio *pro homine* o *pro personae*, terminó reconociendo la orientación sexual como parte del criterio de “cualquier otra condición social” previsto en el artículo 1.1 de la CADH, clasificándola como categoría sospechosa.¹⁰⁴ Esto, a su vez, muestra la adopción de una interpretación evolutiva basada en la apertura del artículo 1.1 de la CADH, como puede verse en los párrafos 91 y 93 de la sentencia.

Cabe señalar que el carácter enunciativo de la lista contenida en el artículo 1.1 de la CADH es un factor que influye directamente en la inclusión de nuevas categorías no expresadas en la misma, ya que, al ser meramente ejemplificativa, abre la posibilidad de que la Corte IDH, al evaluar un caso concreto de discriminación contra un grupo particularmente minoritario o vulnerable, reconozca la condición o estatus de categoría sospechosa y aplique un análisis detallado a través de un escrutinio estricto.¹⁰⁵

102 Roberto Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué hay de sospechoso en las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 695-742.

103 Corte IDH, Caso Atala Riffo y niños vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Pagos Retroactivos, cit.

104 Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niños vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, cit.

105 “91. [...] la Corte Interamericana establece que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello, la Convención rechaza cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de las personas. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o de particulares, puede de manera alguna menoscabar o restringir los derechos de una persona en razón de su orientación sexual. [...] 93. Un derecho reconocido a una persona no puede ser negado o restringido a nadie bajo ninguna circunstancia por razón de su orientación sexual. Esto violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana. El instrumento interamericano prohíbe la discriminación en general, incluyendo categorías como la orientación sexual,

Este entendimiento a favor de la ampliación de los criterios prohibidos de discriminación enumerados en el artículo 1.1 de la CADH fue establecido por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 24 de 2017 —más específicamente en su párrafo 67—, en la que se señala que, dada la previsión del término “otra condición social” contenido en la citada disposición, es evidente la posibilidad y apertura para el reconocimiento de otras categorías no expresamente indicadas en la lista de categorías sospechosas.¹⁰⁶

Incluso antes de que se consolidara esta postura, la Corte IDH ya había reconocido nuevos criterios prohibidos de discriminación en la Opinión Consultiva 18/2003,¹⁰⁷ en la que, además de reconocer la condición o estatus de trabajadores indocumentados como categoría sospechosa,¹⁰⁸ incluía los criterios de convicción, origen étnico, nacionalidad, edad, patrimonio y estado civil.¹⁰⁹

Este movimiento hacia la ampliación e inclusión de nuevas categorías como sospechosas, equiparándolas a los criterios prohibidos de discriminación enumerados en el artículo 1.1 de la CADH, no solo es “importante, sino necesario, precisamente en respuesta a la necesidad de una interpretación

que no pueden ser utilizadas para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”; Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, cit.

106 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica: Identidad de género, igualdad y no discriminación de parejas del mismo sexo, San José de Costa Rica, 2017, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf.

107 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, cit.

108 “Las condiciones actuales de los trabajadores migrantes en situación irregular dan lugar a una ‘categoría sospechosa’, por lo que cualquier restricción que pueda imponerse a sus derechos laborales debe ser estrictamente controlada”; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, cit.

109 “101. En consonancia con lo anterior, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*, ya que sobre él descansa todo el entramado jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que impregna todo ordenamiento jurídico. En la actualidad, no se permite ningún acto jurídico que entre en conflicto con este principio fundamental. No está permitido el trato discriminatorio en perjuicio de ninguna persona por motivos de sexo, raza, color, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En esta etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha entrado en el ámbito del *jus cogens*”; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, cit.

evolutiva ante los cambios sociales o la visibilización de realidades históricamente invisibilizadas”.¹¹⁰

Como ejemplo de esta interpretación evolutiva desarrollada por la Corte IDH, es posible mencionar la interpretación de la pobreza como parte integrante de la prohibición de discriminación basada en la posición económica en el Caso Trabajadores de Hacienda Brasil Verde vs. Brasil de 2016.¹¹¹ En el mismo sentido, en la decisión del Caso González Lluy y otros vs. Ecuador¹¹² de 2015, la Corte IDH incorporó a las personas que viven con VIH a la lista de categorías prohibidas de discriminación.¹¹³

En esta decisión, en el párrafo 256, la Corte IDH también enfatizó las principales consecuencias de entender una categoría como “sospechosa”, definiendo que el principal efecto legal de esto “es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al evaluar diferencias de trato basadas en estas categorías”.¹¹⁴

Al año siguiente, al ser llamada a pronunciarse en el Caso I.V vs. Bolivia,¹¹⁵ la noción de escrutinio estricto¹¹⁶ fue nuevamente mencionada en el

110 Silvia Serrano Guzmán, “El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXV, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, pp. 369-407.

111 Corte IDH, Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil, cit.

112 Cabe destacar que, en esta decisión, la Corte IDH reconoció, en el párrafo 290 de la sentencia, la situación de vulnerabilidades cruzadas en relación con Talía, ya que diversos factores, como su condición de mujer, niña, pobre y persona con VIH, se sumaron para agravar su situación de vulnerabilidad. Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.

113 *Idem*.

114 *Idem*.

115 Fue a través de la sentencia del caso “I.V. vs. Bolivia” (2016), que la Corte IDH incluyó la condición de refugiado en la lista de criterios prohibidos de discriminación del artículo 1.1 de la CADH. Valdivia Aguilar, “¿Buscando igualar? Un análisis ‘estricto’ de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 9-45.

116 Según Clérico *et al.*, la utilización del criterio de “escrutinio estricto de proporcionalidad” por parte de la Corte IDH combina la aplicación del principio de proporcionalidad de la jurisprudencia europea con los distintos niveles de intensidad del control, propios del derecho norteamericano: “la razonabilidad de la justificación es sometida, en la región, a lo que llamaremos un *examen integrado*, en la medida en que recoge el principio de proporcionalidad de la jurisprudencia europea y la mayor o menor intensidad en el examen, propia del enfoque norteamericano”. Clérico, Ronconi y Aldao, “Hacia la reconstrucción de las tendencias juris-

párrafo 241 de la sentencia, definiendo que, frente a medidas o leyes que tratan de manera diferente a categorías sospechosas,

... la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.¹¹⁷ (Énfasis agregado)

También en ese mismo año, la Corte IDH aplicó el concepto de escrutinio estricto en relación con el Caso Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde vs. Brasil,¹¹⁸ que fue considerado como la primera vez que el factor pobreza fue entendido como un criterio prohibido de discriminación por posición económica; posición reiterada en el Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil de 2020, afirmando:

185. En relación con la discriminación por razón de la pobreza en la que se encontraban las trabajadoras de la fábrica de fuegos, lo primero que se debe señalar es que esta no es considerada una categoría especial de protección al tenor literal del artículo 1.1 de la Convención Americana. Sin embargo, ello no es un obstáculo para considerar que la discriminación por esta razón está prohibida por las normas convencionales. Primero, porque el listado contenido en el artículo 1.1 de la Convención no es taxativo sino enunciativo y segundo, porque la pobreza bien puede entenderse dentro de la categoría de “posición económica” a la que se refiere expresamente el referido artículo, o en relación con otras categorías de protección como el “origen [...] social” u “otra condición social”, en función de su carácter multidimensional.¹¹⁹

prudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *op. cit.*, pp. 115-170.

117 Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, cit.

118 Corte IDH, Caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit.

119 Corte IDH, Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo,

Tomando como referencia estos elementos, Serrano¹²⁰ identifica las características o situaciones que sirven de fundamento para la incorporación de ciertas categorías a la cláusula de no discriminación del artículo 1.1 de la CADH por parte de la Corte IDH: “características permanentes de las personas, de las que 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, indican que el tribunal se encuentra ante un indicio de que el Estado ha actuado arbitrariamente”.¹²¹

En cuanto a la incorporación de la lógica del escrutinio estricto en relación con los casos de discriminación de aquellas categorías enumeradas en el artículo 1.1 de la CADH, el reconocimiento de la aplicación de la noción de escrutinio más estricto se desprende del párrafo 228 de la sentencia del Caso Granier y otros vs. Venezuela, en la que la Corte IDH no solo señala que cualquier restricción impuesta a estas categorías debe contar con una justificación rigurosa y de peso, sino que también prevé la inversión de la carga de la prueba para que la autoridad de la que emanó la determinación pruebe que la medida impuesta no tuvo un efecto discriminatorio:

228. La Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.¹²²

En este sentido, dado que cualquier restricción de un determinado derecho requiere una justificación rigurosa y de peso, como forma de ampliar la protección de los grupos en situación de vulnerabilidad identificados como categorías sospechosas de discriminación, se invierte la carga de la prueba, de modo que corresponde al Estado probar que su actuación no

Reparaciones y Costas, Serie C, No. 407, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf.

120 Serrano Guzmán, “El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 369-407.

121 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, cit.

122 Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, cit.

fue discriminatoria, demostrando, de forma exhaustiva y justificada, por qué adoptó esta medida,¹²³ presumiendo la incidencia de estereotipos y prácticas discriminatorias.¹²⁴

Por lo tanto, el trato diferenciado depende de una justificación diferenciada, y la intención no es indispensable para la discriminación.¹²⁵

Otro punto importante que puede destacarse en la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con el principio de igualdad y que refuerza esta perspectiva objetiva, desvinculada de la intención de discriminar, es la noción de *discriminación directa e indirecta*, cuando sostiene que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente creen situaciones discriminatorias, de hecho o de derecho. Además, desde una perspectiva positiva (de acción), los Estados deben adoptar medidas y estrategias para revertir o modificar situaciones discriminatorias en relación con determinados grupos. En este sentido, subraya la Corte IDH que no solo “están prohibidas las políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra determinadas categorías de personas, incluso cuando no pueda probarse la intención discriminatoria”.¹²⁶

Esto reconoce el concepto de discriminación que no siempre es aparente y explícita como una ley que a primera vista es neutral, pero tiene un impacto negativo en un determinado grupo de personas:

235. La Corte estima que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Tal concepto de discriminación

123 Clérico, Ronconi y Aldao, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *op. cit.*

124 Zúñiga Urbina, “Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile’, de 24 de febrero de 2012”, *cit.*

125 Claudio Nash Rojas y Valeska David, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Claudio Nash (ed.), *El control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, México, D.F., Porrúa, 2013, pp. 168-169.

126 Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Salarios Atrasados, Serie C, No. 251, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.

indirecta también ha sido reconocido, entre otros órganos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha establecido que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo.¹²⁷

A la luz de lo anterior, es posible afirmar una tendencia hacia la incorporación y el reconocimiento de la doctrina de las categorías sospechosas de discriminación y la aplicación de un escrutinio estricto de proporcionalidad en los casos que afectan a minorías y grupos vulnerables en la Corte IDH.

Este aspecto, a su vez, guarda una estrecha relación con la noción de discriminación estructural, ya que la condición de discriminación que afecta a los miembros de grupos minoritarios y vulnerables suele estar asociada a procesos históricos, incorporados a la lógica de funcionamiento de la sociedad, que acaban reproduciendo pautas de comportamiento excluyentes.

Conclusión

El derecho a igual protección ante la ley, previsto en el artículo 24 de la CADH, y el derecho a la no discriminación, previsto en el artículo 1.1 de la misma Convención, se complementan y refuerzan mutuamente. Este último prohíbe la discriminación por diversos motivos (raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), y es un mandato general que se refleja en la protección y garantía de todos los demás derechos humanos, de modo que el “derecho a la igualdad no es un fin en sí mismo, sino también una condición necesaria para el ejercicio de todos los demás derechos humanos contenidos en la CADH”. La Corte IDH entiende, en ese sentido, que no solo se protegen las categorías expresamente descritas en el artículo 1.1 de la CADH, sino que es posible una interpretación evolutiva del concepto, dado que el término “otra condición social” permite una interpretación más amplia de la disposición legal, de modo que también pueden incluirse otras categorías, como refugiados e inmigrantes, así como otros grupos sociales. Así pues, el artículo 1.1 no presenta una lista exhaustiva, sino más bien orientativa, que se ha ido ampliando, por la vía interpretativa, a lo largo del tiempo.

127 *Idem.*

Esta interpretación evolutiva tiene, a su vez, una estrecha relación con la noción de grupos en situación de vulnerabilidad y con la noción de “categorías sospechosas” de discriminación. Ello lleva a concluir que la noción de vulnerabilidad ha servido como un importante fundamento para la aplicación de estos conceptos y la ampliación de la protección de los derechos cobijados dentro del sistema interamericano.

En la construcción argumentativa de la Corte IDH para justificar la inclusión de nuevos grupos “sospechosos” de discriminación (interpretación evolutiva), se distinguen los siguientes aspectos: a) la ampliación del contenido de la cláusula de igualdad derivada de su integración con otros tratados internacionales de derechos humanos, así como de decisiones dictadas por otros tribunales u órganos de protección (v. gr., etnia, orientación, portadores de VIH); b) la justificación reforzada por el aspecto material, identificado con la discriminación “estructural histórica” de determinados grupos, que los coloca en una situación de especial vulnerabilidad (v. gr., minorías sexuales, discapacitados, inmigrantes, ancianos, pobres); c) la aplicación de un criterio de proporcionalidad más estricto (*strict scrutiny*), tomando como referencia las circunstancias del caso concreto, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba y la exigencia de una argumentación exhaustiva por parte del Estado.

En este punto, es importante destacar que los criterios para analizar si se ha producido una violación de los principios de igualdad y no discriminación en un caso concreto pueden tener distintas intensidades, dependiendo de las razones que motiven la diferencia de trato. En estas situaciones, la Corte IDH considera que cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en el que está involucrada una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpore al análisis elementos especialmente exigentes.

Este aspecto tiene especial relevancia en el contexto de América Latina, una región marcada por profundas desigualdades sociales y político-económicas, que deben ser analizadas tanto desde una perspectiva redistributiva como de reconocimiento, al admitir la existencia de grupos vulnerables que padecen una situación de desigualdad basada en una distribución asimétrica de los recursos y del poder, además de proporcionar instrumentos normativos para superar la discriminación estructural, reconociendo la necesidad de medidas reparadoras y transformadoras de la realidad para alcanzar la igualdad real en el goce de los derechos y en el ejercicio de la ciudadanía.

Dependiendo de las circunstancias del caso –como ocurre con las categorías sospechosas de discriminación y los grupos víctimas de discriminación estructural, por ejemplo–, los criterios de proporcionalidad pueden aplicarse con distinta intensidad, pasando por una escala que va desde el examen de mera racionalidad, pasando por el escrutinio intermedio hasta el escrutinio estricto.

En el escrutinio estricto, la Corte aplica al control de constitucionalidad un nivel de escrutinio superior, que implica tanto una presunción de inconstitucionalidad de la ley analizada como una inversión de la carga de la prueba para el órgano del que emana la medida analizada. Esto demuestra lo importante que es reconocer a una categoría como sospechosa de ser discriminada, ya que una vez clasificada como tal, el Estado tendrá la carga de probar que no hubo conducta discriminatoria, haciendo que la carga argumentativa sea desigual entre las partes y que sea más difícil justificar un trato diferenciado, lo que amplía la protección de los grupos supuestamente afectados.

Otro punto importante que puede destacarse en la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con el principio de igualdad, y que refuerza esta perspectiva objetiva, desvinculada de la intención de discriminar, es la noción de discriminación directa e indirecta, cuando sostiene que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente creen situaciones discriminatorias, de hecho o de derecho. Esto reconoce el concepto de discriminación –que no siempre es aparente y explícita– como una ley que, a primera vista, es neutral pero tiene un impacto negativo en un determinado grupo de personas.

De esta manera, es posible afirmar una tendencia hacia la incorporación y el reconocimiento de la doctrina de las categorías sospechosas de discriminación, así como la aplicación de un escrutinio estricto de proporcionalidad en los casos que afectan a minorías y grupos vulnerables en la Corte IDH. Este aspecto, a su vez, guarda una estrecha relación con la noción de discriminación estructural, ya que la discriminación que afecta a los miembros de grupos minoritarios y vulnerables suele estar asociada a procesos históricos, incorporados a la lógica de funcionamiento de la sociedad, que acaban reproduciendo pautas de comportamiento excluyentes y que demandan la adopción de medidas de carácter también estructural.

Bibliografía

Libros y revistas

- Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y tensiones clásicas en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n.º 11, pp. 7-39, 2009.
- Bayefsky, Anne F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, v. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1-34.
- Bazán, Víctor, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales - Las sentencias estructurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- Bázan, Víctor y Claudio Nash, *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- Bunchaft, María Eugenia, “Judicialisation and minorities: A reflection on the doctrine of equal protection in the jurisprudence of the American supreme court”, *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 30, n.º 2, 2010, pp.151-169.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), *Temas estadísticos de la Cepal: el portal de la desigualdad en América Latina*, n.º 12, Cepal, 2024, <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/f7861ae5-e4c3-4d1b-a393-ec5f4aa9f8c9/content>.
- Clérico, Laura y Martín Aldao, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, v. 9, n.º 1, 2011.
- Clérico, Laura, Liliana Ronconi y Martín Aldao, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Revista Direito GV*, 2013, v. 9, n.º 1, pp. 115-170, http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322013000100006&script=sci_abstract&tlng=pt.
- Clève, Clèmerson Merlin y Bruno Meneses Lorenzetto, “Constitución Federal, control jurisdiccional y niveles de escrutinio”, *Derechos Fundamentales y Justicia*, n.º 32, 2015, pp. 97-123.

- Dulitzky, Ariel E., “El principio de igualdad y no discriminación: claros-curos de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, 2007, pp. 15-32, <https://auroradechile.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13452>.
- Dworkin, Ronald, *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- Ely, John Hart, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980.
- Fallon, Richard H., “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, n.º 54, 2007, pp. 1267-1337.
- Guzmán Serrano, Silvia, “El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXV, Bogotá, 2019, pp. 369-407.
- Himma, Kenneth Einar y Bojan Spaic (eds.), *Derechos fundamentales: justificación e interpretación*, Países Bajos, Eleven International Publishing, 2016, pp. 27-45. https://www.researchgate.net/publication/325607958_Individualism_and_Collectivism_in_the_Foundation_of_Group_Rights.
- Hennig Leal, Mônia Clarissa, *La utilización de la noción de “categoría sospechosa” de discriminación y del “escrutinio estricto de proporcionalidad” por el Supremo Tribunal Federal en el juzgamiento de acciones relativas a grupos vulnerables*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2024.
- Hennig Leal, Mônia Clarissa, *Jurisdição Constitucional aberta: uma análise dos limites e da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- Íñiguez Manso, Andrea Rosario, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII*, Chile, 2014, pp. 495-516.
- Landa Arroyo, César, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Palestra, 2005.
- Landa Arroyo, César (ed.), *Derechos fundamentales: actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima, Palestra, 2018.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y las acciones afirmativas”, *Anuario da Faculdade de*

- Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, n.º 10, 2016, pp. 799-831, <https://core.ac.uk/download/pdf/61894554.pdf>.
- Novais, Jorge Reis, *Restricciones a los derechos fundamentales no autorizadas expresamente por la Constitución*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- Rabossi, Eduardo, “Derechos humanos: principio de igualdad y discriminación”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7, 1990, pp. 175-192.
- Ronconi, Liliana, “Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real”, *Isonomía*, n.º 49, 2019, pp. 103-140.
- Saba, Roberto, “(Des)igualdade estructural”, *Revista Derecho y Humanidades*, n.º 11, 2005, pp. 123-147.
- Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué hay de sospechoso en las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- Steiner, Christian y Patricia Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- Strauss, David A., “¿Están obsoletos los productos Carolene?”, *University of Illinois Law Review*, 2010, pp. 1251-1270.
- Valdivia Aguilar, Trilce, “¿Buscando igualar? Un análisis ‘estricto’ de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 84, 2020, pp. 9-45.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile’, de 24 de febrero de 2012”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, n.º 1, 2012.

Legislación y jurisprudencia

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.
- Corte IDH, Caso Atala Riffo y niños vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 239, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf.
- Corte IDH, Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Pagos Retroactivos, Serie C, No. 214, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

- Corte IDH, Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 407, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf.
- Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 289, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso Flor Freire vs. Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Excepción Preliminar, Antecedentes, Reparaciones y Fondo, Serie C, No. 315, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso González Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 298, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso Granier y otros vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 293, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 318, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso I.V vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 329, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Salarios Atrasados, Serie C, No. 251, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.
- Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Salarios Atrasados, Serie C, No. 279, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.

Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 127, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 14: Igualdad y no discriminación*, 2017, <https://beckgza.files.wordpress.com/2018/07/discriminacion-2017.pdf>.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Condición jurídica y derechos humanos de los niños, San José de Costa Rica, 2002, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, San José de Costa Rica, 2003, <https://www.acnur.org/fileadmin/documentos/bdl/2003/2351.pdf>.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica: Identidad de género, igualdad y no discriminación de parejas del mismo sexo, San José de Costa Rica, 2017, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Estados Unidos contra Carolene Products Company, 304 U.S 144, 1938, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Korematsu contra Estados Unidos, 323 U.S. 214, 1944, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>.

Conclusiones

Las decisiones de los tribunales y las cortes constitucionales en América Latina, en materia de derecho a la igualdad y no discriminación, han partido del expreso reconocimiento de la igualdad por parte de los gobiernos, desde su concepción tradicional, la cual se encuentra expresamente en los textos constitucionales. Su desarrollo ha permanecido en esta base normativa, sin encontrar mayores desarrollos legislativos.

PAÍS	DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
ARGENTINA	Artículo 15. Artículo 16. Artículo 37. Artículo 75, inciso 19. Artículo 75, inciso 23.
BRASIL	Artículo 3, IV. Artículo 5, primera oración. Artículo 5, I, II, III, VIII, XVI, XXXIV, XXXVII, XLII, LXI. Artículo 7, XXX, XXXII, XXXIV. Artículo 150, II. Artículo 196, primera oración. Artículo 206, I. Artículo 226, párrafos 5 y 6.
COLOMBIA	Artículo 2. Artículo 5. Artículo 7. Artículo 13. Artículo 42. Artículo 43. Artículo 53. Artículo 70.
MÉXICO	Artículo 1. Artículo 4.
PERÚ	Artículo 2, inciso 2. Artículo 103.
URUGUAY	Artículo 8. Artículo 72.

En este sentido, la igualdad no se encuentra consagrada de manera mayoritaria como un derecho o como un principio; los seis países estudiados cobijan esta protección a partir de dos dispositivos constitucionales: una cláusula general de reconocimiento de la igualdad para todas las personas, como en los casos de las constituciones de Colombia, México, Perú y Uruguay; y la facultad del poder legislativo de activar medidas positivas que garanticen la igualdad, como lo señalan expresamente la Constitución argentina (art. 75, inc. 23) y la Constitución peruana (art. 103). Ahora bien, estos dispositivos han permitido, por vía jurisprudencial, la creación de herramientas hermenéuticas de interpretación y protección de este derecho como la inversión de la carga de la prueba, la determinación de criterios o categorías sospechosas de discriminación y el surgimiento del concepto de minoría, como se ha dado específicamente en Colombia.

En lo concerniente a la protección de *grupos vulnerables*, las constituciones nacionales de los países bajo estudio no incluyen esta expresión. Se proveen medidas dirigidas a la protección de los trabajadores, indígenas, niños, ancianos y personas en condición de discapacidad. Argentina, Perú y Uruguay incluyen un amplio abanico de garantías laborales para los trabajadores, que van desde las condiciones de ejercicio de su labor hasta el derecho a la seguridad social, en el cual no se hace distinción por el vínculo laboral o por la calidad del trabajo que realiza la persona.

Particularmente, los indígenas pertenecen a una población protegida por los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, reconociendo su calidad como personas dentro del Estado, al mismo tiempo que se reafirma su calidad como pueblos originarios, a quienes se les garantizan su existencia y sus tradiciones propias. Los niños, en consideración de su interés superior, se encuentran amparados constitucionalmente a través de distintas disposiciones que llaman a las autoridades a protegerlos y también a sus familias, a quienes se les delega un deber primario de protección. Las menciones a los ancianos y personas en condición de discapacidad resultan ser más genéricas, aunque están expresamente reseñadas dentro de las constituciones de estos países, e incluyen –como en los casos de Argentina y Uruguay– reconocimientos expresos de la obligación estatal de protegerlos y no discriminarlos. En esta medida, la condición vulnerable de estas poblaciones no se resalta de manera específica y no da cuenta de ser el factor determinante o exclusivo para la consagración de su cuidado y protección.

PAÍS	DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE GRUPOS VULNERABLES
ARGENTINA	Artículo 14 bis. Artículo 20. Artículo 25. Artículo 37. Artículo 42. Artículo 75, incisos 17 y 23.
BRASIL	Constitución Federal Artículo 5, XXVI, XLII, XLVIII, L. Artículo 7, XII, XVIII, XIX, XX, XXXI, XXXIII. Artículo 17, párrafos 7 y 8. Artículo 37, VIII. Artículo 201, I, II, III, IV, VII, párrafos 1, 7 y 12. Artículo 203, I, II, III, IV, V, VI. Artículo 210, párrafo 2. Artículo 215. Artículo 227, primera oración, párrafo 1. Artículo 230, primera oración, párrafo 2; artículo 231. Acto de los Dispositivos Constitucionales Transitorios: artículo 68.
COLOMBIA	Artículo 7. Artículo 13. Artículo 68. Artículo 176, inciso 4.
MÉXICO	Artículo 1. Artículo 2. Artículo 3. Artículo 4.
PERÚ	Artículo 4. Artículo 7. Artículo 23.
URUGUAY	Artículo 37. Artículos 41 a 46. Artículos 53 a 57. Artículo 67. Artículo 254.

El concepto de *grupos vulnerables* consagrado en los textos constitucionales implica diferentes interpretaciones que son propias del trabajo que realizan los tribunales encargados de su aplicación. Implica también el uso de términos similares que, aunque parecen tener la misma concepción técnica, poseen un significado y alcance distintos, lo cual justifica su uso diferenciado en las decisiones judiciales. El concepto de vulnerabilidad se adapta a un uso ampliado que ha llevado al concepto de *grupos en situación de vulnerabilidad* o al término de *minorías*.

Podemos ver cómo los tribunales de Argentina, México y Uruguay han tenido un extenso desarrollo jurisprudencial sobre la existencia y el reconocimiento de *grupos en situación de vulnerabilidad*, en contraste con Perú y Colombia, en donde encontramos un desarrollo más incipiente, pero que obedece a la calificación general de la vulnerabilidad como condición especial de protección para algunos grupos particulares. En Brasil, por el contrario, el Supremo Tribunal Federal no distingue claramente entre los dos conceptos, aun cuando ha desarrollado estándares propios que reconocen esta calidad dentro de sus decisiones. El término *minorías* también se ve presente en la tradición jurisprudencial de los países bajo estudio, para casos más amplios como las minorías de tipo político y étnico, en donde el Tribunal Constitucional del Perú ha habilitado un uso comprensivo del concepto y su reconocimiento como condición para el realce de las obligaciones estatales de protección.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
ARGENTINA	- No hace distinciones expresas entre estos conceptos, aunque parecería que el término de “minorías” es empleado con un sentido de posición diversa al criterio mayoritario de una sociedad. - El concepto de “vulnerabilidad” es concebido a partir de la desventaja comparativa en el acceso a la calidad de vida y al desarrollo. - Ha utilizado los conceptos de “vulnerabilidad”, “condiciones de vulnerabilidad” y “grupo social vulnerable” en sus decisiones: - Vulnerabilidad, tutela judicial efectiva: 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008/2009). - Vulnerabilidad como desventaja comparativa de adultos mayores: Fallos: 344:983 y 342:411. - Vulnerabilidad como concepto que habilita la adopción de acciones positivas y enfoque diferencial: Fallos: 342:411. - Vulnerabilidad y su superación mediante el reconocimiento del valor constitucional de la diversidad: Fallos: 344:441 (voto del juez Rosatti). - Adultos mayores como vulnerables. Fallos: 342:411, 328:4832, 330:2774 (disidencias de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni y de la jueza Argibay); 330:5234, 331:68, 331:211, 331:1524, 331:1854, 331:1859. - Personas discapacitadas como vulnerables: Fallos: 342:411, 343:264, 344:6567, 338:29, 344:1788 (voto de los jueces Maqueda y Rosatti). - Niños, niñas y adolescentes: Fallos: 331:147, 330:642, 341:1733. - Mujeres como grupo vulnerable: Fallos: 345:578; Fallos: 334:725 (voto de la jueza Highton de Nolasco); Fallos: 343:1037 (voto del Juez Rosatti); Fallos: 345:140. - Miembros de comunidades originarias como grupo vulnerable. Fallos: 328:3555 (voto del juez Fayt), 344:441. - Migrantes como grupo vulnerable. Fallos: 346:84 “Li, Qingyu” (voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y disidencia parcial del juez Rosatti). - Consumidores y usuarios como grupo vulnerable: Fallos: 340:172. - Comunidad LGTBQ+ como grupo vulnerable: Fallos: 338:1110 (voto del juez Lorenzetti). - Interseccionalidad y extrema vulnerabilidad: Fallos: 338:1110 (voto del juez Lorenzetti); Fallos: 343:848 (disidencia del juez Rosatti). CSJN, Fallos: 343:1805 (disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti) 345:905, 343:354, 343:15. - Vulnerabilidad por situación socioeconómica: Fallos: 344:1291, 341:1924. - También ha reconocido el concepto “minorías”: - Derecho de asociación de minorías sexuales: Fallos: 329:5266 (disidencia del juez Fayt); Fallos: 308:2268 y 343:195. “Minorías religiosas”: Fallos 340:1795. - No reconocimiento del carácter de partidos políticos, aquellos con plataforma racista y de discurso de odio: Fallos: 332:433.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
BRASIL	• No hace una distinción clara entre los conceptos “grupos vulnerables” y “minorías”, de modo que los aborda como iguales. • Ha utilizado el concepto de “grupos vulnerables” en la decisión ADI 5938/2019, RE-1058333/2018 en donde trata a las mujeres solo como grupos vulnerables. • En la decisión ADPF-MC 709/2020 marcó la diferenciación de la aplicación del concepto de grupos vulnerables (como condición objetiva de discriminación) de la de “minorías” (como condición de identidad). • Ha habido situaciones en que el tribunal utilizó “grupos en situación de vulnerabilidad” siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (ADPF 976/2023 sobre personas sin hogar y ADPF-MC 709/2020 sobre los grupos indígenas).
COLOMBIA	• La Corte Constitucional ha utilizado el concepto de grupos marginados, discriminados y oprimidos (sentencias T-736 de 2015 y T-291 de 2009). • Señala que para que un grupo se configure como discriminado o marginado debe reunir tres características, a saber: i) que en efecto se trate de un grupo social identificable; ii) que se encuentre en una situación de subordinación prolongada; y iii) que su poder político se encuentre severamente limitado, por condiciones socioeconómicas, por clase o por prejuicio de los demás. • Asimismo, se ha referido a los “grupos oprimidos” como aquellos que, además de reunir las anteriores características de marginación o discriminación, también: i) son explotados, ii) están estereotipados como grupo y a la vez invisibilizados, y iii) sus miembros sufren violencia por ser parte del grupo.
MÉXICO	• No hace distinción y se utilizan como sinónimos. • Se ha reconocido el concepto de “grupos vulnerables o marginados” en diferentes acciones de amparo: - Amparo en revisión 251/2016 (situación de vulnerabilidad de las personas con enfermedades mentales y atención médica integral). - Amparo directo en revisión 1399/2013 (personas adultas mayores como grupos vulnerables). - Amparo en revisión 581/2012 (matrimonio igualitario; parejas del mismo sexo como grupos vulnerables). • Frente al concepto de “grupos en situación de vulnerabilidad” ha conocido casos de amparo y revisión en sede de acción de inconstitucionalidad: - Amparo directo en revisión 1667/2021 (deber de juzgar con perspectiva de género, mujeres como grupo en situación de violencia o de vulnerabilidad). - Amparo en revisión 267/2023 (aborto, mujeres como grupo en estado de vulnerabilidad). - Acción de inconstitucionalidad 148/2017 (aborto, mujeres como grupo en situación de vulnerabilidad). - Acción de inconstitucionalidad 106/2018 (aborto, mujeres como grupo en situación de vulnerabilidad).

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
MÉXICO	Amparo en revisión 155/2021 (personas transgénero como grupo en situación de vulnerabilidad). El término “minorías” fue utilizado para el caso de las infancias y adolescencias trans (Acción de inconstitucionalidad 72/2022) y para los pueblos indígenas que son considerados como minorías nacionales (Controversia constitucional 42/2017).
PERÚ	- No se define una distinción precisa entre estos términos; sin embargo, parece que el término “minorías” se emplea de manera más amplia. - Respecto al concepto de “grupos vulnerables” se han dado varios pronunciamientos: - Exp. 2002-2006-PC/TC, FJ 48: reconoce el grave envenenamiento por plomo en la población de La Oroya, afectando especialmente a niños pequeños y otros grupos vulnerables. - Exp. 02834 2013-PHC/TC, FJ 33: los adultos mayores como personas en situación de vulnerabilidad. - Exp. 00853-2015-PA/TC, FJ 58: se reconoce a las niñas y adolescentes que intentan acceder a la educación rural. - Exp. 02653-2021-PA/TC, FJ-9 (voto en discordia): “Se considera esta categoría a los pueblos indígenas u originarios, mujeres, niños, personas afrodescendientes, con discapacidad, migrantes, parejas del mismo sexo y personas del colectivo LGTBQ+, entre otros”. - Ha reconocido a los migrantes como grupo en situación de vulnerabilidad (Exp. 00688-2020-PHC/TC, FJ 71-70). - Se ha pronunciado usando el concepto de “minorías” en diferentes decisiones: - Exp. 02765-2014-PA/TC, FJ 16: reconoce a las minorías étnicas y culturales. - Exp. 06040-2015-PA/TC, FJ 10: emplea el término en referencia a la identidad de género. - Exp. 03343-2007 - AA/TC, FJ: 67: hace uso del término para referirse a temas étnicos. - Exp. 0006-2008-PI/TC, FJ 20: reconoce de acuerdo al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. - Exp. 01711-2004-AA/TC, FJ 5: en el marco del acceso a la salud el Tribunal alega que para el disfrute de este derecho los establecimientos deben ser respetuosos de la cultura de las minorías, comunidades y pueblos.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
URUGUAY	• No hace distinciones expresas entre estos conceptos, aunque parecería que el término de “minorías” es empleado con un sentido más amplio y variable. • Se ha referido principalmente a los conceptos de “vulnerabilidad”, “condiciones de vulnerabilidad” y “grupo social vulnerable”: SCJ 160/2002: la vejez como situación de vulnerabilidad. SCJ 620/2012 (discordia): trabajadores dependientes como “población más vulnerable”. En SCJ 571/2011 consideró a “los desocupados en situación de vulnerabilidad social”. SCJ 1.926/2017 (discordia): beneficiarios de la auxilioria de pobreza como “sujetos en particular situación de vulnerabilidad”. SCJ 43/2018: las personas con discapacidad son entendidas como un “grupo de personas con condiciones de vulnerabilidad”. SCJ 920/2019: empleó la expresión “grupo social vulnerable” para referirse a las mujeres de todas las edades y mujeres trans. En SCJ 509/2021 consideró como de “especial situación de vulnerabilidad” a las víctimas de violencia basada en género. SCJ 222/2021 y 291/2022: se refirió a las “personas en condición de vulnerabilidad” en relación con las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia. SCJ 1087/2023: niños, niñas y adolescentes como población vulnerable a violaciones de derechos humanos. • Frente al término “minorías”, la Suprema Corte se refirió a las minorías democráticas en su decisión SCJ 239/2016, aunque sin especificar un grupo. En discordia con SCJ 326/2018, la ministra Minvielle incluyó dentro de las minorías aquellas por motivos de raza, nacionalidad, estrato social, capacidad, etc.

Respecto a la noción de “categoría sospechosa de discriminación”, esta ha sido debidamente aceptada y desarrollada por los tribunales constitucionales. Ejemplos como los de Colombia y Perú demuestran que los tribunales han aceptado incluir una serie de categorías específicas que se ubican dentro de esta noción general, para hacer alusión a criterios objetivos sobre los cuales se consagra una mayor protección. El caso colombiano es notable, en tanto la Corte Constitucional ha ido más allá de la interpretación de las cláusulas generales de discriminación y ha señalado criterios objetivos que permiten la operatividad de esta noción o categorización, al resaltar cómo los indicios de posible discriminación se dan a partir de patrones de identidad cultural que son propios de la persona y que, sin ellos, se genera un desbalance en la asignación de derechos. Nuevamente vemos cómo el desarrollo de estas nociones no ha tenido cabida expresa en el ordenamiento jurídico brasileño, lo cual ha llevado a un abordaje superficial por parte del Supremo Tribunal Federal, quien aplica la noción caso por caso, pero sin darle un reconocimiento expreso como estándar legal por seguir en sus sucesivas decisiones.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
ARGENTINA	• Ha hecho alusión a “categoría sospechosa” remitiendo al test de escrutinio estricto, con aplicación en extranjeros (Fallos: “Hooft” 327:5118, “Gottschau” 329:2986 y “Mantecón Valdez” 331:1715), minorías religiosas (Fallos: 340:1795), entre otros.
BRASIL	• No incorpora la noción de “categoría sospechosa de discriminación” en sus sentencias de forma directa, pero hace referencia a este concepto cuando señala juzgados del Tribunal Superior que incorporan el concepto en casos de discriminación laboral (ARE 1297838/2021, sobre trabajadores con problemas de salud). • No aplica el concepto para los grupos vulnerables o minorías. Sin embargo, emplea la necesidad de una “especial protección” para ciertos grupos sociales (ADI 2477/2002, para personas obesas), y aborda la prohibición de la protección insuficiente (RE-778889/2016, sobre discriminación de hijos adoptivos). • No utiliza el abordaje de “escrutinio estricto de la proporcionalidad”.
COLOMBIA	• Sí utiliza esta noción, señalando como categorías al sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión y las opiniones políticas o filosóficas. • Establece una serie de criterios de aplicación: i) que se fundan en rasgos de las personas que no pueden prescindir voluntariamente sin perder su identidad; ii) han sido tradicionalmente menospreciados por los patrones de valoración cultural; y iii) no son criterios con base en los cuales pueda realizarse, en principio, una “distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales” (Sentencias C-410 de 1994, C-481 de 1998, C-371 del 2000 y T-077 de 2016).
MÉXICO	• La categoría sospechosa se ha utilizado en diferentes fallos judiciales. Por ejemplo, en el ámbito del matrimonio igualitario, y otros como pueblos indígenas y derechos de las mujeres.
PERÚ	• Utiliza la categoría sospechosa de discriminación. En principio, el Tribunal Constitucional debe considerar la “categoría sospechosa de discriminación” con base en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, el cual establece los grupos que pertenecen a esta categoría. Al respecto véase Exp. 01459-2020-PA/TC, Exp. 00932-2019-AA/TC y Exp. 06569-2015-AA/TC. • El Tribunal hace uso de este término en 23 sentencias.
URUGUAY	• Ha hecho alusión a “categoría sospechosa” aunque sin indicar los grupos o criterios (SCJ 240/2005, 28/2006, 1.432/2019 y 325/2024).

Los tribunales constitucionales, o la mayoría de los tribunales de los países bajo estudio, reconocen la existencia de la *discriminación estructural* y la determinación de *medidas estructurales para la superación de la discriminación*. El término ha sido expresamente mencionado por los tribunales de Argentina, Brasil, Colombia y Perú; al respecto, los tribunales constitucionales brasileño, peruano y colombiano han extendido este reconocimiento a la toma de decisiones estructurales que emiten acciones de protección de mayor envergadura y que se sustentan a través de la figura del estado de cosas inconstitucional (ECI). Esta noción también se encuadra en la situación de un grupo específico, las mujeres, quienes son objeto de medidas distintivas de discriminación, las cuales han ameritado un tratamiento estructural. Este es el caso de lo decidido por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, quien ha evidenciado este patrón, aun cuando no ha utilizado la noción textual de *discriminación estructural*, pero ha destacado elementos de este corte en donde se identifica a las mujeres como un grupo desaventajado y marcado por diferencias sustanciales en su trato por parte del Estado y de la sociedad.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
ARGENTINA	• La Suprema Corte ha hecho referencia a términos estrechamente vinculados como la subordinación estructural del consumidor (Fallos: 340:172), la “pobreza estructural” (Fallos: 346:58), la discriminación estructural por orientación religiosa (Fallos: 340:1795) y la debilidad estructural de personas con “padecimientos mentales” (Fallos: 331:211). • Se han adoptado decisiones de fuerte impacto estructural en torno a: Tutela ambiental y adopción de decisiones estructurales para garantizar la calidad de vida, salud, atención médica, educación, etc., de poblaciones vulnerables. Fallos: 329:2316. Derecho de personas privadas de su libertad. Fallos: 328:1146 y 344:1102.
BRASIL	• El Tribunal reconoce la existencia de discriminación estructural frente a las mujeres (ADPF/2023 779); a las personas negras (ADPF 186/2012; ADC 41/2017; HC 154248); a los miembros de la comunidad LGBTQIA+ (MI 4733 y ADO 26/2019; ADPF 461/2020); a los pueblos indígenas (ADPF-MC 709/2020); y a las personas pobres, sin hogar – “aporofobia” (ADPF 976/2023). • La determinación de medidas estructurales es reciente en las decisiones del Supremo Tribunal Federal. En casos de discriminación, fueron identificadas algunas medidas como la ADPF-MC 709, sobre el derecho a la salud y a la vida de los pueblos indígenas, en donde se solicitó la instalación de una Sala de Situación para gestionar las acciones dedicadas al enfrentamiento de la pandemia, con la participación de las comunidades indígenas, representantes del Estado, del Ministerio Público y de la Defensoría Pública; la creación de barreras sanitarias a través de la elaboración de un plan de acción, en el que participen los integrantes de la Sala de Situación; el acceso a los servicios de salud del Sistema de Salud Indígena, sin discriminación de los pueblos con tierras demarcadas o solo aldeas, así como la elaboración de un Plan de Enfrentamiento covid-19 para los Pueblos Indígenas Brasileños, de común acuerdo con la Unión y el Consejo Nacional de Derechos Humanos, con la participación de las comunidades indígenas. • En la ADPF 347, sobre el ECI en el sistema penitenciario, se determinó la obligación de celebrar audiencias de custodia, tal y como exige la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), con la comparecencia de las personas en prisión ante una autoridad judicial en la medida cautelar. En la decisión final, se determinó que “se elabore un plan nacional para superar el estado de cosas inconstitucional en un plazo máximo de tres años, y que los estados y el Distrito Federal elaboren e implementen sus propios planes”, bajo la supervisión del Departamento de Monitoreo e Inspección del Consejo Nacional de Justicia (DMF/CNJ), competente en la materia. Este plan debe abordar acciones que constituyan una nueva política pública penitenciaria: “i) controlar la sobrepoblación carcelaria, mejorar la calidad y aumentar las vacantes; ii) incentivar medidas alternativas al encarcelamiento y iii) mejorar los controles de salida y la progresión de régimen”.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
BRASIL	También, en la ADPF 635, sobre la letalidad policial en contra de las personas pobres, negras, ubicadas en las periferias, en carácter cautelar fueron determinadas medidas de restricción de las incursiones de fuerzas de seguridad en las favelas, las cuales deberían observar el principio de la proporcionalidad. También se ordenó a las autoridades que elaboren un plan de control de la letalidad policial.
COLOMBIA	- Se ha reconocido para las mujeres, las personas en situación de discapacidad, las personas LGTBIQ+ y la población afrocolombiana. - Se han adoptado medidas de concientización (T-397 de 2004), de modificación de censos (T-276 de 2022), de disculpas públicas (T-212 de 2021), de integración de autoridades públicas (T-025 de 2004), entre otras.
MÉXICO	- Se ha hecho referencia a la discriminación estructural. Por ejemplo, en el caso de las trabajadoras del hogar (Amparo directo 9/2018). - En algunas sentencias se han hecho propuestas de política pública para desarrollar la protección de los derechos humanos de grupos de personas: Caso de las trabajadoras del hogar. Se estableció la necesidad de modificar la legislación en materia de seguridad social para darle protección a las trabajadoras del hogar (Amparo directo 9/2018). Caso sobre aborto. Se estableció la necesidad de modificar el marco regulatorio mexicano para erradicar la criminalización de las mujeres o personas gestantes que realicen el aborto (Amparo en revisión 267/2023).
PERÚ	- El Tribunal Constitucional peruano establece que el Estado tiene el deber de implementar diversas medidas con el fin de evitar que ciertos grupos permanezcan en una situación de vulnerabilidad constante. - A través de su jurisprudencia, ha ido institucionalizando el uso de las sentencias estructurales mediante la adopción de la figura procesal del ECI.
URUGUAY	- No se ha referido a “discriminación estructural” aunque sí a “desigualdades de corte estructural” en relación con la violencia de género (Sentencia 243/2020). - En la Sentencia 862/2017 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se había aludido a una “desventaja estructural” de las mujeres respecto de los hombres. - No se han determinado medidas estructurales para la superación de la discriminación, aunque las sentencias que han desarrollado este tema se refieren a la declaratoria, o no, de inconstitucionalidad de la ley objeto de examen. - Existen acciones de amparo falladas por tribunales inferiores que podrían ser catalogadas como estructurales. Sin embargo, no refieren específicamente a una discriminación estructural, aunque sí a un grupo vulnerable (personas en situación de calle y privadas de libertad).

Finalmente, se observa de manera positiva que los tribunales constitucionales estudiados tienen un directo y fructífero diálogo entre sus decisiones y aquellas adoptadas por la Corte IDH, tanto en sede de casos contenciosos como también en sus opiniones consultivas. Los criterios y estándares adoptados por la Corte Interamericana han sido acogidos por los tribunales de manera que han permitido definir específicamente las obligaciones estatales en materia de lucha contra la discriminación, así como también en el reconocimiento de la igualdad material y la protección de diferentes grupos vulnerables.

Como se ha notado, este diálogo se sustenta en estándares concretos de protección para cada caso específico, con una posición mayoritaria en la aplicación de aquellos relacionados con violencia contra la mujer, así como con la protección de las comunidades indígenas. Esta cooperación en materia de derechos humanos no es del todo reciente en los países de la región, salvando el caso de Brasil, en donde a partir de casos que han sido conocidos por el Supremo Tribunal Federal en los últimos años, se han estrechado estos lazos de cooperación. Finalmente, cabe mencionar la importancia que han tenido las opiniones consultivas relacionadas con esta temática, específicamente la OC-24/17 que define criterios base de interpretación del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 24 de la CADH.

PAÍS	INSTANCIAS DE DIÁLOGO CON LA CORTE IDH
ARGENTINA	• La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó control de convencionalidad en materia de delitos de lesa humanidad (Mazzeo, Fallos: 330:3248; Videla: Fallos: 333:1657; Rodríguez Pereyra, Fallos: 335:2333). • Con relación a igualdad y discriminación, hay una concordancia de estándares.
BRASIL	• Este ha sido un diálogo reciente en Brasil, iniciado con casos que versan sobre igualdad material y protección de grupos vulnerables. • Encontramos instancias de diálogo en las decisiones ADPF 635-MC, sobre letalidad policial en contra de grupos vulnerables; HC 143988, sobre el hacinamiento de los centros de detención para adolescentes infractores; ADPF 709, sobre el derecho a la salud de los pueblos indígenas; ADPF 347 sobre los derechos de las personas en las cárceles; ADPF 779, que trató de la eliminación de la tesis de la legítima defensa del honor como justificación del feminicidio; ADI 5783, que trató de los derechos territoriales de las comunidades Fundo e Fecho de Pasto del interior bahiano.
COLOMBIA	• Sentencia SU-080 de 2020 sobre violencia contra la mujer. La Corte Constitucional alude a los criterios definidos por la Corte IDH en los casos Rosendo Cantú vs. México, Campo Algodonero vs. México, Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México y Favela Nova Brasília vs. Brasil • Sentencia T-236 de 2023 sobre discriminación a personas LGBTQ+. La Corte hace suyo lo señalado en la Opinión Consultiva OC-24/17.
MÉXICO	• En la mayoría de las sentencias en materia de derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, posteriores a la Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011, se hace expresa referencia al sistema interamericano y al sistema de tratados de derechos humanos. - SCJN, Amparo directo en revisión 2359/2020 (análisis intercultural de los derechos indígenas). - SCJN, Amparo en revisión 155/2021 (reconocimiento de identidad de género). - SCJN, Amparo en revisión 275/2019 (migrantes). - SCJN, Amparo en revisión 1667/2021 (deber de juzgar con perspectiva de género).
PERÚ	• En la sentencia Exp. 00882-2023-PA/TC, Caso E.M. y C.M. representados por Ricardo Moran Vargas, el Tribunal Constitucional utiliza el fundamento de la Corte IDH del caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. • El Tribunal Constitucional hace uso de jurisprudencia de la Corte IDH del Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam en el Exp. 03326-2017-PA/TC en el caso de la comunidad campesina de Asacasi representada por Hipólito Tarapaqui Cuiñas. • La Corte IDH ha resaltado que las personas en situación de vulnerabilidad requieren especial protección, expresa no solo en su jurisprudencia, sino también en las opiniones consultivas. Tal es así que divide esta categoría de vulnerabilidad según la condición personal y situación específica. En ese sentido, el Tribunal

PAÍS	INSTANCIAS DE DIÁLOGO CON LA CORTE IDH
PERÚ	peruano ha reconocido la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad (por su discapacidad - v. STC 02437-2013-PA/TC); los adultos mayores (por su edad - v. 02214-2014-PA/TC); los(as) niños(as) (por su edad - STC 04058-2012-PA/TC), las mujeres (por su sexo/género - v. STC 05652-2007-PA/TC); o los pueblos indígenas (por su origen étnico - v. STC 00033-2010-A1/TC).
URUGUAY	• Ha sido un diálogo sumamente fructífero, en donde se pueden destacar las siguientes decisiones: SCJ 513/2021, 316/2023 y 1087/2023 refirieron a la OC 4/84 de la Corte IDH. SCJ 66/2020 citó doctrina que se corresponde con los casos de la Corte IDH: González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009; Veliz Franco y otros vs. Guatemala; 2014; y Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 2015. SCJ 601/2022 refirió a Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, 2012. SCJ 247/2022 citó la OC 18/03 y la Declaración de la Corte IDH sobre "Covid-19 y Derechos Humanos" del 14 de abril de 2020. SCJ 1087/2023 refirió al caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 2018.

El segundo tomo de esta serie hace una reflexión comparada de los desarrollos y avances de los tribunales constitucionales de diferentes países de la región frente a la lucha contra la discriminación estructural. Cada artículo analiza cómo se ha dispuesto la protección del derecho a la igualdad y no discriminación desde la Constitución y en una perspectiva de bloque de constitucionalidad, destacando las provisiones constitucionales para la protección de grupos vulnerables, minorías o grupos en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los autores exploran las situaciones en donde se han utilizado estos conceptos, y la manera en que se ha propiciado la promoción de estándares legales que han sido influenciados por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta obra contribuye a la discusión de cómo el activismo de los jueces aporta o no a la erradicación de causas y factores estructurales de discriminación, en estricto apego de las normas nacionales e internacionales, y busca continuar evaluando esta tendencia y los retos que se presentan dentro de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

¿Dónde encuentro más información?

