

# UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela Profesional de Derecho



## “LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE COMO DIRECTRIZ DEL SISTEMA JURÍDICO PERUANO FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO”

Tesis presentada por:

**KAREN VENERO FERRO**

Para optar el título profesional de abogada.

Tesis asesorada por:

**Marco Antonio Marroquín Muñiz**

Cusco, 2021

A papá, por haberme hecho a su imagen y semejanza.  
A la paciencia de mi madre y al amor de mi familia.

# INDICE

<b>ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS .....</b>	<b>6</b>
<b>CUESTIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPITULO I .....</b>	<b>16</b>
<b>LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....</b>	<b>16</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	16
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD .....	18
3. EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....	22
3.1. CONTENIDOS DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY .....	26
3.1.1. IGUALDAD EN LA LEY .....	28
3.1.2. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY .....	29
3.2. DIMENSIONES DE LA IGUALDAD: IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL .....	30
4. SOBRE LA JUSTA DIFERENCIACIÓN.....	33
4.1. GRUPOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN Y CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.....	37
5. EL MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN .....	44
5.1. LAS DENOMINADAS “DISCRIMINACIONES POSITIVAS” .....	45
5.2. CONCEPCIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN .....	51
5.2.1. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA.....	52
5.2.2. DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN .....	55
5.2.3. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL O SISTÉMICA .....	57
6. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE .....	60
6.1. DISCUSIÓN DOCTRINARIA .....	62
6.2. FORMACIÓN DEL CONCEPTO .....	67
6.2.1. EL MANIFIESTO DEL “COMBAHEE RIVER COLLECTIVE” .....	68
6.2.2. CRENSHAW Y LA INTERSECCIONALIDAD .....	70
6.3. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE E INTERSECCIONALIDAD .....	77
6.4. HACIA UNA REGULACIÓN LEGAL DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE .....	79
<b>CAPITULO II .....</b>	<b>83</b>
<b>PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: NUEVAS CONSIDERACIONES.....</b>	<b>83</b>
1. LA PROTECCIÓN INTERAMERICANA DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....	83
2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ .....	93

2.1.	LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y EL DERECHO A LA IGUALDAD .....	94
2.2.	LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 .....	96
2.2.1.	LA PROTECCIÓN DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES .....	100
3.	DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL PERÚ: LA PROTECCIÓN AMPLIADA DE LA CLÁUSULA ABIERTA DEL ART. 2.2 EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 .....	103
4.	PROTECCIÓN INFRACONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ .....	107
4.1.	EN EL ÁMBITO EDUCATIVO .....	107
4.2.	EN EL ÁMBITO LABORAL.....	108
4.3.	EN MATERIA DE SALUD .....	109
4.4.	DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO.....	110
4.5.	LA DISCRIMINACIÓN COMO DELITO .....	111
5.	EL DERECHO COMPARADO Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN .....	112
5.1.	EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN EE.UU.....	112
5.1.1.	AVANCES DE LOS EE.UU. EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE... 119	
5.2.	EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN LA UNION EUROPEA.....	120
5.2.1.	AVANCES DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE .....	123
5.3.	DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN AMERICA LATINA.....	125
5.3.1.	MEXICO.....	126
5.3.2.	COLOMBIA .....	128
5.3.3.	CHILE.....	129
6.	CRÍTICA AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO CLÁSICO .....	132
6.1.	EL FALSO UNIVERSALISMO DE DERECHOS .....	132
6.2.	PERSPECTIVA SISTÉMICA Y DISCRIMINACIÓN JURÍDICA .....	137
6.3.	BARRÈRE Y LA SUBORDISCRIMINACIÓN.....	139
6.4.	PERSPECTIVA IUS FEMINISTA .....	141
<b>CAPITULO III .....</b>		<b>144</b>
<b>INCORPORACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DEL PERÚ .....</b>		<b>144</b>
1.	ALGUNAS PRECISIONES .....	144
2.	INTEGRACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS .....	147
2.1.	SISTEMA UNIVERSAL.....	147
2.1.1.	DECLARACIONES DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN.....	147
2.1.2.	TRATADOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS .....	149

2.1.3.	ÓRGANOS DE LOS TRATADOS: OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES.....	150
2.1.3.1.	COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS .....	150
2.1.3.2.	COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES .....	151
2.1.3.3.	COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL .....	154
2.1.3.4.	COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER .....	158
2.1.3.5.	COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ...	166
2.2.	SISTEMA INTERAMERICANO.....	170
2.2.1.	TRATADOS Y DECLARACIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO .....	170
2.2.2.	INTERSECCIONALIDAD EN LA CORTE IDH .....	174
2.2.3.	INFORMES TEMÁTICOS DE LA CIDH .....	176
3.	EL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DEL PERÚ .....	181
3.1.	HISTORIA DE LA APARICIÓN DE LOS PLANES DE ACCIÓN EN DDHH .....	182
3.2.	DESARROLLO DE LOS PLANES DE ACCIÓN EN DDHH EN EL PERÚ.....	186
3.3.	EL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2018-2021 .....	189
3.3.1.	SUSTENTO DEL PNDH 2018-2021.....	191
3.3.2.	EL PNDH 2018-2021 COMO POLÍTICA PÚBLICA .....	192
3.3.3.	ENFOQUES TRANSVERSALES EN LA POLÍTICA PÚBLICA.....	193
3.3.3.1.	ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS (EBDH) .....	194
3.3.3.2.	OTROS ENFOQUES CONSIDERADOS .....	196
4.	PERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL EN POLÍTICAS PÚBLICAS .....	199
5.	FINALIDAD DE LA TRANSVERSALIZACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL EN LOS PNDH 201	
6.	APLICABILIDAD DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL Y EL CONCEPTO DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL PNDH .....	202
6.1.	SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE SU APLICABILIDAD .....	202
6.2.	SUSTENTO DE SU APLICABILIDAD DESDE EL DIP.....	203
6.2.1.	OBLIGATORIEDAD DESDE LAS OBSERVACIONES AL ESTADO PERUANO ...	205
	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>208</b>
	<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>211</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>212</b>

## ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

<b>CEPLAN</b>	Centro Nacional de Planeamiento Estratégico
<b>CONACOD</b>	Comisión Nacional contra la Discriminación
<b>CNDH</b>	Consejo Nacional de Derechos Humanos
<b>CADH</b>	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<b>CDPD</b>	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
<b>CEDAW</b>	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en inglés)
<b>CIDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>Comité CDPD</b>	Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad
<b>Comité CEDAW</b>	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
<b>Comité CERD</b>	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
<b>Comité DESC</b>	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CPC</b>	Código Procesal Constitucional
<b>DDHH</b>	Derechos Humanos
<b>DGDH</b>	Dirección General de Derechos Humanos
<b>ECOSOC</b>	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
<b>EBDH</b>	Enfoque Basado de Derechos Humanos
<b>Exp.</b>	Expediente
<b>FJ</b>	Fundamento jurídico
<b>ICERD</b>	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (por sus siglas en inglés)
<b>LGTBI</b>	Lesbianas, Gais, Bisexuales, Personas Transgénero e Intersexuales
<b>MIMP</b>	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
<b>MINJUS</b>	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
<b>N°</b>	Número
<b>ODS</b>	Objetivos de Desarrollo Sostenible
<b>OHCHR</b>	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (por sus siglas en inglés)
<b>OEA</b>	Organización de Estados Americanos
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas
<b>Párr.</b>	Párrafo
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
<b>PIDESC</b>	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<b>PNDH</b>	Plan Nacional de Derechos Humanos
<b>PNUD</b>	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>SIDH</b>	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>VIH</b>	Virus de la Inmunodeficiencia Humana

## CUESTIONES PRELIMINARES

Los seres humanos somos unidades biopsicosociales<sup>1</sup>, constructos en nuestras más mínimas estructuras. Nuestra *individualidad* por paradójico que parezca, no está formada por un único componente. Crecemos, nos desarrollamos, cambiamos, en esta compleja maraña de identidades todas que somos; las mismas que, muchas veces, pueden condicionar nuestras vidas.

En esta tesis el condicionamiento identitario negativo es el que nos interesa, no como naturalización o justificación de discursos contrarios a la dignidad humana; sino como realidades socio-históricas sobre las cuales el Derecho debe actuar.

En efecto, las experiencias que recogemos a lo largo de nuestras vidas se verán profundamente diferenciadas por esas identidades constitutivas nuestras, ya sea que seamos varones, mujeres, pertenezcamos a determinado grupo étnico, tengamos alguna discapacidad, seamos o no quechuahablantes, cisgénero<sup>2</sup>, etc.

En un Estado de Derecho forjado bajo los ideales democráticos, los individuos gozamos de derechos y garantías -entre ellos a la igualdad-, así como de libertades cada vez más tuitivas. En ese sentido, tanto la normativa nacional como los programas estatales deberán estar diseñados

---

<sup>1</sup> El modelo biopsicosocial es un modelo o enfoque participativo de salud y enfermedad que postula que el factor biológico (factores químico-biológicos), el psicológico (pensamientos, emociones y conductas) y los factores sociales, desempeñan un papel significativo de la actividad humana en el contexto de una enfermedad o discapacidad. En: [https://es.wikipedia.org/wiki/Modelo\\_biopsicosocial](https://es.wikipedia.org/wiki/Modelo_biopsicosocial) Revisado por última vez el 25/03/2019.

<sup>2</sup> Se dice que un individuo es cisgénero cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo que se le ha sido asignado al nacer. El prefijo "cis" es antónimo al prefijo "trans". COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-CIDH. *Glosario de conceptos básicos*. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html> Revisado por última vez el 24/08/2019.

para garantizar el pleno goce y ejercicio de esos derechos y libertades, así como de todos aquellos nuevos contenidos que por exigencia de la realidad se decanten.

A pesar de ello, aunque el mandato de igualdad y no discriminación sea uno de los pilares más antiguos de las sociedades democráticas; actualmente, el tema no ha dejado de tener fuerza propia. La vigencia de las demandas por un trato igualitario, salarios proporcionales, respeto por la diversidad y trato digno son aún muchas y van redefiniendo los contenidos que se protegen o incluyen en el núcleo duro del derecho a la igualdad y la no discriminación.

Discusiones que estarán íntimamente relacionadas con cómo entendemos el concepto de igualdad y no discriminación. Así pues, será el vocablo latín *discriminatio, -ōnis*<sup>3</sup> el que dota de su típico contenido formalista a la palabra “discriminación” como:

*1. Separación o distinción. 2. Trato diferente a favor (discriminación positiva) o en contra de una persona basado en motivos prohibidos por la norma.*

Acepciones que en la realidad jurídica peruana continúan vigentes (a diferencia de lo que sucede con el derecho comparado<sup>4</sup>), sin mayor acercamiento a una concepción más moderna -y sobre todo más real-, sobre su contenido o sobre el del concepto “igualdad”.

Como veníamos señalando, las identidades todas que somos, pueden condicionar nuestras vidas, pero también nos permiten experimentar el mundo desde esa perspectiva única que esa multiplicidad de identidades nos regala; se traten éstas, de experiencias positivas o negativas como la discriminación.

De tal suerte que, en nuestra existencia como constructos, no experimentamos el mundo únicamente como mujeres o exclusivamente como personas con discapacidad, sino que lo experimentamos dentro de esa compleja estructura que somos, vale decir, siendo mujer, con discapacidad, menor de edad, perteneciente a una comunidad indígena; o, por ejemplo, siendo afro-descendiente, en condición de migrante y homosexual.

Esta es la realidad que describe la *discriminación múltiple*, un fenómeno que ha pasado desapercibido en el mundo académico por largo tiempo pero que, ingresa con fuerza en los estudios de las ciencias sociales y reclama su espacio en la ciencia jurídica; reivindicando las

---

<sup>3</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española* (23ª edición). «discriminación». Madrid: España. 2014.

<sup>4</sup> Véase la interesante producción en materia antidiscriminación de España, Finlandia, (entre varios otros países europeos), Canadá o Estados Unidos.



demandas de los grupos sociales a los que la tutela jurisdiccional les ha negado su protección como tales.<sup>5</sup>

De otra parte, la norma establece los motivos por los cuales está prohibido tener un trato diferenciador *hacia determinada persona*: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc. Los mismos que son proscritos por negar la igualdad básica entre seres humanos y así la dignidad humana.

Pero este listado de motivos no es arbitrario, a través de él se ha reconocido la relación directa entre estas categorías identitarias y el impedimento del goce y ejercicio de derechos; el hecho histórico de su involucramiento con la forma más frontal de negación de la dignidad humana: la discriminación.

Si bien, determinadas identidades esenciales significan *ipso facto* ocupar un espacio más vulnerable respecto de quienes no las posean; dentro de estos grupos serán aún más vulnerables aquellos que intersecten en sí mismos varios de estos caracteres. Por lo que la experiencia discriminatoria no será la misma cuando se de en base a *uno* de dichos motivos que cuando sea resultado de la conjunción de todos ellos. En otras palabras, no será lo mismo ser discriminado por uno de estos motivos que ser discriminado por todos ellos al mismo tiempo. Ubicando así a personas en situación de vulnerabilidad, dentro de subgrupos *aún más* vulnerables.

Ahora bien, en el mundo no son poco conocidos los movimientos a favor de los derechos civiles. Movimientos sociales cada vez más organizados exigen la atención de los Estados, movimientos como “Black Lives Matters”, las luchas LGTBIPQ<sup>6</sup>, la resistencia de los pueblos indígenas y originarios, las reivindicaciones feministas, los grupos ambientalistas y animalistas, etc. marcan la agenda mundial en temas antidiscriminación. Una internacionalización de demandas que ha permeado ya en el Derecho Internacional Público y poco a poco en el Derecho Nacional.

Siendo que, en estricto, sobre la inclusión del concepto de *discriminación múltiple* los avances se encuentran retratados en documentos como la *Declaración de Beijing* de 1995, la *Declaración y Programa de Acción de Durban* de 2001, la Observación General N°28 del Comité de Derechos Humanos del año 2000, la Observación General N°05, Observación General N°16 y la

---

<sup>5</sup> Sobre esto volveremos más tarde. Empero, planteamos nuestra preocupación por la negación de la existencia de grupos sociales para nuestro sistema de justicia que prevé únicamente el acceso a éste como individuos, no existiendo una herramienta como el *Class Action* en nuestro sistema jurídico.

<sup>6</sup> Lesbianas, Gays, Transgéneros, Bisexuales, Intersexuales, Pansexuales y Queers.

Observación General N°20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de los años 1994, 2005 y 2009 respectivamente, entre otros.

Acercándonos un poco más a nuestro contexto, en América Latina la realidad problemática que plantea la existencia de la *discriminación múltiple* no es lejana. Siendo nuestros países substancialmente diversos, la existencia de naciones multiculturales dentro de nuestros territorios acentúa muchas veces las brechas sociales, perpetuando la diferenciación no justificada de los gobernados por la mera confluencia esencial de muestras diferentes identidades.

En este nivel, dentro del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, -respecto de la *discriminación múltiple*- encontramos básicamente tres instrumentos fundamentales que se refieren expresamente al concepto básico de nuestro estudio: la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia* del 5 de junio de 2013; la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia* del 5 de junio de 2013; y la *Convención Interamericana para la protección de los Derechos de las Personas Mayores* del 15 de junio de 2015 (todas de reciente data); en este punto no podemos dejar de mencionar a la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* o Convención Belem do Pará del 9 de junio de 1994, la que si bien no hace mención expresa de este vital concepto, ha servido para fijar un estándar vinculado a el mismo.

Ahora bien, respecto del caso peruano, la consideración del fenómeno de la *discriminación múltiple* en cuerpos legales es prácticamente inexistente<sup>7</sup>. Dicho esto, existen diversos instrumentos firmados por el Estado Peruano para fomentar la lucha contra la discriminación. Entre ellos podemos encontrar la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 2 inciso 1), la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo II), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículos 14 y 2 inciso 1) y la *Convención Americana de Derechos Humanos* (artículo 1 inciso 1). Los cuales establecen la obligación de los Estados Partes de reconocer, garantizar o satisfacer los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna.

---

<sup>7</sup> Señalamos esto en vista de que existe un esfuerzo por tratar esta realidad a través de la inclusión del *enfoque interseccional* (del que trataremos más adelante en el desarrollo de esta tesis) en la *Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*; enfoque de gran relevancia para este fenómeno pues pone de manifiesto la existencia de aquel.

De una revisión de la historia reciente del Perú, específicamente sobre el periodo de violencia ocurrido entre los años 1980 y 2000<sup>8</sup>; podemos afirmar que las graves afectaciones a los derechos humanos de las víctimas<sup>9</sup>, tuvieron componentes de discriminación hacia la población campesina e indígena y muchos casos femenina –discriminación múltiple- de los departamentos más pobres del país a quienes se consideraba no sólo como diferentes, sino como inferiores<sup>10</sup>. Violaciones ejercidas sobre personas de origen indígena, rural y pobre (situaciones confluentes) que para un considerable sector de la opinión pública nacional pasaron inadvertidas.

Sin embargo, superado el período de violencia, el problema de la discriminación múltiple continúa. Se manifiesta de manera cotidiana y por tanto naturalizada, donde las prácticas discriminatorias operan como procesos simultáneos, sistemáticos y naturales de separación, en los que “el otro” es considerado como diferente y, al mismo tiempo, es desprovisto de relevancia para ser considerado como sujeto de derecho.

Pero, respecto del problema que representa la discriminación, ¿qué dice la norma?

La Constitución de 1979 señalaba en su artículo 2°, *“Toda persona tiene derecho: (...) 2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.”* Subrayando de su redacción el reconocimiento de la situación de opresión fáctica de la mujer en la sociedad peruana, un gran avance teniendo en consideración que su predecesora de 1933 no tenía artículo al respecto, sino dispositivos mezclados como contenidos de otros derechos.

Nuestra vigente Constitución Política de 1993 contempla en su artículo 2°: *“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”*. Fórmula en la cual se agregan otras causas prohibidas de discriminación, pero donde se retrocede al relativizar la situación de las mujeres. Al margen de ello, este contenido “más tuitivo” debería tener mayor incidencia en la actuación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial; ya que, en

---

<sup>8</sup> Utilizamos la terminología propuesta por el MINJUSDDHH en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, respecto del grupo de especial protección “Personas víctimas de la violencia ocurrida en los años 1980 y 2000”.

<sup>9</sup> Tales como: “ejecución extrajudicial, asesinato, desaparición forzada, violación sexual, tortura, secuestro, desplazamiento forzoso, detención arbitraria, reclutamiento forzado y prisión injusta por violación al debido proceso”. Ley N° 28592, Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones, y su reglamento.

<sup>10</sup> Cfr. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Tomo VIII. Primera edición. Lima: noviembre del 2003, pp. 119 y ss.

un país donde 8 de cada 10 peruanos ha sufrido discriminación alguna vez<sup>11</sup>; podemos observar lo declarativo de la referida proposición.

En sede constitucional no es inusual que se alegue su fractura con la norma constitucional. Revisando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de no discriminación, comprobamos que los casos son resueltos a partir del análisis de un solo factor de discriminación (*single ground analysis*) y no considerando la combinación de dos o más de ellos como en la realidad se manifiestan. Casos como los recaídos en la STC Exp. N° 0018-1996-AI/TC, STC Exp. N° 1575-2007-PHC/TC y STC Exp. N° 0926-2007- PA/TC <sup>12</sup>, o el indignante caso L.C. vs. Perú<sup>13</sup>, revelan que esto no se debe a la falta de casuística puesto que se trata de sentencias en las que el enfoque pudo haber sido aplicado.

En el ámbito legal, la protección del derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra sumamente fragmentada. Son muchos los dispositivos sectoriales los que la contienen: Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (Ley 30364), la Ley General de Discapacidad (Ley 29973), la Ley General de Educación (Ley 28044), el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571); la Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Ley 28983), la Ley de Productividad y Competitividad Laboral Decreto Supremo N° 003-97-TR (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728), etc.

No obstante contemos con una Ley Contra Actos de Discriminación (Ley N° 27270), a través de ella sólo se ha logrado incorporar el tipo penal de Discriminación al Título XIV-A del Código Penal en el art. 323° del Capítulo IV; modificar los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 26772 sobre requisitos que constituyan discriminación en ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa; y, la inclusión en el catálogo de sanciones a la clausura temporal referida en el art. 105 del Código Penal, en los casos del delito de discriminación. Instrumento que taxativamente pretende erradicar las prácticas discriminatorias tanto en la relación gobierno-sociedad como entre los diferentes grupos sociales que la conforman<sup>14</sup>; todo ello en tres artículos -extensión total de su cuerpo normativo-.

---

<sup>11</sup> COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIO DE MERCADO Y OPINIÓN PÚBLICA – CPI et al. *Primera Encuesta Nacional en materia de Derechos Humanos*. Lima, 2013.

<sup>12</sup> Caso Artículo 337 del Código Civil, Caso Marisol Venturo Ríos y Caso C.F.A.D., respectivamente.

<sup>13</sup> Por el que el Comité CEDAW condenó al Estado peruano por la violación de los derechos de L.C. en 2011.

<sup>14</sup> Exposición de motivos de la Ley N° 27270, disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/3D622FA0884B18B805256D6C007257E8?opendocument> . Revisada por última vez el 09/04/2019.

Continuando en el ámbito penal, a través de la modificatoria introducida por la Ley N° 28867, el tipo penal de discriminación pasó de tener la gravosa sanción de treinta a sesenta jornadas de prestación de servicios a la comunidad o la limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas, a pena privativa de la libertad no menor a dos años y no mayor a tres o la obligación de brindar servicios a la comunidad de entre 60 y 120 jornadas, en el tipo base. Mientras que tratándose de un funcionario público la pena pasó de la prestación de servicios a la comunidad de 60 a 120 jornadas e inhabilitación por tres años; a una pena no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación. Donde la misma pena será impuesta si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental. Tipo penal que, aunque modificado tampoco ofrece garantías, pero que permitió la emisión de la primera sentencia penal en materia antidiscriminación el 12 de junio de 2009 por el 7º Juzgado Penal Especializado - Cono Norte de Lima, seguido del Segundo Juzgado Penal Liquidador de la Corte Superior de Justicia de Junín el 13 de noviembre de 2015.

Indudablemente, sea cual fuera la naturaleza de las actuaciones estatales, éstas deberán estar orientadas a garantizar el pleno goce y ejercicio de derechos, para lo cual planteamos es necesario visibilizar la existencia de la *discriminación múltiple*; tarea especialmente importante en el ámbito del diseño de políticas públicas, más aún en aquellas que tengan como eje principal de trabajo a los Derechos Humanos.

De todas ellas, creemos conveniente resaltar una en particular por su gran potencial: el Plan Nacional de Derechos Humanos, instrumento sustancial que permitirá la puesta en marcha de políticas públicas orientadas a promover una cultura de paz y la protección de los derechos humanos, principalmente de quienes requieren especial protección del Estado.

Al respecto, es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos quien tiene a su cargo la dación del Plan Nacional de Derechos Humanos -o PNDH por sus siglas-; éste es el primer instrumento de política pública que busca impregnar el enfoque de derechos humanos de manera transversal en toda la gestión del Estado, característica que hace de éste un instrumento especialmente potente ya que es ratificado por todos los sectores.

El PNDH tiene la misión de incrementar el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos, a través de la promoción de una cultura de respeto a la dignidad en todos los sectores de la sociedad y la incorporación del enfoque de derechos en las políticas públicas. Su visión es contar con una sociedad en la que se encuentre plenamente garantizada la efectiva vigencia de los

derechos humanos y cuyos miembros se reconozcan libres e *iguales* en dignidad<sup>15</sup>. [Las cursivas son nuestras]

A la fecha se han promulgado tres planes: el PNDH 2006-2010 cuya vigencia se extendió hasta 2011 y cuya iniciativa fue aplaudida en la región; el segundo, denominado PNDH 2014-2016 que habiendo demorado en su promulgación no recogió el proceso previo de formulación donde habían participado muchos sectores de la sociedad civil y el Estado<sup>16</sup>; y finalmente el PNDH 2017-2021, relanzado como PNDH 2018-2021.

Respecto de las experiencias con los dos primeros planes, las reacciones han sido variadas, no obstante, no podemos negar que ha sido mayoritaria la sensación de descontento en la sociedad civil por las expectativas que generó como marco legal que planteara un camino para el cumplimiento de múltiples derechos aún insatisfechos. Las posturas más críticas señalan que como instrumento no ha alcanzado a ser un plan nacional de derechos humanos consensuado, y que no se ha vislumbrado la voluntad política estatal requerida para desarrollar una verdadera política de Estado en materia de protección y promoción integral de los derechos humanos<sup>17</sup>.

Se ha señalado también que como “Plan Nacional de Derechos Humanos debería ser un instrumento de política estatal para reforzar la protección de nuestros derechos, garantizar la adecuación de las normas internas a los compromisos y estándares internacionales asumidos por el Estado, orientar estrategias generales para proteger a los colectivos más excluidos y discriminados de la sociedad, y establecer compromisos soportados por el máximo de los recursos disponibles, con cronogramas, mecanismos de verificación y participación efectiva de la sociedad civil”<sup>18</sup>.

Por lo que, a puertas de llegar al Bicentenario, debemos preocuparnos por esgrimir los lineamientos que verdaderamente materialicen los contenidos sustanciales en materia de derechos humanos a la realidad de todas y todos los peruanos. Para tal fin, la inclusión del concepto *discriminación múltiple* y del enfoque interseccional -que visibiliza el fenómeno- será fundamental desde nuestra perspectiva.

---

<sup>15</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Plan Nacional de Derechos Humanos*. Visión. En: [www.minjus.gob.pe/pnddhh/](http://www.minjus.gob.pe/pnddhh/) . Revisado por última vez el 09/04/2019.

<sup>16</sup> Cfr. COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual 2014-2015*. 2015. Disponible en: [http://derechoshumanos.pe/informe2014\\_15/Plan Nacional DDHH 2014 15.pdf](http://derechoshumanos.pe/informe2014_15/Plan Nacional DDHH 2014 15.pdf) Revisado por última vez el 09/04/2019.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibid*.

Así, este estudio se centrará en las bases constitucionales del derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, posteriormente nos ocuparemos de una revisión bibliográfica sobre el fenómeno *discriminación múltiple*, el marco que el derecho antidiscriminatorio ofrece, pasando por posturas críticas respecto de la construcción del derecho antidiscriminatorio clásico y los nuevos retos para derecho antidiscriminatorio moderno; para a continuación ocuparnos de las obligaciones internacionales que instan al estado peruano a considerar la pertinencia del enfoque interseccional en el primer instrumento antidiscriminación del país: el Plan Nacional de Derechos Humanos del Perú.

## CAPITULO I

# LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

Para nuestro hemisferio, la igualdad representa una de las reivindicaciones más insistentes del pensamiento revolucionario liberal. Ideal que significó la lucha por la igualdad de *todos* los ciudadanos ante la ley, además del fin de los privilegios por razón de nacimiento, raza, y religión. Dejándose entrever la problemática que encerraba el reconocerse como una mayoría social lejana del disfrute que estos privilegios otorgaban. Así pues, desde sus inicios el ideal de igualdad germinó bajo la inspiración de la no discriminación.

La igualdad constituye desde ya hace mucho una de las columnas del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo; representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional<sup>19</sup>. Tanto es así que las ideas de *constitución*, *derecho* e *igualdad* se siguen unas a otras al momento de enhebrar definiciones. Y es que

“[n]o hay ni una sola Constitución que no haya partido de aquí: ni las de las Colonias americanas en el momento de la Independencia, ni la Constitución Federal de 1787, ni la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ni la Constitución Francesa de 1791, ni la Constitución Española de 1812, ni ninguna otra. Todas las constituciones que iniciaron la aventura del Estado Constitucional, fuera el país que fuera, han sido normas basadas en el principio de igualdad.”<sup>20</sup>

Así también, el Perú desde su incursión en la denominada aventura del Estado constitucional, no ha sido la excepción; pues a partir de la primera constitución peruana de 1823 el ideal de

---

<sup>19</sup> Cfr. RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Trad. de María Dolores González. Madrid: Fondo de Cultura Económica. 1995, p. 80 y ss.

<sup>20</sup> PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons. 2000, p.46.



igualdad estuvo plasmado en su artículo 23<sup>21</sup>. A esta primera Constitución *igualitaria* le siguieron la Carta de 1826, la que al igual que sus sucesoras expresaron tal ideal en su articulado<sup>22</sup>. Esto es un total de doce constituciones en las que estuvo impregnado el principio-derecho de igualdad; aunque en mayor o menor medida, con diferentes enfoques y sin el desarrollo alcanzado en nuestros días, claro está.

Actualmente, el ideal de igualdad se expresa como una concepción propia del Estado Democrático y Social de Derecho. Lamentablemente, como refiere Dworkin, ésta “es la especie en extinción de los ideales políticos”<sup>23</sup> a causa de su postergación en la discusión política e intelectual seria; en la medida de que se han asumido como claros e invariables ciertos conceptos que tienen que ver con la igualdad tanto en su faceta de principio como de derecho y, que al ser asumidas como nociones estancas se ha terminado por mecanizar la esencia y el propósito que encierra el valor de la igualdad en sí mismo<sup>24</sup>.

Por lo que retomar esta discusión es fundamental para que sea matizada y enfocada desde los problemas que actualmente enfrenta. Más aún cuando vemos como han ido transformándose los contenidos del principio derecho a la igualdad, pasando de ser entendida -en sus inicios- como un mandato de tratamiento igual, a la incorporación de tratos distintos a fin de conseguir la igualdad. Esto en razón de que “*la igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedarse ´aislados y sin voz` (...)*”.<sup>25</sup>

Por último, si bien el desarrollo del derecho a la igualdad presenta importantes avances, aún quedan pendientes en esta discusión determinados aspectos para su efectivo goce. Entre ellos el de la *discriminación múltiple*.

---

<sup>21</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA PERUANA DE 1823. Art. 23º.- *Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue. Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios.*

<sup>22</sup> Al respecto, diríjase al desarrollo propuesto en el apartado 2 del Capítulo II.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Virtud Soberana (La teoría de la práctica de la igualdad)*. Trad. de Fernando Aguilar y María Julia Bertomeu. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. 2003, p.11.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María y otro. *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española*. En: “El principio constitucional de igualdad”. Ciudad de México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2003, p.106.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD

Empecemos señalando que la idea de igualdad es un producto histórico, cuya propia definición ha cambiado con el tiempo. Así, el principio-derecho a la igualdad estará ligado históricamente a hechos sociales, pero también, al desarrollo del Derecho como ciencia y definitivamente, a la del Derecho Constitucional. Para García Belaunde,

“el constitucionalismo actual nace propiamente a fines del XVIII, como una creación atlántica, es decir, a los dos lados del Atlántico, representado por la Revolución Francesa y por la Revolución Norteamericana, aun cuando precedidos, en cierto sentido, por la Revolución Inglesa de 1688. La primera como expresión de la lucha y la victoria contra el absolutismo reinante y contra el *ancien régime*. Y la segunda, contra el absolutismo del monarca inglés, distante pero efectivo, liderado por los ingleses de las colonias, es decir, por americanos”<sup>26</sup>. [Cursivas en el original]

Siendo éstos hitos históricos consagradores no sólo del Derecho Constitucional, sino también, del ideal de igualdad. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos ya allá por el año 1776, proclamaba: *“Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se cuentan el derecho a la vida, la libertad y el alcance de la felicidad (...)”*.

Así bajo esta fórmula no solo era unida la idea de igualdad, sino también su carácter relacional, vale decir su forma vinculante de operar para asegurar el goce real, efectivo y pleno de la malla de derechos reconocidos; posicionándole como requisito previo para el disfrute de los derechos más básicos.

Maurizio Fioravanti, a su vez, sostiene que aspectos de la independencia norteamericana influyeron en la revolución francesa porque “[...] la estructura en sentido estamental de la sociedad, de los derechos y de los poderes impedía, al mismo tiempo y en la misma medida, la afirmación de los derechos individuales y de un poder público claramente unitario”<sup>27</sup>; aspectos que finalmente fueron recogidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 1°, a través de la fórmula: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (...)”*.

---

<sup>26</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Bases para la Historia Constitucional del Perú*. Lima: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Num.52. 1999, p. 383.

<sup>27</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta. 1996, p.58.

De este modo, la “*igualdad ante la ley*” se erigió como un principio vital, el mismo que articuló las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX.

“Así pues, históricamente, la igualdad ante la ley se concibió en un sentido *formal*, como la abolición de los privilegios de nacimiento propios de aquella sociedad medieval fuertemente estratificada. Suponía también, el carácter general y abstracto de las normas, las que no se podían referir a situaciones particulares o a diferencias por nacimiento o por clase social. De este modo, se permitió el “ascenso” de la clase social burguesa y se estableció el marco social apropiado para la instauración de una economía de mercado. Empero, esta declaración formal de igualdad no impidió la subsistencia de fuertes desigualdades de status en el sistema jurídico, asociadas fundamentalmente al género y, la raza.”<sup>28</sup>

Posteriormente, el panorama cambió con la aparición de nuevas facetas del principio de igualdad como la “*igualdad en la aplicación de la ley*” que supone que la misma ley tiene que aplicarse a los ciudadanos de manera más o menos uniforme, sin arbitrariedades, y la “*igualdad en el contenido de la ley*” que implica que las distinciones normativas tienen que ser razonables. Apareciendo este último en Estados Unidos con las enmiendas a la Constitución posteriores a la Guerra de Secesión respecto de los “*negros*” sometidos anteriormente a un régimen de esclavitud.

Desafortunadamente, este principio no se cumplió en la práctica, puesto que los Estados del Sur establecieron una serie de normas discriminatorias conocidas como *Leyes Jim Crow*<sup>29</sup>, “a través de las cuales se mantenía una política de segregación entre negros y blancos en el acceso a los servicios públicos. Separación que se justificó a través de la doctrina jurídica denominada *separated but equal* (separados pero iguales), que permitía, a través de un mero formalismo, la reproducción de profundas desigualdades de *status* entre blancos y negros a pesar de la protección legal que tenía la igualdad”<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. *Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo Tema 2. Cuestiones generales sobre discriminación*. Curso 2013-2014, p.1. Disponible en: [https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2530/mod\\_resource/content/2/Tema%202.%20Cuestiones%20generales%20sobre%20discriminaci%C3%B3n.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2530/mod_resource/content/2/Tema%202.%20Cuestiones%20generales%20sobre%20discriminaci%C3%B3n.pdf) . Revisado por última vez el 12/04/2019.

<sup>29</sup> Las leyes de Jim Crow fueron unas leyes estatales y locales en los Estados Unidos promulgadas entre 1876 y 1965, que propugnaban la segregación racial en todas las instalaciones públicas por mandato *de iure*, aplicadas a los afroamericanos y a otros grupos étnicos no blancos; servicios por lo general inferiores a aquellos asegurados para los blancos estadounidenses; sistematizando un número de desventajas económicas, educativas y sociales.

<sup>30</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO. Ob. Cit., p.1.

Más adelante, ya en el año 1948, luego de la Segunda Guerra Mundial, se plasmó en el artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*. La Declaración Universal de Derechos Humanos consagró, también, el derecho a la igualdad y no discriminación en sus artículos 2° .1 y 23°<sup>31</sup>, resultado de la comprensión de la igualdad como un valor esencial para combatir las afrentas a la dignidad humana.

Múltiples tratados internacionales en materia de Derechos Humanos han abordado también el principio-derecho a la igualdad. Entre ellos podemos mencionar: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (arts. 2.1, 3, 4.1, 20.2, 23.4, 24.1 y 26), *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966, art.3); la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969, arts. 1.1, 13.5, 17.2, 24 y 27.1); el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950, art. 14), la *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul”* (1981, art. 2.); la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965) y la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* o CEDAW por sus siglas en inglés (1979), entre otros.

“En los últimos 45 años, organismos internacionales se han abocado, en forma continua, al desarrollo y la promulgación del derecho de igualdad. Esto ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo e infancia. Actualmente, también se está considerando en diversos contextos adicionales, incluyendo la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno.”<sup>32</sup>

Razón por la cual, no podíamos obviar como antecedente histórico la lucha del movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos por extender el acceso pleno a los derechos civiles y la

---

<sup>31</sup> ONU. Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución N° 217 A (III), París, 10 de diciembre de 1948. Art. 2°. 1: “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Art. 23°: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”

<sup>32</sup> BAYEFKY, Anne F. *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. Kehl am Rhein: Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, p. 2. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf> Revisado por última vez el 12/04/2019.

igualdad ante la ley como *garantía* de protección en torno a la discriminación por motivos raciales; lucha que servirá como antecedente para las reivindicaciones de otros colectivos, además de permitir la generalización en diversos instrumentos internacionales de una «*noción de “discriminación” como una desigualdad sistemática en el ejercicio de la ciudadanía asociada a la pertenencia a determinados colectivos marginados.*»<sup>33</sup>

En ese contexto, aparecerán también, en la segunda mitad del siglo XX, normas constitucionales y construcciones jurisprudenciales dirigidas a eliminar las discriminaciones. Las que “más allá de la prohibición formal de discriminación directa, desarrollarán herramientas conceptuales más incisivas como las nociones de discriminación indirecta (*disparate impact*) y acción positiva (*affirmative action*)”<sup>34</sup>.

La masificación de estas nuevas “reglas de juego” impregnará en ordenamientos regionales y nacionales e inclusive inspirarán reglamentos tan específicos como los del Comité Olímpico o la FIFA.

Así pues, sin desmerecer el avance e integración de nuevos contenidos respecto de la igualdad y no discriminación, proponemos un estudio del estado de cosas para dar paso al análisis de un fenómeno que cada vez más se hace evidente: la discriminación múltiple.

---

<sup>33</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO. *Derechos Fundamentales en la Relación ...* Loc. Cit., p.1.

<sup>34</sup> *Ibíd.*

### 3. EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Como podemos observar, es material la relación de los temas antidiscriminación y la realidad social. Para Ariel Dulitzky, especialista de la CIDH “[...] la igualdad y la no-discriminación revisten un carácter de principio fundamental que subyace en todo el sistema internacional de los derechos humanos. Su negación implicaría la negación misma de este sistema en su totalidad.”<sup>35</sup>

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos (...).”<sup>36</sup>

En cuanto a sus fundamentos teóricos, Francisco Eguiguren puntualiza que “al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación”<sup>37</sup>.

En la teoría constitucional este tipo de formulación es la más aceptada ya sea a nivel de jurisprudencia o como contenido constitucional. Así, es posible percibir el carácter principista de su fórmula, además de su oponibilidad como derecho subjetivo frente a su vulneración. Es pues esta doble naturaleza jurídica la que explica de forma omnicomprendiva la esencia del ideal igualitario.

---

<sup>35</sup> DULITZKY, Ariel. *Algunas reflexiones sobre una futura convención interamericana contra la discriminación racial y todas formas de discriminación*. Discurso del 29 de noviembre de 2005 - Washington, DC. En: [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/discursos.asp?sCodigo=05-0293](http://www.oas.org/es/centro_noticias/discursos.asp?sCodigo=05-0293). Revisado por última vez el 12/09/2019.

<sup>36</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84. 19 de enero de 1984. Párrafo 55.

<sup>37</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco J. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. Lima: Ius et Veritas, Revista Núm. 15. 1997, p.63.

Continúa Eguiguren: “si bien lo corriente es encontrar en los textos constitucionales un artículo expreso que consagra -de manera específica- el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de toda forma de discriminación, el principio de igualdad supone también un valor esencial y una regla que *debe ser observada en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la Constitución recoge*”<sup>38</sup>. [Cursivas agregadas]

Ciertamente, nuestra Constitución Política ha introducido el derecho fundamental en su artículo 2 inciso 2, a través de la fórmula: “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole”; pero también la directriz deontológica.

Como ha sentenciado nuestro máximo interprete constitucional: “(...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos.”<sup>39</sup> Afirmado que: “la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental”<sup>40</sup>.

De modo que, como sostiene el Tribunal Constitucional:

“(...) la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero, se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibídem*.

<sup>39</sup> STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC F.J. 61.

<sup>40</sup> STC Exp. N° 045-2004-PI/TC F.J. 20.

<sup>41</sup> STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC F.J. 2 párr. 15.

Entonces, en tanto que *principio fundamental*, la igualdad es un pilar del orden constitucional, permea todo el andamiaje estatal y social, permitiendo la convivencia armónica en sociedad, ya que además de erigirse como principio rector del Estado Social y Democrático de Derecho, también lo es de la actuación de los poderes públicos (incluido el ejecutivo); de tal suerte, en cada decisión, acción u omisión se le deberá considerar en tanto es un principio constitucional. Razón por la cual resulta de vital importancia que la conceptualización de este mandato permeable incluya la preocupación por *todos* los fenómenos que lo transgreden; regresaremos a esta idea más adelante.

El principio-derecho de igualdad es pues un presupuesto indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales. Por lo que, el examen sobre la vulneración de este principio-derecho va a estar definitivamente relacionado con la vulneración de otros derechos.

García Morillo califica al principio de igualdad como el prototipo de un derecho relacional. Sosteniendo que:

"Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con -o más bien, en la regulación, ejecución o aplicación del acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por sólo poner unos ejemplos"<sup>42</sup>.

Para el TC en función de su carácter relacional, el derecho a la igualdad: "[...] funciona en la medida [en] que se encuentre conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales [...]; precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan."<sup>43</sup>

Ahora bien, la igualdad como *derecho fundamental* refiere al reconocimiento de un derecho subjetivo, es decir, a la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, pues el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el art. 2 inc. 2, de la Constitución sentencia que la norma debe

---

<sup>42</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La cláusula general de igualdad*. Derecho Constitucional. Valencia, 1991. p.144. en EGUIGUREN PRAELI. Ob. Cit., pp.63, 64.

<sup>43</sup> STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC. FJ 3.1.



ser aplicable por igual a todos los que se encuentran en la situación descrita en el supuesto de la norma; la que además contiene un mandato derivativo de aquel, que es la *prohibición de discriminación* en cuanto constituye el derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole) que resulten jurídicamente relevantes. Derecho que se traduce en una exigencia individualizable que el individuo puede oponer frente al Estado para que este lo respete, proteja o tutele<sup>44</sup>.

En su segunda vertiente, la igualdad se desdobra como un derecho, como una verdadera garantía para la persona, pues a través ésta podrá hacer valer su titularidad sobre ella, de donde se deriva también el mandato de no discriminación. Vale decir, se trata del reconocimiento de aquel derecho a no ser discriminado por las razones prohibidas por la norma.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1, el Tribunal sostiene que el derecho fundamental a la igualdad: “[...] comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias [...]”<sup>45</sup>

En ese sentido, para nuestro Tribunal Constitucional:

“La igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. [...] Por consiguiente, supone la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica lo siguiente: a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.”<sup>46</sup> [Subrayado nuestro]

---

<sup>44</sup> Cfr. NAVARRO CUIPAL, Monika Giannina. *Reflexiones jurídicas sobre el derecho a la igualdad y no discriminación*. Blog Derecho y Cambio Social. Revisado por última vez el 15/04/2019 <https://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derecho%20a%20la%20igualdad.htm>

<sup>45</sup> STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, F.J. 3.1.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

De tal forma que el derecho a la igualdad se constituye, *inicialmente*, en aquel derecho que obliga, a poderes públicos como a particulares, a un actuar similar con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, y *contrario sensu*, a tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, el mismo que como señala el Tribunal “debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional.”<sup>47</sup>

Sintetiza el Tribunal Constitucional peruano:

« [...] el derecho a la igualdad, como el conjunto de derechos consagrados en nuestra Constitución, encuentra su fundamento último en la dignidad de la persona. Así, cuando el artículo 1, de la Constitución establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas, por lo que exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana.»<sup>48</sup>

Por último, es importante precisar que el derecho a la igualdad ante la ley deberá ser interpretado, entre otras disposiciones, conforme al artículo 14°, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que establece: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”; y al artículo 24° de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

### **3.1. CONTENIDOS DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY**

Como veníamos señalando, en el desarrollo del constitucionalismo liberal la invocación de la igualdad ante la ley es una constante; aunque su postulación inicial tuviera que ver más con los efectos de la norma que con la igualdad de los gobernados, pues de lo que se trataba realmente era de garantizar el alcance general de la ley.

Así entendido, en un primer momento la igualdad se concibió desde una perspectiva estrictamente formal; aun así, en las declaraciones de derechos de la Revolución Francesa, se

---

<sup>47</sup> STC Exp. N° 0004-2006 PI/TC, F.J. 118.

<sup>48</sup> *Ibidem*, F.J. 115.

puede observar su obligatoriedad tanto para el legislador cuanto para los órganos encargados de aplicar las leyes, esto es, en las dos vertientes más generales en las que se suele distinguir el alcance del principio-derecho de igualdad ante la ley: la igualdad *en* la ley y la igualdad *en la aplicación* de la ley.<sup>49</sup>

En torno al primer aspecto, el artículo 6° de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789 no deja dudas sobre su pretensión de vincular al legislador:

«La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.»

\*La ley [...] debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

Por su parte, respecto de la igualdad *en la aplicación* de la ley, el art. 7° de la *Déclaration* pregona:

«Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis.»

\*Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados.

Bajo esta configuración la noción de la igualdad como límite al actuar de órganos públicos, se restringió a un ámbito específico, refiriéndose solamente a la obligación de los administradores de justicia de no aplicar la ley de modo diferente a personas en situaciones similares.

---

<sup>49</sup> Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso. *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Proyecto de investigación núm. PB94-0193 del Programa Sectorial de Promoción del Conocimiento de la DGICYT, p.41. Disponible en: <file:///C:/Users/Alumno/Downloads/la-igualdad-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-0.pdf>. Revisado por última vez el 15/04/2019.

A continuación, veamos de forma más detallada los dos aspectos anteriores en la actual interpretación del Tribunal Constitucional.

### 3.1.1. IGUALDAD EN LA LEY

La igualdad *en la ley* como contenido del derecho a la igualdad ante la ley “impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá -como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas”<sup>50</sup>. De modo que la actividad legislativa estará encaminada a respetar la igualdad, no permitiendo al legislador introducir diferencias basadas en criterios que no sean razonables ni proporcionados. Dicho de otro modo, el accionar del legislador tiene como límite el principio de igualdad.

Empero, así como este componente opera frente a la actividad legislativa, también lo hace frente a la potestad reglamentaria de la Administración, impidiéndole que “pueda configurar los supuestos de hecho de tal manera que se dé un trato distinto a personas que se encuentran en una misma situación dentro de la norma”<sup>51</sup>.

De lo señalado, podemos sintetizar que la *igualdad en la ley* prohíbe que las normas, como producto de los poderes públicos hagan distinciones arbitrarias e irrazonables. Lo que *contrario sensu* implica que las distinciones normativas pueden ser introducidas, siempre que sean razonables.

En este sentido, es importante señalar que, este primer componente no prohíbe sean introducidas diferencias de trato en la norma, siempre que éstas se encuentren fundadas en causas razonables y sobre todo objetivas<sup>52</sup>, puesto que: «el tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus "calidades accidentales" y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente.»<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> EGUIGUREN PRAELI. Ob. Cit., p. 64.

<sup>51</sup> Cfr. SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María. *La «discriminación múltiple» como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación*. Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2015, p.23. Disponible en: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6339/SALOME\\_RESURRECCION\\_LILIANA\\_DISCRIMINACION\\_MULTIPLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6339/SALOME_RESURRECCION_LILIANA_DISCRIMINACION_MULTIPLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Revisada por última vez el 15/04/2019.

<sup>52</sup> Cfr. STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, F.J. 3.2.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

Cabe mencionar en este punto la vinculación entre el juicio de igualdad *en la ley* y el principio de proporcionalidad; y es que en términos generales y como ha sido resumido por el TC:

“La noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite: a) la existencia de una norma diferenciadora; b) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; c) una finalidad específica; d) razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; e) racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y f) proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.”<sup>54</sup>

Finalmente, queremos quedarnos con esta idea de Francisco Díaz Revorio:

“El concepto de «igualdad en la ley» ha sido objeto de una apreciable evolución histórica que le ha llevado desde unos orígenes en los que se refería a características estructurales de la ley, como la generalidad o la impersonalidad, a *incluir contenidos sociales* como criterios que permiten rechazar determinadas distinciones realizadas por el legislador (aunque también establecer qué distinciones legales son conformes a la Constitución).”<sup>55</sup>

### 3.1.2. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

El Tribunal Constitucional también ha desarrollado este segundo componente de la igualdad ante la ley. Para nuestro máximo intérprete, la igualdad *en la aplicación* de la ley se configura como *límite para los órganos públicos* (jurisdiccionales y administrativos); en ese sentido:

“Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica [distinta] a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley”.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*

<sup>55</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las dimensiones constitucionales de la igualdad*. Lima: Pensamiento Constitucional N° 22. 2017, p.41.

<sup>56</sup> STC Exp. N° 0004-2006-PI/TC, F.J. 124.

Por lo que, mientras la igualdad *en la ley* impone un límite al actuar del legislador y al de la Administración; la igualdad *en la aplicación* de la ley afectará a *todo* órgano público cuya función suponga aplicación de la ley -Administración y órganos jurisdiccionales-.

Así, este componente de la igualdad ante la ley busca garantizar una actuación no arbitraria al momento de interpretar y aplicar las normas, proyectándose sobre toda la actuación de los órganos públicos vinculados por el cumplimiento del principio de igualdad y por su sometimiento a la ley y al Derecho, “[...] por consiguiente, la Administración no puede en modo alguno otorgar un trato desigual a quienes se encuentran en situaciones idénticas”<sup>57</sup>.

En lo jurisdiccional, por su parte, la igualdad en la aplicación de la ley exige que “[...] no sea posible modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos y, cuando se estime que debe haber un apartamiento de sus precedentes, la fundamentación habrá de ser suficiente y razonable”<sup>58</sup>.

Por último, es importante señalar que:

“la igualdad en la aplicación de la ley, aunque se dirige no al creador de las normas respecto de su contenido abstracto, sino a su aplicador en su cumplimiento en un caso concreto, no es en su raíz un principio diferente ni autónomo del de igualdad ante la ley. Su común denominador con la igualdad *en la ley* está en la misma exigencia: que no se establezcan desigualdades injustificadas en los criterios utilizados por el legislador o por el juez -tomados uno y otro como prototipo respectivo del creador y del aplicador de normas- para atribuir derechos y deberes, bien genéricamente o bien, en su aplicación, individualizadamente”<sup>59</sup>.

### **3.2. DIMENSIONES DE LA IGUALDAD: IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL**

Recapitulando, podemos decir que el derecho a la igualdad implica que todas y todos seamos tratados en igual forma por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente *inicialmente* está prohibido. Empero, un trato diferenciado puede ser perfectamente válido siempre y cuando

---

<sup>57</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La cláusula general de igualdad*. Citado por: SALOMÉ RESURRECCIÓN. Ob. Cit., p. 25.

<sup>58</sup> GARRIDO, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Citado por: SALOMÉ RESURRECCIÓN. Ob. Cit., p. 25.

<sup>59</sup> Cfr. RUIZ MIGUEL. Ob. Cit., p. 69.

éste se encuentre justificado en causas razonables y objetivas; posibilidad que es el resultado de la evolución y desarrollo del concepto de igualdad.

Así también, son producto del desarrollo del principio-derecho de igualdad los conceptos de igualdad formal y material, sustantiva o real. Diferenciándose en que, mientras el primero encierra una exigencia de igualdad de trato para todas las personas *sin distinciones*; la segunda noción de igualdad visibiliza que no todas las personas se encuentran en las mismas condiciones, y *exige* al Estado *la adopción de medidas orientadas a procurar iguales oportunidades* para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; adquiriendo la noción de igualdad un sentido más amplio e integral, y la superación de su carácter puramente formal.

Bajo esta misma línea argumentativa, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: formal y material.

“En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que esté no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley).

En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar iguales a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual.”<sup>60</sup> [Subrayado nuestro]

De modo que la igualdad formal es aquella igualdad consagrada en el terreno legislativo, aquella establecida como obligación o mandato, y que no garantiza su concreción real por tratarse de una mera proclama de la igualdad. Así pues, no bastará con que un derecho esté recogido en un texto normativo, pues esta manera de concebir la protección del derecho a la igualdad resulta insuficiente en la realidad.

---

<sup>60</sup> STC Exp. N° 0606-2004-AA/TC, F.J. 10 y 11.

En este escenario surge la concepción material de la igualdad, bajo el entendido que “una interpretación meramente formal de la igualdad tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia”<sup>61</sup>. Por lo que la concepción sobre el contenido del principio de igualdad entendido como igualdad formal ante la ley, se ha visto luego ampliada hacia una vertiente que propugna también la igualdad sustancial. “De allí que actualmente podamos distinguir entre la denominada igualdad formal, por la cual todas las personas tienen derecho a que la ley los trate y se les aplique por igual; frente a la igualdad sustancial o material, que impone más bien la obligación de que la ley tienda además a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas”<sup>62</sup>.

Por tanto, el mandato de la igualdad material se constituye como un camino para llevar a la realidad aquellas aspiraciones y consagraciones legislativas que, si bien son importantes para la consecución del objetivo, resultan insuficientes dado su carácter lejano y abstracto. Siguiendo lo planteado por Luigi Ferrajoli; la igualdad material rompe con el esquema tradicional y se ubica en el modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias, el cual “en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias [que suele suceder en el caso de la igualdad formal], garantiza a todas [las diferencias] su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales”.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> CLÉRICO, Laura y otro. *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 2011, p. 150.

<sup>62</sup> EGUIGUREN PRAELI. Ob. Cit., p. 65.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi y otro. *Igualdad y Diferencia de Género*. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. 2006, p. 10.



#### 4. SOBRE LA JUSTA DIFERENCIACIÓN

El derecho a la igualdad, como hemos venido desarrollando, implica que todas las personas deben ser tratadas en igual forma, mandato extendido a las autoridades del Estado con potestad normativa -así como para la administración y judicatura en su aplicación-, a fin de que no emitan normas que contengan mandatos discriminatorios -o se apliquen de forma discriminatoria-; en consecuencia, que las normas sean iguales para todos. Sin embargo, existen casos en los que la norma establece la introducción de un trato desigual; ¿se tratará entonces de un mandato legal que establece una diferenciación justa o aberrante discriminación?

Como hemos adelantado, la aplicación del principio de igualdad no excluye al tratamiento desigual, siempre y cuando se encuentre justificado. Sobre todo, porque el concepto de igualdad jurídica ha seguido evolucionando y desarrollándose, donde los nuevos contenidos y alcances pretenden la superación de su carácter puramente formal a través del reconocimiento de las diferentes condiciones de cada persona. Situación que exige la adopción de medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento legal. Razón por la cual determinadas medidas pueden contener un trato desigual, lo que no es considerado como discriminación sino como diferenciación.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Corte IDH- ha señalado:

“No habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, 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 (...)”<sup>64</sup>.

Así también, para el Tribunal Constitucional, la aplicación del principio de igualdad no excluye al tratamiento desigual; el que puede ser perfectamente válido siempre y cuando se encuentre justificado en causas razonables y objetivas y, cuya existencia -además- deberá perseguir una

---

<sup>64</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 55.

intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados<sup>65</sup>.

La distinción de tratamiento ha sido constitucionalmente reconocida en el art. 103° de nuestra carta, cuyo primer párrafo establece: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”. Recogiendo, además, el principio jurídico de la generalidad y de las condiciones de igualdad en la expedición de las leyes, evitando que a través de éstas se concedan privilegios y estatutos de carácter personal<sup>66</sup>.

Señala Luis Alberto Huerta Guerrero<sup>67</sup> que la prohibición prevista en el art. 103° de expedir normas “*por razón de la diferencia de las personas*”, debe ser interpretada en forma concordante con el art. 2° inciso 2 de la Constitución. En este sentido, para el autor, el art. 103° “*abunda en la necesaria igualdad formal prevista (en dicho Artículo), según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales*”. [Cursivas en el texto original] Recalcando que la prohibición de expedir leyes por razón de la diferencia de las personas, “no impide la aprobación de normas cuyo objetivo sea revertir una situación de desigualdad respecto a grupos discriminados o marginados [...]”<sup>68</sup>.

El propio Tribunal Constitucional deja en claro que la prohibición de leyes *especiales* no puede entenderse como una limitación para que el Estado cumpla con sus obligaciones a favor del derecho a la igualdad<sup>69</sup>, puesto que, en función del principio interpretativo constitucional de concordancia práctica, el art. 103° deberá ser analizado a la luz del art. 2°.2<sup>70</sup>; razón por la cual:

«El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo,

---

<sup>65</sup> Cfr. STC Exp. N° 0261-2003-AI/TC, F. J. 3.3.

<sup>66</sup> Cfr. BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Citado por: HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El Derecho a la Igualdad*. Lima: Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 11. 2005, p. 316.

<sup>67</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El Derecho a la Igualdad*. Lima: Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 11. 2005, p. 316.

<sup>68</sup> *Ibíd*em, p. 333.

<sup>69</sup> Cfr. STC Exp. N° 0001-003-2003-AI/TC, F. J. 12.

<sup>70</sup> *Ibíd*em, F.J. 10.

enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal *que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad* de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.»<sup>71</sup> [Las cursivas son nuestras]

Esta interpretación ha sido desarrollada también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en lo sucesivo TEDH- al sostener que el artículo 14° del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (que consagra la prohibición de discriminación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos) no prohíbe a los Estados adoptar tratamientos diferentes con la finalidad de corregir las desigualdades fácticas<sup>72</sup>.

En efecto, si la prohibición de actos discriminatorios fuera aplicada solo en un sentido negativo (mandato de no hacer) se estaría yendo en contra de la condición misma de la naturaleza humana: la diversidad. Desatender, entonces, la realidad diversa de los individuos de la sociedad sería atentar los intereses de la justicia. Por ello, debe tenerse en cuenta que la igualdad significa correspondencia entre un grupo de diferentes objetos, personas, procesos o circunstancias que tienen las mismas cualidades en por lo menos algún aspecto, pero no en todos, es decir, debe considerarse alguna característica en específico. Por tanto, «debe distinguirse entre los conceptos de “igualdad” e “identidad”, pues decir que todos somos iguales no significa que seamos idénticos»<sup>73</sup>. Precisamente, el tratamiento diferente de circunstancias fácticas disímiles se justifica en que el principio de igualdad y el mandato de no discriminación no demandan una relación de identidad.

---

<sup>71</sup> STC Exp. N° 0001-003-2003-AI/TC F.J. 11.

<sup>72</sup> Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Sejdić y Finci Vs. Bosnia & Herzegovina*. Sentencia de 22 de diciembre de 2009. Demandas No. 27996/06 y 34836/06, párr. 44: “(...) Article 14 does not prohibit Contracting Parties from treating groups differently in order to correct “factual inequalities” between them (...)”; y *Caso Thlimmenos Vs. Grecia*. Sentencia de 6 de abril de 2000. Demanda No. 34369/97, párr. 44: “(...) Article 14 (...) is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different.”

<sup>73</sup> PÉREZ PORTILLA, Karla. *El Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. 2005, p. 5

Sintetizando la idea, el derecho fundamental a la igualdad implica un trato igual por parte del Estado para todos. Sin embargo, esto no impide que pueda establecerse un trato diferenciado entre personas que se encuentran en situación de desigualdad. Pues “el goce en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades fundamentales no significa identidad de trato en toda circunstancia”<sup>74</sup> dado que “existen en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia.”<sup>75</sup>

Una vez despejada la duda sobre la posibilidad de su existencia, queda como segunda tarea tratar sobre *cuándo* es que tal trato no contrariaría la justicia. Sobre el particular, se conocen diversos medios para medir la constitucionalidad de un trato diferenciado (test de proporcionalidad usado por la Corte IDH y el TC, test de igualdad según niveles de escrutinio desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, test integrado de igualdad de la Corte Constitucional de Colombia) sobre las que no nos detendremos por no ser fundamentales para nuestro análisis.

Regresando al art. 103°, para que el trato diferenciado no sea considerado como discriminatorio, debe analizarse si el mismo se encuentra justificado, es decir, se haya convenido su existencia *porque así lo exige la naturaleza de las cosas*. Como señala el TC: «el tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus “calidades accidentales” y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente.»<sup>76</sup>

En ese sentido, nuestro Tribunal ha enfatizado que la noción de igualdad no contradice la existencia de un trato diferenciado a condición de que se verifique:

- “a. La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.
- b. La acreditación de una finalidad específica y legítima, basada en una justificación objetiva y razonable.
- c. La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.

---

<sup>74</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *No Discriminación. Observación General N° 18*. 10 de noviembre de 1989, párr. 8. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404>. Revisado por última vez el 22/04/2019.

<sup>75</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84. 19 de enero de 1984. párr. 56.

<sup>76</sup> STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, párr. 31.

d. La existencia de proporcionalidad, es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.

e. La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue.”<sup>77</sup>

Para finalizar esta idea, debemos advertir que la obligación de tratamiento desigual no es una carta blanca, existen límites que se deben seguir para que ésta se enmarque dentro de los parámetros de la justicia. De tal suerte, una diferencia de trato será discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es –siguiendo al TEDH-, si no persigue un objetivo legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios que se empleen para tal diferenciación y el objetivo que se pretende<sup>78</sup>.

#### **4.1. GRUPOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN Y CATEGORÍAS SOSPECHOSAS**

Habiendo señalado que la igualdad, como tal, supone interiorizar no sólo el clásico trato semejante para los sujetos, sino comprender que existen ciertas circunstancias reales de desigualdad que no pueden ser atendidas con el tradicional planteamiento del “todos somos iguales”. En la discusión jurídica contemporánea se ha puesto sobre la mesa el debate sobre la obligación estatal de adjudicar un trato diferenciado a quienes se encuentran en situaciones desiguales para lograr el escenario deseable de la igualdad.

Atendiendo a ello, el aparato estatal puede -y debe- introducir tratamientos distintos a situaciones que no son realmente iguales o análogas. Sobre esto último, la Corte IDH ha señalado que son admisibles los tratamientos jurídicos distintos en procura de la igualdad sustancial o real pues “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, párr. 44, y STC Exp. N° 0261-2003-AI/TC, F. J. 3.2.

<sup>78</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Marckx Vs. Bélgica*. Sentencia de 13 de junio de 1979. Demanda No. 6833/74, párr. 33. «(...) a distinction is discriminatory if it "has no objective and reasonable justification", that is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised"»; Cfr. *Caso Abdaluziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido*. Sentencia de 28 de mayo de 1985. Demanda No. 9114/80, 9473/81 y 94747/81, párr. 72 y *Caso Härmäläinen Vs. Finlandia*. Sentencia de 16 de julio de 2014. Aplicación No. 37359/09, párr. 108.

<sup>79</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03. 17 de setiembre de 2003, párr. 89.

La aplicación estricta de la igualdad formal ha resultado incompatible con la realidad. Las crecientes brechas entre los grupos sociales generan reclamos por un trato más equitativo. Más aún para aquellos colectivos han sido históricamente relegados.

Es en este contexto que surgen las medidas afirmativas, esto es, aquel conjunto de políticas o disposiciones que buscan otorgar tratos diferenciados preferentes para revertir este tipo de situaciones. Puesto que como precisa Alexy: “Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad *de iure*”<sup>80</sup>. Y aunque trataremos este tema más adelante, no podemos dejar de mencionar que la adopción de medidas afirmativas se encuentra especialmente vinculada con la existencia de *grupos de especial protección*.

Categorías sospechosas, grupos en situación de vulnerabilidad, sujetos de especial protección constitucional, las denominaciones son variadas, pero conceptualizan esencialmente una misma idea. Mientras que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se prefiere la denominación de *grupos en situación de vulnerabilidad*, los que resultan fácilmente identificables en relación a los diversos tratados internacionales que reconocen la protección de dichos colectivos<sup>81</sup>; en el derecho anglosajón se ha preferido la denominación de “categorías sospechosas” en razón de que las clasificaciones que las empleaban hacían presumir la inconstitucionalidad de las disposiciones que las efectuaban.

Al respecto, el análisis de la noción de *categoría sospechosa* como criterio de interpretación y aplicación del derecho a la igualdad ante la ley, es una fórmula desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos e introducida por la Corte IDH; el Tribunal Constitucional peruano también lo ha utilizado para fundamentar determinados casos como el recaído en la STC N° 2317-2010-AA/TC que veremos más adelante.

Como hemos adelantado, el origen del concepto de categoría sospechosa se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, subsumido en la doctrina del *escrutinio estricto*, elaborada para determinar si una regulación afectaba o no la igualdad ante la ley. Un primer antecedente de esta doctrina lo encontramos en el fallo de 1938 “United States v. Carolene Products Co.”<sup>82</sup>, aunque la utilización del concepto de escrutinio estricto fue casi

---

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 404.

<sup>81</sup> Como por ejemplo: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos del Niño, etc.

<sup>82</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *United States v. Carolene Products Co.* Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/304/144.html>. Revisado por

imperceptible. Esto cambió el año 1944 con el caso “Toyosaburo Korematsu v. United States”<sup>83</sup>, en el que un ciudadano norteamericano de ascendencia japonesa protestó en contra de una sentencia dictada por la corte del distrito federal según la cual las personas descendientes de japoneses no podían permanecer en San Leandro, California, por ser un área militar.

A razón de dicha controversia la Corte Suprema destacó que “debe hacerse notar, para empezar, que *toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un solo grupo racial son inmediatamente suspicaces*. Esto no quiere decir que toda restricción sea inconstitucional. Lo que se quiere decir es que las cortes las deben someter al más *estricto escrutinio*” [énfasis nuestro]. Y si bien el reclamo del demandante fue rechazado, la Corte Suprema incluyó dentro de su razonamiento el concepto de escrutinio estricto y a través de éste el de categorías sospechosas.

Posteriormente, en las décadas de 1950 y 1960 el escrutinio estricto se utilizó para fundar diversos fallos que debían resolver casos de discriminación racial, entre ellos: “Bolling v. Sharpe”, “Brown v. Board of Education of Topeka” y “Loving v. Virginia”, siendo este último el más célebre.

El caso “Bolling v. Sharpe”<sup>84</sup> versaba sobre la segregación en los colegios públicos del distrito escolar de Columbia. Sobre el particular, la Corte Suprema americana acogió la demanda, y declaró que “clasificaciones basadas sólo en la raza deben ser escrutadas con un cuidado particular porque son contraria a nuestras tradiciones y por lo tanto *constitucionalmente*

---

última vez el 24/04/2019. En este caso el recurrente reclamaba en contra de las regulaciones económicas impuestas en el contexto del “New Deal” referidas al comercio interestatal de leche. El fallo señaló en la nota 4 de la sentencia que “*no es necesario tomar en consideración en el momento si la legislación que restringe esos procesos políticos que ordinariamente pueden esperar lleven a la derogación de legislación indeseada, estarán sujetos al más elevado escrutinio judicial bajo las prohibiciones generales de la enmienda catorce que más que la mayoría de otros tipos de legislación*” [traducción libre, subrayado nuestro]; en el idioma original: “*It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.*”

<sup>83</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Toyosaburo Korematsu v. United States*. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/323/214.html>. Revisado por última vez el 24/04/2019. En el idioma original: “*It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny.*”

<sup>84</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Bolling v. Sharpe*. Revisado por última vez el 24/04/2019. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/497.html>.



sospechosas”. [Cursivas nuestras] “Brown v. Board of Education of Topeka”<sup>85</sup> también se refiere a un caso de segregación racial en las escuelas públicas de Topeka, Kansas. Si bien la Corte Suprema no resolvió el caso basándose directamente en el escrutinio estricto, marcó un hito al declarar: “la segregación de niños en colegios públicos solamente basada en la raza, aun cuando las instalaciones y otros factores ‘tangibles’ puede que sean iguales, ¿priva a los niños de un grupo minoritario a igualdad de oportunidades en materia educacional? Nosotros creemos que sí”.

Finalmente fue en el caso “Loving v. Virginia”<sup>86</sup> que la Corte aplicó explícitamente el criterio de escrutinio estricto. El caso se relaciona con el matrimonio formado por Richard Loving, de raza blanca, quien en 1958 casó con Mildred Jeter, una mujer afroamericana. Ambos eran residentes en Virginia, pero las leyes estatales no permitían que una persona blanca se casara con una de otra raza. En consecuencia, la pareja se casó en Washington D.C y luego volvieron a Virginia en donde fueron procesados por infracción a las leyes del Estado sobre matrimonios interraciales. En 1959 se les condenó a una pena de un año de cárcel, la cual se conmutaba si los Loving se comprometían a no volver juntos a Virginia durante 25 años. El matrimonio se mudó a Washington D.C y en 1963 presentaron una demanda en contra de las leyes de Virginia, por vulnerar la enmienda catorce de la Constitución americana. El Estado reclamó que el precepto legal tenía como fin “mantener la integridad racial de sus ciudadanos” y evitar “la corrupción de la sangre”. La Corte Suprema americana acogió el reclamo de los Loving y señaló: “la cláusula de igual protección demanda que las clasificaciones raciales especialmente en estatutos criminales, deben sujetarse al más ‘estricto escrutinio’”. Agrega: “no hay un propósito decisivo independiente de una odiosa discriminación racial que justifique esta clasificación. El hecho que Virginia prohíbe solo matrimonios interraciales que involucran a personas blancas demuestra que las clasificaciones raciales deben quedar en su propia justificación como una medida para mantener la supremacía blanca”.<sup>87</sup>

Así, “(...) las categorías sospechosas evidencian que existen ciertas características o atributos en las personas que han sido históricamente tomados en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos

---

<sup>85</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Brown v. Board of Education of Topeka*. Revisado por última vez el 24/04/2019. Disponible en:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483>

<sup>86</sup> Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Loving v. Virginia*. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/388/1.html> . Revisado por última vez el 24/04/2019.

<sup>87</sup> *Ibidem*.



atributos o características.”<sup>88</sup> “Las categorías de sexo, raza, color, origen nacional, posición económica, opiniones políticas, o cualquier otra condición o situación social, han sido consideradas como las principales categorías sospechosas (...)”<sup>89</sup>.

En el caso peruano, el constituyente ha optado por mencionar expresamente algunas categorías sospechosas en el artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc.) “ya sea por su carácter particularmente odioso y atentatorio contra la dignidad humana o porque históricamente han sido causa de discriminación, encontrándose en una situación fáctica de inferioridad en la vida social por estas razones”<sup>90</sup>.

El TC, en la ya mencionada sentencia recaída en el Exp. N° 2317-2010-PA/TC, puntualiza:

« [...] Se entiende por “categorías sospechosas” o “especialmente odiosas” a 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 sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable.

En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2.º, numeral 2) que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.»<sup>91</sup> [Cursivas y subrayado en el original].

---

<sup>88</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA. *Harksen v. Lane* No. 1997 (4) SA 1 (CC), 1997 (11) BCLR 1489 (CC), párr. 49. Citado en: PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, México. Amparo directo en revisión 597/2014 del 19/11/2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, párr. 42.

<sup>89</sup> PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, México. Amparo directo en revisión 597/2014 del 19/11/2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, párr. 43.

<sup>90</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La cláusula general de igualdad*. En LÓPEZ GUERRA Luis y otros (autores). *Derecho Constitucional*. Volumen I. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blach. 2000: pp. 182.

<sup>91</sup> STC Exp. N° 2317-2010-PA/TC, F.J. 32 y 33.

Por otro lado, gracias al proceso de “constitucionalización del derecho”, a partir del cual “se han derivado nuevos imaginarios sociales sobre lo que es el Estado constitucional, la Constitución y la interpretación que de ella hacen los tribunales constitucionales”<sup>92</sup>; la jurisprudencia convencional<sup>93</sup> y la constitucional<sup>94</sup> han incluido como categorías sospechosas, por ejemplo, a la orientación sexual, la edad, la discapacidad y el estado civil. Obteniéndose de este modo un catálogo de categorías sospechosas no limitativo.

En el ordenamiento colombiano, el reconocimiento de los “sujetos de especial protección” ha tomado relevancia con la Constitución Política de 1991 y su interpretación por la Corte Constitucional. Siguiendo al fenómeno que en el ámbito internacional avanza, este ordenamiento reconoce grupos de especial protección por “condiciones de debilidad manifiesta” o por la posición de ‘indefensión’, construyendo una nueva categoría jurídica.

Al respecto, el profesor Holmedo Peláez Grisales propone, a partir de la interpretación de la Constitución colombiana y varias sentencias de la Corte Constitucional del mismo país, una estructura de sujetos y grupos de especial protección en cinco categorías, así:

“1) En el grupo por sus circunstancias físicas, 1.1) en razón de la edad: los niños, niñas y adolescentes, juventudes, adulto mayor y tercera edad; 1.2) en virtud de alguna limitación física: las personas con una discapacidad física o capacidades diferentes. 2) En el grupo por sus condiciones psicológicas: las personas con alguna limitación mental o capacidades diferentes. 3) En el grupo de las víctimas de violencia generalizada: los desplazados, torturados, secuestrados, desaparecidos, refugiados, exiliados, líderes políticos y miembros de partidos políticos, periodistas y habitantes en zonas con problemas de orden público; 4) en el grupo de los sujetos tradicionalmente discriminados, por el sexo: las mujeres, madres cabeza de familia, mujeres en estado de embarazo; por la etnia o raza: indígenas, gitanos, negritudes, afrocolombianos, raizales, palenqueros; por el lenguaje: las minorías lingüísticas; por orientación sexual: los LGTBQ; por la nacionalidad: extranjeros, inmigrantes y migrantes colombianos; por el

---

<sup>92</sup> MOLINARES-HASSAN, Viridiana. *Afrodescendientes: otro caso de garantismo de la Corte Constitucional Colombiana*. En Revista Javeriana N° 127: 189-221, julio-diciembre de 2013. Bogotá: Vniversitas. 2013, p. 192.

<sup>93</sup> La primera vez que la Corte IDH utilizó el criterio de la categoría sospechosa fue en el caso "Atala Riffo y niñas v. Chile"

<sup>94</sup> La argumentación utilizada en el caso "Loving v. Virginia" ha sido usada para justificar también el matrimonio homosexual bajo las mismas premisas jurídicas que fundaron el fallo de "Loving v. Virginia", que como podemos observar ejemplifica la esencia de las categorías sospechosas o especialmente odiosas a las que nos referimos.

estado de salud: los que padecen una enfermedad grave, incurable o ruinosa y los incapacitados; por la orientación religiosa: las minorías religiosas, por la situación jurídica: las personas privadas de la libertad; por la calidad de trabajador: según el tipo de empleo. Y 5) en el grupo de los sujetos en condiciones de pobreza, inferioridad, subordinación, dependencia, marginalidad, territorio y precariedad económicas están los pobres, consumidores, trabajadores, desempleados, campesinos, mendigos, habitantes de calle y los damnificados.”<sup>95</sup>

Como dato adicional señalaremos que la Corte Constitucional colombiana, en su Sentencia T-282, 2008<sup>96</sup>, expresó que tratándose de sujetos de especial protección se aplica un *amparo reforzado* debido a la deuda histórica con estos grupos de vulneración de sus derechos y a la desigualdad formal como real.

Ahora bien, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos peruano ha preferido utilizar la denominación de grupos de especial protección, así en su manual “Los Derechos Humanos en el Perú: Nociones Básicas” los define como “grupos de personas que por motivos culturales, históricos, geográficos, étnicos o de otra índole requieren, por parte del Estado, medidas especiales para su inclusión y/o desarrollo en una sociedad determinada.”<sup>97</sup>

Reconociendo, en ese mismo documento que, en el Perú, existen los siguientes grupos de especial protección: Niños, niñas y adolescentes, Mujeres, Población afroperuana, Personas adultas mayores, Personas con discapacidad, Pueblos indígenas, Personas afectadas por [el periodo de] violencia, Personas privadas de libertad, Personas que viven con VIH/SIDA y tuberculosis, Personas migrantes, desplazadas y sus familias, Personas con distinta orientación sexual a la heterosexual o identidad de género.<sup>98</sup> El ministerio, siguiendo a la doctrina colombiana, utilizará esta terminología en el diseño de sus tres Planes Nacionales de Derechos Humanos, adelantando que el tercero -y sobre el que nos ocuparemos en el último capítulo de este trabajo- se adicionan dos grupos más: Trabajadores y trabajadoras del hogar, y; defensores y defensoras de derechos humanos.

---

<sup>95</sup> PELÁEZ GRISALES, Holmedo. *Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia*. En Revista de Estudios Socio Jurídicos, 17 (1), 125-168. Bogotá: Estudios socio jurídicos. 2015, pp. 136-137.

<sup>96</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-282, 2008. Fundamento 5.1, párr. 7.

<sup>97</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Los derechos humanos en el Perú: nociones básicas*. Lima: Dirección General de Derechos Humanos Dirección de Políticas y Gestión en Derechos Humanos. 2013, p. 51.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

## 5. EL MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN

Habíamos resaltado anteriormente la doble naturaleza del principio-derecho a la igualdad. Uno como guía axiológica del ordenamiento jurídico y el otro como reconocimiento de un derecho subjetivo con garantía de oponibilidad. Es en este tenor -en su dimensión como derecho- que la igualdad impone el mandato de no discriminación. Es pues, el reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas tales como el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica (categorías sospechosas) o por otros motivos que jurídicamente sean relevantes.

El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo al Comité de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el Exp. N° 5652-2007-PA/TC ha acogido esta manera de entender la discriminación:

«La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

Las Naciones Unidas han definido la discriminación como toda “distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”»<sup>99</sup>

Adicionalmente, señala este tribunal, que la igualdad incluye (i) *el principio de no discriminación*, el cual prohíbe hacer distinciones en base a criterios irrazonables que entrañen menosprecio de la persona en sí misma; y (ii) *el principio de protección*, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.<sup>100</sup>

A su vez, la Defensoría del Pueblo en su Documento de Trabajo N° 2 “*La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*”, conceptualiza la discriminación como el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico, el mismo que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de

---

<sup>99</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N° 18: No discriminación*. 1989, párr. 7. Citado en: STC Exp. N° 5652-2007-PA/TC, F.J. 16.

<sup>100</sup> STC Exp. N° 5652-2007-PA/TC, F.J. 18.

derechos de una persona o de un grupo de personas<sup>101</sup>. Este mismo documento presenta, a su vez, tres elementos a verificar para determinar si una conducta es en efecto discriminatoria:

Un trato diferenciado o desigual. - la discriminación parte de una distinción, exclusión o restricción de los derechos de determinados individuos. Sin embargo, este único elemento no es suficiente para considerar como discriminatorio a un hecho.

Un motivo o razón prohibida. - El trato diferenciado o desigual se debe basar en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que estos motivos (los señalados en el 2.2 de la constitución) no son los únicos que pueden dar lugar a actos de discriminación, pues se incorpora la cláusula abierta “*cualquier otra índole*”, a fin de proscribir nuevas prácticas de discriminación que pudieran surgir.

Un objetivo o un resultado. - Por último, se requiere que el trato diferenciado basado en un motivo prohibido tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio o goce de un derecho.<sup>102</sup>

De tal suerte, el mandato de no discriminación pretende un tipo de protección distinta, denota un grado de protección específico. Vale decir, no hace referencia a cualquier trato arbitrario, sino solamente a aquél que se realiza por alguna de las razones prohibidas en el ordenamiento jurídico y que procure negar o restringir un derecho. En este sentido, la igualdad y el derecho a la no discriminación, aunque son

*«conceptos diferentes (en sentido y alcance, en el periodo de su emergencia histórica, en eficacia, etc.), guardan una relación de género a especie: la prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los “sospechosos” (género, etnia, etc.)»*<sup>103</sup>.

### 5.1. LAS DENOMINADAS “DISCRIMINACIONES POSITIVAS”

De la fundamentación que venimos haciendo, se desprende que para alcanzar la igualdad real no resulta suficiente el reconocimiento formal de la igualdad y la no discriminación. Siendo

---

<sup>101</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes. Documento de Trabajo N° 2*. Lima: 2007, p. 29.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 30 y ss.

<sup>103</sup> REY MARTINEZ, Fernando. *¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?* Anales de la Cátedra Francisco Suárez. 2011, p. 174. Revisado por última vez el 15/05/2019. Disponible en: [revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/529/619](http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/529/619)

necesario que paralelamente se emprendan acciones por parte del Estado para compensar los obstáculos existentes en la sociedad. Por ello, es que se recurre a la acción afirmativa, también conocida como acción positiva, o “*discriminación positiva*”.

La idea hace referencia a aquellas actuaciones dirigidas a reducir las prácticas discriminatorias en contra de sectores históricamente excluidos. Francisco Eguiguren define las acciones afirmativas como “medidas que establecen un trato diferenciado a favor de grupos o sectores que se encuentran en una evidente situación social de marginación, a fin de darles mayores posibilidades y oportunidades de acceso a derechos formalmente consagrados en el ámbito constitucional o legal”<sup>104</sup>.

Para la Defensoría del Pueblo, las acciones afirmativas “surgen como una necesidad o imperativo para evitar que determinados grupos humanos continúen discriminados”, por lo que se trata de “medidas que benefician a un grupo de personas afectado por una situación de desventaja” e “implican el tratamiento diferenciado para mejorar sus posibilidades de obtener un bien o derecho, en particular cuando la realidad presenta condiciones desfavorables, desiguales e injustificadas que impidan un acceso a dicho bien o derecho otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables.”<sup>105</sup>

Defendiendo además, la legitimidad de las medidas afirmativas al señalar que “son una expresión de la tutela antidiscriminatoria que desarrollan los Estados” y que “constituyen un instrumento legítimo de política pública” para “superar la mera prohibición formal de la discriminación”.<sup>106</sup>

Así, la discriminación positiva se traduce en acciones concretas pensadas para igualar las oportunidades de trabajo, voto y acceso a la educación de las minorías raciales, los grupos étnicos, las mujeres, etc. Son ejemplo de ello las becas estudiantiles con cupos reservados (como por ejemplo para la postulación de personas con discapacidad<sup>107</sup>), leyes de protección (como la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres); así como

---

<sup>104</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA editores. 2002, p. 110. Citado en: HUERTA GUERRERO. Ob. Cit., p. 326.

<sup>105</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La discriminación en el Perú...* Ob. Cit., p. 42-43.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> LEY GENERAL DE DISCAPACIDAD (LEY 29973), Art. 38.1: Las universidades, institutos y escuelas superiores, públicos y privados, realizan ajustes razonables para garantizar el acceso y permanencia de la persona con discapacidad, incluida la adecuación de sus procesos de admisión. Estas instituciones reservan el 5% de las vacantes ofrecidas en sus procesos de admisión por especialidad profesional para la postulación de personas con discapacidad, quienes acceden a estos centros de estudio previa aprobación de la evaluación de ingreso.

políticas que fomenten la diversidad, subsidios o exoneración de impuestos a sectores menos favorecidos, entre otras medidas.

Se trata pues, de la introducción de una desigualdad de trato en determinada medida estatal con el objetivo de favorecer a los tradicionalmente perjudicados. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

« (...) debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como “discriminación positiva o acción positiva -affirmative action-”. La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.»<sup>108</sup>

La “discriminación inversa” es una manifestación extrema y, por ello, especialmente discutida de introducción de una desigualdad como medio para conseguir una mayor igualdad. Ciertamente este tipo de medidas pueden ser muy polémicas; empero, existe amplia evidencia de que son aplicadas con éxito en numerosos países, y que funcionan para reducir desigualdades heredadas de generaciones anteriores, además de corregir los sesgos psicológicos que, aun hoy, perviven.

La compatibilidad del principio de igualdad con las medidas de acción positiva, así como la necesidad de su adopción ha sido ampliamente reconocida y justificada en el ámbito del Derecho Internacional. La *Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, (CEDAW por sus siglas en inglés) señala que no se entenderán como discriminatorias “aquellas medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”<sup>109</sup>.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “no se considera como discriminaciones aquellas acciones que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades, a condición de que dicha acción afirmativa esté

---

<sup>108</sup> STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC, F.J. 63.

<sup>109</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Art. 4°.1: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención (...)”

sujeta a la regla de temporalidad.”<sup>110</sup> Por lo que se recurre a las acciones afirmativas cuando no es posible lograr el objetivo de la igualdad en un tiempo razonable a través de otras medidas.

Si bien existen reticencias, las acciones positivas han sido incluidas mundialmente en las políticas de igualdad, adquiriendo carácter obligatorio a través de diferentes leyes. A pesar de ello, desde un punto de vista más social (el que compartimos) se siguen necesitado nuevas estrategias enfocadas a cambios más estructurales y no sólo formales. Preocupaciones éstas que han ido permeando en las recomendaciones del propio Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos<sup>111</sup>; enfoques internacionalmente adoptados como el *mainstreaming* o transversalidad de género, y en vías de integración como el enfoque interseccional dan fe de ello.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 2° que “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En virtud de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>112</sup> ha señalado que, en primer lugar, el Estado debe abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan un impacto discriminatorio sobre un grupo. En segundo lugar, debe combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, particularmente en los órganos públicos. Por último, debe adoptar las acciones afirmativas que sean necesarias para asegurar la efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

En suma, como ha indicado la Corte Constitucional colombiana<sup>113</sup>, “las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables”. Por ello, no toda utilización de criterios, en principio vedados, es discriminatoria, pues “mal podría un Estado

---

<sup>110</sup> STC Exp. N° 018-2003-AI/TC F.J. sobre la conceptualización de la igualdad, párr. 15. De igual modo, véase la Sentencia del 1 de abril del 2005 recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC, F.J. 61 y ss.

<sup>111</sup> Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N° 28*; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES *Observación General N° 5 y N° 20*; COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General N° 27 y N° 29*, entre otros.

<sup>112</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencias del 8/09/2005, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 141 y, del 23/06/2005, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, párr. 185. Asimismo, las Opiniones Consultivas sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03 del 17/09/2003, párr. 88 y sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. OC-17/02 del 28/08/2002, párr. 44.

<sup>113</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-044/04 del 27/01/2004, F.J. 4, párr. 8 y 9.



tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación”.

A diferencia de otras Cartas<sup>114</sup>, nuestra Constitución de 1993 no contiene una mención expresa sobre las acciones afirmativas; sin embargo, su ausencia no ha significado un obstáculo para que se adopten medidas de este tipo.<sup>115</sup> Así pues, es posible encontrar una referencia específica en el actual texto del Capítulo XIV. El mismo que como consecuencia de la reforma constitucional llevada a cabo a través de la Ley 27680<sup>116</sup>, señala en su art. 191°:

“La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.”

Enunciado cuyo propósito es promover avances en los niveles de participación y representación política de grupos que han sido marginados de la vida política del país; estableciendo, por vía legal, algunos porcentajes mínimos obligatorios de participación en las listas de postulantes a cargos públicos o representativos.

“En el Perú, el punto de partida en el que se encuentran las mujeres para competir con los hombres por el acceso a cargos públicos sitúa a éstas en una posición de clara desventaja que las mantiene infrarrepresentadas en puestos de elección popular. En estos casos, las cuotas de género están directamente orientadas a mejorar la representación descriptiva y simbólica de las mujeres en la arena política; [logrando] una mayor presencia efectiva en este ámbito (representación descriptiva), [y] desafiando los estereotipos arraigados respecto de su adecuación para ostentar cargos políticos (representación simbólica)”<sup>117</sup>.

Pero no sólo ello. Quizá aún más importante, las cuotas de género tienen el potencial de constituir una “condición habilitante” que hace más probable que las mujeres electas se enfoquen en los derechos de las mujeres (representación sustantiva)<sup>118</sup>. Tal es así,

---

<sup>114</sup> Como la colombiana, en cuyo art. 13 de su Constitución de 1991, referido al derecho a la igualdad, señala: “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de personas discriminadas o marginadas.*”

<sup>115</sup> HUERTA GUERRERO. Ob. Cit., pp. 327 y 328.

<sup>116</sup> Publicada el 7 de marzo de 2002.

<sup>117</sup> FRANCESCHET, Susan, *¿Promueven las cuotas de género los intereses de las mujeres? El impacto de las cuotas en la representación sustantiva de las mujeres*. En RIO, Marcela (ed). *Mujer y Política. El impacto de las cuotas de Género en América Latina*. Santiago de Chile: Catalonia, FLACSO Chile, IDEA. 2008, pp. 61-96.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 66

que “[...] muchas de la más exitosas iniciativas en América Latina respecto de los derechos de las mujeres han sido promovidas por coaliciones transversales de mujeres legisladoras”<sup>119</sup>.

Aún con todo lo señalado anteriormente ¿podemos decir que la *discriminación* puede ser efectivamente “positiva”?

Para un sector de la doctrina esta denominación es rechazada de plano ya que afirma que es imposible la convivencia entre los términos "discriminación" y "positiva" donde la primera se concibe como una situación o actuación caracterizada por su resultado desfavorable, lo que resulta contradictorio con la posibilidad que al mismo tiempo pueda tener un significado de favorabilidad.

En este punto, no podemos dejar de mencionar la crítica de la Profesora de la Universidad del País Vasco, María Ángeles Barrère, para quien -como veremos en un próximo apartado- se ha venido haciendo un uso abusivo de la palabra *discriminación*<sup>120</sup>, provocando despropósitos y malos entendidos, muchos de los cuales afectan a las medidas diferenciadoras de acción positiva que, en virtud de la confusión, se calificarán de “discriminación inversa/positiva”. Razón por la cual propone evitar el uso de un término con contenido negativo para referirnos a herramientas tan útiles como la acción afirmativa.

Siguiendo a la autora, si bien *discriminar* tiene también un significado neutro, según el cual dicha palabra significaría simplemente “diferenciar”, este no es el significado que tiene en la cultura jurídica y menos en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio; de ahí que la utilización de la palabra “discriminación” para hacer referencia a una política de resultados resulte, además de un uso impropio en el contexto jurídico, un uso tendencioso del lenguaje<sup>121</sup>.

En esta misma línea, señala el profesor español Alfonso Ruiz Miguel que: “[...] tribunales constitucionales como el alemán o el italiano han acogido lo que se ha denominado

---

<sup>119</sup> *Ibíd.* p. 76

<sup>120</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas.1997. De la misma autora: *La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho Nº. 9. 2003, p.21 y ss.; *Igualdad y Discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho Nº. 9. 2003, p.10 y ss.

<sup>121</sup> Un caso paradigmático en este sentido, perteneciente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, es el de Bakke (1978). En el cual se habla de *discriminación inversa* para hacer referencia a una normativa universitaria de acción positiva que efectúa una reserva de plazas para miembros de minorías a la que éstos tendrían acceso con una puntuación inferior a la obtenida por individuos que no pertenecen a un grupo minoritario. Bakke es un estudiante blanco que es rechazado teniendo una puntuación mayor y se siente víctima de discriminación (de ahí lo de “inversa”).

«discriminación por indiscriminación», o «discriminación por indiferenciación», con una terminología que me parece preferible desechar a cambio de la expresión «desigualdad por indiferenciación». [Puesto que,] aparte de la conveniencia ya argumentada de reservar el término «discriminación» para aludir a desigualdades especialmente odiosas, no resulta tan chocante decir que el trato igual de lo que es desigual produce una desigualdad injusta que reclama la igualación (proporcional) dispensada mediante una desigualdad justa, como que el trato igual de lo que es desigual constituye una discriminación o distinción injusta.”<sup>122</sup>

En este punto, nos interesa finalizar con la idea siguiente:

La fórmula de compensación jurídica elaborada a través de la acción afirmativa, persigue pues como finalidad que ciertos grupos puedan superar la situación de inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado. Y no es casualidad que los beneficiarios de esta herramienta sean precisamente personas pertenecientes a las categorías sospechosas consideradas por el constituyente en la redacción del art. 2.2 de la constitución.

Por lo que se entenderá que los motivos prohibidos de discriminación: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica y otros *jurídicamente relevantes*, hacen referencia a colectivos puntuales, históricamente discriminados merecedores de tutela especial o diferenciada como lo ha señalado nuestro TC en el ya mencionada sentencia recaída en el Exp. N° 2317-2010-PA/TC<sup>123</sup>.

## 5.2. CONCEPCIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN

La prohibición de la discriminación se ha incorporado exitosamente en las legislaciones alrededor del mundo, prohibición que es considerada frecuentemente al más alto nivel normativo en los textos constitucionales. No obstante, respecto del sentido que debe darse a la voz discriminación, existe cierta ambigüedad.

Respecto de esta discusión empecemos señalando como punto de partida la distinción que hace Ronald Dworkin<sup>124</sup> entre «concepto» y «concepción», donde el primero alude al significado teórico y general de un término, mientras que el segundo hace referencia a la forma de llevar a

---

<sup>122</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso. *La Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Doxa Cuadernos de Filosofía del derecho. N° 19. Alicante. 1996, p. 76.

<sup>123</sup> Cfr. STC N° Exp. N° 2317-2010-PA/TC, F.J. 32-33.

<sup>124</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press.1986, pp. 70 y ss.

la práctica un concepto. Como resume Pérez Luño: “Cuando apelo a un concepto planteo un problema; cuando formulo una concepción intento resolverlo.”<sup>125</sup> De modo que, apelaremos a este doble acercamiento a fin de examinar los distintos puntos de vista que existen sobre la discriminación.

En el discurso jurídico se suele distinguir entre un sentido “amplio” y un sentido “estricto” de la discriminación. Según esta clasificación bastante difundida, la diferencia radica en que mientras la discriminación en *sentido amplio* hace referencia a toda infracción del *principio general de igualdad*, la discriminación en *sentido estricto* se refiere a aquella *violación de la igualdad en la que, además, concurre alguno de los criterios de diferenciación prohibidos* por el ordenamiento (sexo, raza, religión, etc.)<sup>126</sup>

Sin embargo, ésta no es la única forma en la que se ha entendido la discriminación. Nociones como la de discriminación como trato diferenciado/neutro, como diferenciación injusta e incluso nociones referidas al carácter intragrupal e intergrupalo de la discriminación<sup>127</sup> son defendidas por la doctrina.

En este punto, pasaremos a ocuparnos de la incorporación de los calificativos *directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional/múltiple, estructural* a la voz “discriminación”; denominaciones que podrían resultar confusas, pero que devienen precisamente de las concepciones existentes respecto del concepto que nos ocupa, enriqueciendo su comprensión.

### 5.2.1. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

En doctrina y jurisprudencia se suelen distinguir dos tipos de discriminación: directa e indirecta, dependiendo de cuán explícitas o evidentes sean las conductas discriminatorias. Ambas prohibidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos pues, como lo ha determinado la Corte IDH en reiterada jurisprudencia, “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones

---

<sup>125</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos* (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta). En: Cuadernos de Filosofía del Derecho 4. Doxa, 47-66. 1987, p. 47.

<sup>126</sup> Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill. 1995, p. 56.

<sup>127</sup> Cfr. BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual*. En: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. 2003, pp. 10-11.

de discriminación de jure o de facto”<sup>128</sup>; aunque claro la prohibición aplica también a los particulares.

La discriminación directa se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra en circunstancias comparables; lo que, en otras palabras, implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga. Del mismo modo, cuando se omite cumplir con una obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente, también estaríamos frente a un caso de discriminación directa<sup>129</sup>. A modo de ejemplo, si a una estudiante no se le permitiera continuar con sus estudios debido a su estado de embarazo o se le impida el acceso a un establecimiento abierto al público por tener determinados rasgos físicos, estaríamos frente a un caso de discriminación directa.

“Por su parte, en la discriminación indirecta el trato desigual no se manifiesta de manera tan clara, lo que obliga a acudir a diferentes elementos adicionales para sustentar que existe un trato discriminatorio”<sup>130</sup>. Citando a Eguiguren:

« [...] los cambios y avances producidos a nivel de la realidad política y social contemporánea, reflejados en convenios internacionales y reformas constitucionales, las formas más evidentes y groseras de afectación al principio de igualdad y del derecho a no ser discriminado han sido superadas, cuando menos en el terreno de las normas jurídicas. Pero las cosas no son tan sencillas en la experiencia cotidiana, donde podemos asistir a prácticas más sutiles o camufladas de discriminación, ya sea -por ejemplo- a través del establecimiento de regulaciones o requisitos aparentemente "neutrales" [...]»<sup>131</sup>

De tal forma, aunque a primera vista una práctica o norma pueda parecer neutral, podría tener por objeto o incluso “por resultado” consecuencias jurídicas igualmente discriminatorias. Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano al considerar que un supuesto de discriminación indirecta se configura cuando:

---

<sup>128</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Espinoza González vs. Perú*. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Párr. 220. Se repite este juicio en: Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, párr. 201; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C Núm. 251, párr. 236.

<sup>129</sup> Cfr. AÑÓN ROIG, María José. *Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio*. En: Alberto Iglesias Garzón (coord.), “Historia de los derechos fundamentales”. Siglo XX. 2013, p. 646.

<sup>130</sup> HUERTA GUERRERO. Ob. Cit., p. 312.

<sup>131</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA editores. 2002, p. 95. Citado en: HUERTA GUERRERO. Ob. Cit., p. 312.

“[...] ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen **efectos desproporcionadamente perjudiciales** en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen.”<sup>132</sup> [Énfasis agregado]

Así pues, podemos observar que la teorización respecto de las categorías sospechosas como criterios de clasificación que aluden a “atributos” que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como potencialmente discriminatorios; se encuentran vinculados con la discriminación indirecta.

Ahora bien, la idea de que la discriminación puede ser directa o indirecta pone énfasis en la *forma* en que se manifiesta la discriminación y contribuye a detectarla<sup>133</sup> -situación especialmente relevante en el caso de la discriminación indirecta-; pero no sólo ello, puesto que uno de los aspectos a los que la doctrina ha prestado especial atención al hacer referencia a estas dos modalidades de discriminación es la *intencionalidad*. Así, se podría pensar -atendiendo a sus características- que la discriminación directa es deliberada, mientras que la discriminación indirecta es inconsciente; sin embargo, esto no es exacto<sup>134</sup>.

Al respecto, el *class action*<sup>135</sup> *Griggs v. Duke Power Company*, resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el año 1971<sup>136</sup> resulta un ejemplo ilustrativo de esto último. El caso versaba sobre un grupo de trabajadores afroamericanos que buscaba se analizara si era permitido que su empleador estableciera como requisito para la contratación o el ascenso de

---

<sup>132</sup> STC Exp. N° 5652-2007-PA/TC, F.J. 45.

<sup>133</sup> Cfr. BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas. 1997, p. 24.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>135</sup> Como explica Barrère: “[l]as *class actions* constituyen una institución procesal originaria del *Common law* y de gran importancia en el Derecho estadounidense que capacita a un individuo para actuar en nombre propio y en el de un grupo o ‘clase’ de personas que se encuentran en una situación similar”. En: BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción... Ob. Cit.* p. 42.

<sup>136</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Caso Griggs v. Duke Power Company*. 401 U.S. 424. 1971.

los trabajadores, el haber completado la educación secundaria o superara determinadas pruebas de inteligencia.

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

Es gracias a este caso que el Tribunal Supremo “[...] empieza a considerar discriminatoria la contratación empresarial en términos de efectos o consecuencias pero, sobre todo, al margen de la intencionalidad”<sup>137</sup> En ese sentido, “[n]o es que la discriminación indirecta se caracterice por ser *no intencional*, sino -se insiste- por conceptualizarse *al margen* de la intencionalidad discriminatoria”<sup>138</sup> [cursivas en el original]. De ahí que el caso *Griggs v. Duke Power Company* sea considerado un hito importante en la formación del concepto discriminación indirecta<sup>139</sup>.

### 5.2.2. DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN

El concepto de *discriminación por indiferenciación* sostiene que la discriminación se produce no solo cuando se trata de manera diferente a quienes se encuentran en una misma situación (discriminación por diferenciación), sino también cuando se trata de la misma manera a quienes se encuentran en situaciones sustancialmente distintas (discriminación por indiferenciación)<sup>140</sup>. De modo que, este tipo de discriminación se configurará cuando no se trata de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas o grupos de personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas.

Un supuesto de “discriminación por indiferenciación” fue revisado en el asunto *Thlimmenos v. Grecia*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 6 de abril del 2000. En

---

<sup>137</sup> BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y...* Ob. Cit. pp. 42-43.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>139</sup> Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando. *¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?...* Ob. Cit., p. 175.

<sup>140</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando. *La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Pensamiento Constitucional* Nro. 17. 2012, p. 292.

el que el señor Iakovos Thlimmenos demandaba a las autoridades de su país por haberle negado la adjudicación de una plaza como auditor contable debido a que había sido declarado culpable de un delito. En el razonamiento de la justicia griega, no existía violación alguna a los derechos del señor Thlimmenos puesto que la legislación vigente en aquel momento establecía que no podía ser auditor contable quien no cumpliera con los requisitos para acceder a la función pública; siendo uno de ellos no haber sido declarado culpable de ningún delito.

Precisamente, el meollo del asunto radicaba en el delito cometido, pues señor Thlimmenos había sido condenado penalmente por el delito de insubordinación por su negativa a alistarse en el ejército debido a sus convicciones religiosas como testigo de Jehová en un momento en el que Grecia no ofrecía un servicio alternativo a los objetores de conciencia al servicio militar.

Al analizar el caso, el TEDH halló la violación del artículo 9° sobre libertad de pensamiento, conciencia y religión, en conjunción con la del artículo 14° referido a la prohibición de discriminación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); manifestando que la exclusión del Sr. Thlimmenos del puesto de auditor público fue una medida desproporcionada para garantizar el adecuado castigo a las personas que se niegan a servir a su país, puesto que ya había cumplido una condena de cárcel por este delito.

Más aún, la interpretación del art. 14° que hasta ese momento sostenía el TEDH reparaba en la transgresión del citado artículo cuando los Estados trataban de manera diferente a personas en situaciones análogas, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Interpretación que fue ampliada por el TEDH gracias a esta sentencia, señalando que el art. 14° del CEDH también se transgrede cuando *“sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente o significativamente diferentes”*<sup>141</sup>; precisamente el caso del señor Thlimmenos.

Así pues, en el mencionado caso se habría configurado un supuesto de *“discriminación por indiferenciación en la ley”*, pues la vulneración fue ocasionada por una ley que no contempló una excepción o un trato diferenciado para un supuesto que lo ameritaba<sup>142</sup>.

Para nuestro Tribunal Constitucional la identificación de esta forma de discriminación no ha pasado desapercibida. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. 01423-2013-PA/TC, ha señalado que:

---

<sup>141</sup> Párrafo 44 de la sentencia recaída en el asunto *Thlimmenos v. Grecia*.

<sup>142</sup> COBREROS MENDAZONA, Edorta. *Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 81. 2007, p. 83.



“[...] La igualdad jurídica presupone [...] dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando **frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación).**”<sup>143</sup> [Énfasis agregado]

Finalmente, en la resolución de casos concretos, el Tribunal Constitucional se ha referido expresamente a la *discriminación por indiferenciación* en la sentencia del caso Jane Cósar y otros<sup>144</sup>, sobre el impedimento del ingreso con animales de asistencia (perros guías) en las tiendas de un supermercado. En este caso el Tribunal consideró que la decisión del supermercado de impedir de manera general el ingreso de animales, sin exceptuar de dicha regla a los perros guía, constituía un acto de “*discriminación por indiferenciación*”<sup>145</sup> en perjuicio de las personas con discapacidad visual, declarando en consecuencia fundada la demanda.

### 5.2.3. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL O SISTÉMICA

Las causas y manifestaciones de la discriminación suelen estar atravesadas por complejas prácticas sociales que llevan a que determinados grupos sociales no gocen de sus derechos, esta es pues la idea central que anima la idea de *discriminación estructural* como una situación que “considera el resultado de una subordinación sistemática que el Derecho no suele captar, al menos no en su versión liberal tradicional”<sup>146</sup>. Y es que como veremos posteriormente, la idea de igualdad -históricamente heredada de los liberales- autodenominada universalista, fue edificada sobre un modelo *específico* de sujeto de derecho, esto es, sobre el modelo del hombre, blanco, propietario y heterosexual.<sup>147</sup>

“Asimismo, la idea de igualdad que ha tenido mayor influencia en la cultura jurídica dominante es aquella que la concibe como igualdad de trato y no como igualdad de estatus (entendido en sentido amplio, como conjunto de oportunidades, recursos, ocupaciones, posiciones y poder).

---

<sup>143</sup> STC Exp. 01423-2013-PA/TC, F.J. 20.

<sup>144</sup> STC Exp. 2437-2013-PA/TC.

<sup>145</sup> *Ibidem*, F.J. 31.

<sup>146</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María. *La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural*. En: Pensamiento constitucional (PUCP). 2017, p. 281. pp. 255 - 290

<sup>147</sup> Respecto del falso universalismo de derechos y la crítica al modelo de sujeto de derecho en el mundo jurídico liberal, entre otros, nos referiremos en el capítulo II, sección 4.

Considerando lo anterior, para Añón Roig, la expresión «discriminación estructural» (o sistémica) da cuenta del tipo de desigualdad que deriva de la influencia de los valores sociales dominantes surgidos del falso universalismo que atraviesa el diseño de la titularidad de los derechos [...] Desde esta perspectiva, la autora señala que el concepto discriminación estructural (o sistémica) constituye «una **propuesta doctrinal dirigida a redefinir el concepto jurídico tradicional de discriminación** [...]».

Con este concepto, por tanto, se buscaría hacer referencia a aquellas situaciones [...] en las que resulta difícil individualizar una conducta discriminatoria determinada pues «[s]e trata de **dinámicas sociales reiteradas que llevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos** [...]»<sup>148</sup> [Énfasis agregado]

A su vez, este concepto también se ha incorporado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), adoptada el año 2009, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales; desarrolla el concepto de “discriminación sistémica”, considerado a nivel de doctrina como un sinónimo del de *discriminación estructural*:

#### *Discriminación sistémica*

12. El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.<sup>149</sup>

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CEDR) también se ha referido a este concepto en la Recomendación General N° 34, relativa a la discriminación racial contra afrodescendientes, adoptada en el 2011. Señalando que: “*El racismo y la ‘discriminación estructural’ contra afrodescendientes, enraizados en el infame régimen de la esclavitud, se manifiestan en situaciones de desigualdad que afectan a estas personas [...]*”<sup>150</sup> Razón por la cual

---

<sup>148</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN. *La discriminación y algunos de sus calificativos... Ob. Cit., p. 281.*

<sup>149</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)*. 42° periodo de sesiones, 2009, párr. 12.

<sup>150</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. Recomendación General N° 34. *Discriminación racial contra afrodescendientes*. 79° periodo de sesiones, 2011, párr. 6.

para poner fin a esta situación de discriminación estructural, es necesario que los Estados partes adopten urgentemente medidas especiales (o medidas de acción afirmativa)<sup>151</sup>.

Por su parte el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW), en su Recomendación General N° 30, adoptada el 2013, señaló que “[l]as obligaciones de los Estados partes en virtud de la Convención [CEDAW] les exigen ocuparse de todas las violaciones de los derechos de la mujer, además de la discriminación estructural subyacente por razón de sexo y género que sustentó dichas violaciones”<sup>152</sup>.

Por último, cabe mencionar que, en el año 2016, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Comité CDPD) adoptó la Observación General N° 3, sobre las mujeres y niñas con discapacidad. En esta observación general se reconoció que:

“La discriminación estructural o sistémica, se manifiesta a través de patrones ocultos o encubiertos de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias y normas y/o reglas sociales discriminatorias. La fijación de estereotipos de género y discapacidad nocivos, que pueden dar lugar a ese tipo de discriminación, está inextricablemente vinculada a la falta de políticas, reglamentos y servicios específicos para las mujeres con discapacidad [...]”<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> *Ibídem* párr. 7.

<sup>152</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General N° 30. *Las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos*. 56° periodo de sesiones, 2013, párr. 77.

<sup>153</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación General N° 3. *Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*. 2016, párr. 17.

## 6. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

Resume de forma bastante acertada este concepto Fernando Rey Martínez, al titular su artículo para la Revista Española de Derecho Constitucional: *La Discriminación Múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo*.

No es ninguna novedad que en la dinámica social las experiencias discriminatorias puedan provenir de diferentes flancos. Como señalábamos al iniciar este trabajo, las experiencias que recogemos a lo largo de nuestras vidas se verán profundamente diferenciadas ya sea que seamos varones, mujeres, pertenezcamos a determinado grupo étnico, tengamos alguna discapacidad, seamos o no indígenas, cisgénero, etc. Siendo imposible experimentar el mundo unidimensionalmente como unos u otros, puesto que generalmente sufrimos de los estereotipos negativos asociados a estos de forma *simultánea*.

Explica Consuelo Chacártegui<sup>154</sup>: “Los fenómenos de discriminación múltiple se producen cuando en una misma persona -o, más frecuentemente, grupo de personas- se unen dos o más formas de discriminación, lo que les hace sustancialmente más vulnerables a los efectos de la misma”. De tal forma que esta multi-exposición “amplifica la gravedad de la herida de su dignidad y, [...] transforma [...] el tipo de lesión.”<sup>155</sup>

Es la conceptualización de esta realidad lo que resulta novedoso dentro del ámbito académico y, sobre todo, legal. Porque tanto en el Derecho internacional como en el de los Estados, la prohibición de discriminación se ha abordado invariablemente a partir del análisis de un solo factor de discriminación (raza/género/discapacidad, etc.). Tratándose a estas categorías – en la terminología de Crenshaw<sup>156</sup>- *como rectas paralelas que siempre guardan la misma distancia y nunca se cortan*. Compartimientos estancos; vale decir, mujeres sin raza, personas con discapacidad sin género, pueblos indígenas sin idioma, etc.

Señala el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario (Canadá), del 9 de octubre de 2001, titulado “*Un enfoque interseccional de la discriminación. Tratando múltiples rasgos en las demandas de Derechos Humanos*” que: “apenas hay casos en los tribunales canadienses de

---

<sup>154</sup> CHACARTEGUI, Consuelo. *Mujer, discriminación múltiple y exclusión social*. En: PÉREZ, Oscar (ed). “Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia”. Madrid: Dykinson. 2010, p. 39.

<sup>155</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando. *La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo*. En: Revista Española de Derecho Constitucional Nº 84. 2008, p. 254.

<sup>156</sup> Cfr. CRENSHAW, Kimberlé. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine: Feminist Theory and Antiracist Politics*. En WEISBERG, D. K. (ed) “Feminist Legal Theory: Foundations”. Philadelphia, New York University Press. 1993, p. 139 y ss.

derechos humanos que se refieran expresamente a mujeres de minorías raciales ([quienes] están, por tanto, “desaparecidas”, como si fueran “mujeres sin raza” o “minorías étnicas sin género”) y, sin embargo, el cruce del género con otro factor de discriminación produce una “experiencia única” de discriminación; [...] fenómeno [que] no ha sido captado por la jurisprudencia”.

Esta manera de entender la discriminación, que podríamos denominar *unidimensional*, no es ajena a nuestro país; donde el acceso a la educación, salud, trabajo, seguridad, entre otros, está fuertemente afectado por nuestras especialísimas identidades; y es que como podemos observar, este fenómeno está claramente vinculado al hecho de que las personas tienen una identidad compuesta por múltiples facetas<sup>157</sup>.

Por consiguiente, si “la discriminación [-regular-] supone que una persona [sea] tratada de forma menos favorable de lo que hubiera sido otra en su misma situación; la discriminación múltiple supone que dicha discriminación se debe a diferentes motivos”<sup>158</sup>, simultáneamente. Así, “el origen del concepto de discriminación múltiple se encuentra en una serie de situaciones en las que *la coexistencia de varios motivos de discriminación que operaban conjuntamente [deja] en una situación de invisibilidad supuestos claros de discriminación porque los mecanismos tradicionales para identificar tales supuestos y luchar contra ellos resulta[n] inadecuados*”.<sup>159</sup> [Cursivas nuestras]

La Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea reseña:

“En un contexto histórico, el concepto y definición de la Discriminación Múltiple apareció a finales de 1980. Como término fue introducido en Estados Unidos por la investigadora afroamericana Kimberlé Crenshaw. Quien junto a otros estudiosos singularizó el enfoque de la Teoría Crítica de la Raza, puntualizando en las múltiples formas en las que la raza y el género interactúan al formar las experiencias de las

---

<sup>157</sup> Así lo ha señalado la doctrina extranjera que apunta a la diversidad de factores componentes de la identidad como presupuesto de la discriminación múltiple. Así, FREDMAN, Sandra. *Double trouble: multiple discrimination and EU law*. En: “European Antidiscrimination Law Review”, 2005, núm. 2, p. 13. MOON, Gay, *Multiple discrimination: problems compounded or solutions found*. Disponible en: <http://www.justiceorg.uk/images/pdfs/multiplerediscrimination.pdf> Revisado por última vez el 15/05/2019, p. 3.

<sup>158</sup> DE LAMA AYMA, Alejandra. *Discriminación Múltiple*. En “Nueva configuración de la persona física. Revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación”, Universidad Autónoma de Barcelona. ADC, tomo LXVI, fasc. I. 2013, p. 273.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 272.

mujeres negras. El argumento propuesto fue que los individuos pueden pertenecer a varios grupos desfavorecidos al mismo tiempo y potencialmente sufrir de formas específicas de discriminación. De este modo, Crenshaw y otros académicos empezaron a criticar el acercamiento al fenómeno discriminatorio basado en un solo factor por no ofrecer adecuada protección ni brindar una imagen completa del mismo. Para los estudiosos un análisis de la discriminación basado en un solo factor no refleja la realidad.”<sup>160</sup> [Traducción nuestra]

Respecto de esto último, si bien se "tiende a ver y tratar al individuo como un todo que engloba todas esas identidades y, por ello [se percibe], el fenómeno discriminatorio [...] globalmente considerado; [a]nalizar esa discriminación múltiple bajo el prisma de uno solo de esos motivos, como sucede con la mayor parte de las normas antidiscriminatorias actuales, supone tener una visión parcial del fenómeno discriminatorio”<sup>161</sup>.

### 6.1. DISCUSIÓN DOCTRINARIA

Si bien, a primera vista, el concepto *discriminación múltiple* parece relativamente fácil de entender, como apunta Fernando Rey Martínez<sup>162</sup> los contornos jurídicos de esta figura son aún novedosos, lo que ocurre no sólo en el ámbito de lo jurídico, sino también en los estudios de sociología, género, psicología, ciencia política, entre otros<sup>163</sup>; a los que también se ha expandido el concepto.

Muestra de su rápida incorporación en las diferentes ramas del saber son los diferentes nombres con los que se ha buscado hacer referencia a esta realidad. En efecto, si bien la expresión más

---

<sup>160</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple discrimination practices, policies and laws*. Directorate General For Employment, Social Affairs And Equal Opportunities. 2007, p. 15.

En su idioma original, el texto citado señala: “*In a historical context, the concept and definition of “Multiple Discrimination” was introduced in the late 1980s. As a term, it was largely introduced in the USA by the African American scholar Kimberlé Crenshaw. Together with other scholars, Crenshaw identified the approach of Critical Race Theory and called attention to the many ways in which race and gender interacted to shape experiences of black women. The argument put forward was that individuals can belong to several disadvantaged groups at the same time, and potentially suffer specific forms of discrimination. Thus, Crenshaw and other scholars began criticising the single ground approach for neither providing adequate protection nor a full picture of the phenomenon. To them a single issue analysis of discrimination did not reflect reality.*”

<sup>161</sup> MOON, Gay. *Multiple discrimination: problems compounded or solutions...* Ob. cit., pp. 2-3.

<sup>162</sup> REY MARTÍNEZ. Ob. Cit., p. 253.

<sup>163</sup> PLATERO, Raquel (Lucas). *Introducción. La interseccionalidad como herramienta de estudio de la sexualidad*. En PLATERO, Raquel (Lucas) (ed.). “*Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*”. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, pp. 32-33.

difundida es la de *discriminación múltiple*<sup>164</sup> no son infrecuentes expresiones como “múltiples formas de discriminación”, “discriminación interseccional”, “doble discriminación”, “triple discriminación”, “multidiscriminación”, “discriminación compuesta”, “discriminación superpuesta”, entre otras que aluden a una misma realidad.

Si bien es cierto, el concepto discriminación múltiple parte de la idea de reconocer que las personas pueden pertenecer simultáneamente a varios grupos en desventaja, sufriendo por ello formas agravadas y específicas de discriminación; se ha discutido en doctrina si la forma cómo interactúan dichos factores de discriminación puede ser variada, lo que ha dado lugar a que se empleen distintas denominaciones para hacer referencia a esta realidad; cuestionando si ello nos permite afirmar la existencia de distintas manifestaciones de lo que hasta el momento hemos denominado, de manera general, discriminación múltiple.

Así, por ejemplo, en los círculos académicos se encuentra con frecuencia la expresión *discriminación interseccional*, mientras que en el campo de los derechos humanos predomina la expresión discriminación múltiple. Adicionalmente, las denominadas discriminaciones dobles, triples, compuestas, etc.; han entrado también en uso para diferentes ramas del saber, y si bien pueden considerarse éstas denominaciones afines, doctrinariamente se han establecido algunas diferencias que sugieren la existencia de una tipología que resumiremos sucintamente a continuación.

El profesor finlandés Timo Makkonen en su libro *“Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore”*, ha producido una de las clasificaciones más difundidas respecto del tema<sup>165</sup>, distinguiendo en su estudio entre discriminaciones múltiples, compuestas, interseccionales y superpuestas<sup>166</sup>. Estudio del que nos servimos y citamos en extenso a continuación:

---

<sup>164</sup> CHACARTEGUI. Ob. Cit., p. 39; PLATERO. Ob. Cit., pp. 34-35; REY MARTÍNEZ. Ob. Cit., p. 254; entre otros.

<sup>165</sup> A ella hacen referencia, entre otros, la COMISIÓN EUROPEA en el informe titulado *Abordando la Discriminación Múltiple. Prácticas, políticas y normas* del 2007 (al que ya hemos hecho referencia, ref.130); el profesor español Fernando REY MARTÍNEZ en *La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo*; SCHIEK, Dagmar y Anna LAWSON (ed.), en *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*. Farnham: Ashgate, 2011; entre otros.

<sup>166</sup> MAKKONEN, Timo. *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore*. Institute for Human Rights. Abo Akademi University. 2002, pp. 9-12. Disponible en: <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf> Revisado por última vez el 15/05/2019.

Según Makkonen, la **discriminación múltiple** es aquella situación en la que una persona es discriminada por distintos motivos prohibidos, los cuales operan en *diferentes* momentos. Así, el caso de una mujer con discapacidad, que es discriminada en el acceso a un puesto de trabajo por el hecho de ser mujer; y, que, en otro momento, se ve impedida de ingresar a un edificio debido a que este no es accesible para personas con discapacidad motriz, es un ejemplo de lo que el profesor finlandés denominaría discriminación múltiple.

Siguiendo al mismo autor, se configurará **discriminación compuesta** cuando dos o más motivos prohibidos se suman en una situación particular generando una *carga adicional* para quien la sufre. Es el caso, por ejemplo, de un mercado de trabajo segregado sobre la base de distintos criterios; así, mientras que algunos trabajos son considerados adecuados únicamente para hombres, de éstos sólo algunos pocos estarán reservados para personas inmigrantes. De modo que, en una situación como la descrita las posibilidades de que una mujer inmigrante pueda encontrar un puesto de trabajo acorde a sus méritos se reducen notablemente.

La **discriminación interseccional** para este autor se produce cuando distintos motivos de discriminación interactúan de manera *simultánea*. Es el caso, por ejemplo, de las mujeres con discapacidad que son sometidas a operaciones de esterilización no consentidas y que pone de manifiesto una práctica que afecta a este subgrupo de manera específica por la interacción de dos motivos de discriminación: por el hecho de ser mujeres y por tener una discapacidad.

Finalmente, Makkonen, diferencia la **discriminación superpuesta o solapada** (*overlapping discrimination*) por tratarse de un fenómeno en el que diferentes motivos operan de manera independiente; pero en una *misma* situación. El ejemplo que propone el autor es el de una empresa que tiene una política oculta de no contratar migrantes ni personas con discapacidad. Entonces, si una persona inmigrante con discapacidad postulara a un puesto de trabajo en esta empresa podría ser discriminada por ambos motivos (o eventualmente por sólo uno de ellos).<sup>167</sup>

Esta tipología, si bien es una de las más difundidas, ha sido acogida sólo parcialmente en posteriores investigaciones posiblemente debido a su complejidad.<sup>168</sup> Así, por ejemplo, el informe titulado “*Abordando la Discriminación Múltiple. Prácticas, políticas y normas*”<sup>169</sup>, de la Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, se remite en varias ocasiones al trabajo de Timo Makkonen; sin embargo, sólo hace

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>168</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN. *Ob. Cit.*, p. 114.

<sup>169</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple discrimination practices, policies and laws.... Ob. Cit.*, pp. 15-17.



referencia a las discriminaciones múltiples, compuestas e interseccionales, dejando de lado las discriminaciones superpuestas o solapadas.

Dagmar Schiek y Anna Lawson, en su estudio del 2011 sobre el triángulo discriminatorio por raza, género y discapacidad, a diferencia de la línea seguida por la Comisión Europea, hacen referencia a la forma superpuesta o solapada de discriminación.<sup>170</sup> Además, simplifican los tres tipos de discriminación restantes en dos grupos: el primero, caracterizado porque los factores de discriminación pueden ser distinguidos (discriminación aditiva -llamada múltiple por Makkonen- y discriminación compuesta); y el segundo, caracterizado porque los diferentes motivos de discriminación no pueden “desenredarse” (discriminación interseccional).<sup>171</sup>

Si bien las posturas reseñadas siguen de algún modo la propuesta de Makkonen, la crítica que se ha hecho respecto de la misma es vital para la mejor comprensión del fenómeno y su evolución como concepto.

Para el profesor español Fernando Rey Martínez<sup>172</sup> la expresión *discriminación múltiple* debería emplearse en estricto para describir aquel fenómeno en que los *diferentes factores* de discriminación intervienen al *mismo tiempo* (lo que Makkonen denominó “discriminación interseccional”). Rey Martínez discrepa de manera categórica de la clasificación propuesta por el profesor finlandés al señalar:

«La taxonomía no me resulta convincente. El concepto de discriminación “múltiple” que maneja, por ejemplo, es virtualmente inservible, ya que el dato de *que los diversos factores se presenten a la vez en el caso concreto es fundamental*, a mi juicio, para poder calificar a una discriminación en pureza como una discriminación “múltiple”. Que una persona experimente diversas discriminaciones en el tiempo por diferentes motivos es un hecho lamentable, por supuesto, pero no permite que el ordenamiento ofrezca una respuesta adecuada para el caso concreto que tenga en cuenta la complejidad del trato discriminatorio». <sup>173</sup> [Las cursivas son nuestras]

---

<sup>170</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN. Ob. Cit.

<sup>171</sup> SCHIEK, Dagmar y Anna LAWSON (ed.), en *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*. Farnham: Ashgate. 2011, p.3.

<sup>172</sup> REY MARTÍNEZ. Ob. Cit., pp. 263-267.

<sup>173</sup> *Ibidem*, pp. 265-266.

Fernando Rey señala también que para que el concepto sea novedoso, es preciso que los factores de discriminación se presenten al mismo tiempo.<sup>174</sup> Y es que resulta evidente que si la vulneración es causada por discriminaciones sucesivas en el tiempo -aunque por diferentes motivos prohibidos-, esta situación bien puede ser resuelta por los medios convencionales que el derecho a trazado para neutralizarlas. De tal suerte que, como señala el profesor español, el concepto de discriminación múltiple devendría en inservible de la manera en que es planteada por el profesor finlandés.

Es pues ésta la crítica que más ha tenido eco a nivel de la academia respecto del esfuerzo de Makkonen. Que una persona sea discriminada en un momento dado por ser mujer, en otro momento por ser homosexual y posteriormente por estar en situación de pobreza, no revela un fenómeno nuevo a ser resuelto, por más repudiable que sea la situación.

De tal suerte que, el concepto discriminación múltiple exige para la comprensión de su real esencia, además del reconocimiento de la persona como un sumun de varias identidades constitutivas pasibles de discriminación histórica o social; que, la vulneración experimentada sea consecuencia de la *interacción simultánea* de aquellas.

En este sentido, Alejandra de Lama Aymà señala que: “En efecto, es posible que una persona sea rechazada en un trabajo por ser mujer y también es posible que lo sea por ser inmigrante, en cuyo caso hablaríamos de discriminación simple por razón de género o de origen. Pero, en determinadas ocasiones, la discriminación no se produce por un motivo aislado sino por la concurrencia de varios de ellos [simultáneamente] y es entonces cuando hablamos de discriminación múltiple.”<sup>175</sup>

Así, esta segunda característica es la que hace incomparable el problema que la discriminación múltiple plantea. La simultaneidad en la intervención de diferentes factores de discriminación crea una situación nueva y especial de vulnerabilidad para el sujeto.

Rey Martínez concluye su crítica al señalar que la taxonomía del profesor Makkonen: “induce a la confusión conceptual si no se tiene en cuenta que la única expresión que capta con precisión el fenómeno en examen es la discriminación que [el profesor finlandés] llama «interseccional»”<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Ídem.

<sup>175</sup> DE LAMA AYMA. Ob. Cit.

<sup>176</sup> REY MARTÍNEZ. Ob. Cit., 267.

Producto de estos primeros intentos por academizar el concepto, en los círculos académicos se encuentra con frecuencia la expresión *discriminación interseccional* para referirse a la discriminación múltiple. Y si bien éstas pueden ser consideradas denominaciones afines<sup>177</sup>, después de un largo debate doctrinario se han establecido diferencias.

A continuación, haremos un recorrido histórico del proceso de formación de estos conceptos hermanos.

## 6.2. FORMACIÓN DEL CONCEPTO

Fue en 1851 que la antiesclavista y activista por los derechos de la mujer, Sojourner Truth, pasó a la historia al sorprender a la sociedad de su tiempo con su crítico discurso “¿*acaso no soy una mujer?*”<sup>178</sup>. En el contexto previo a la Guerra de Secesión, durante la Convención de Mujeres de Akron (Ohio), Sojourner, una antigua esclava, se pronunció sobre las afirmaciones que hacían los hombres reunidos en el evento respecto de las demandas de derechos para las mujeres:

*“[...] El caballero de allá dice que las mujeres necesitan ayuda para subir a las carretas y para pasar sobre los huecos en la calle y que deben tener el mejor sitio en todas partes. ¡Pero a mí nadie nunca me ha ayudado a subir a las carretas ni a saltar charcos de lodo ni me ha dado el mejor sitio! ¿Y acaso no soy una mujer? ¡Mírenme! ¡Miren mis brazos! ¡He arado y sembrado, y trabajado en los establos! [...] ¿Y acaso no soy una mujer? ¡Puedo trabajar y comer tanto como un hombre -si es que consigo alimento-, y puedo aguantar el latigazo también! He tenido trece hijos, y los vi vender casi todos como esclavos, y cuando lloraba con el dolor de una madre, ¡nadie sino Jesús me escuchaba! ¿Acaso no soy yo una mujer? [...]”*<sup>179</sup>[Traducción nuestra]

---

<sup>177</sup> A nivel empírico ciertamente.

<sup>178</sup> Cfr. MIDGLEY, Clare. *British Abolition and Feminism in Transatlantic Perspective*. En: *Women's Rights and Transatlantic Antislavery in the Era of Emancipation*. Yale University Press. 2007, p. 134; STETSON, Erlene et al. *Glorying in Tribulation: The Life Work of Sojourner Truth*. MSU Press. 1994, p. 1840; DUCILLE, Ann. *On canons: anxious history and the rise of black feminist literary studies*. En: *The Cambridge Companion to Feminist Literary Theory*. Cambridge University Press. 2006, pp. 37-38; entre otros.

<sup>179</sup> En su idioma original “[...] *That man over there says that women need to be helped into carriages, and lifted over ditches, and to have the best place everywhere. Nobody ever helps me into carriages, or over mud-puddles, or gives me any best place! And ain't I a woman? Look at me! Look at my arm! I have ploughed and planted, and gathered into barns, and no man could head me! And ain't I a woman? I could work as much and eat as much as a man - when I could get it - and bear the lash as well! And ain't I a woman? I have borne thirteen children, and seen most all sold off to slavery, and when I cried out with my mother's grief, none but Jesus heard me! And ain't I a woman? [...]*” Recogido de

Con este emotivo discurso, Truth, al exponer sus vivencias como mujer negra evidenció el paralelismo que existía entre la lucha por los derechos de las mujeres y los de los afroamericanos, y especialmente los de las afroamericanas. El discurso supuso una bofetada de realidad para los hombres blancos, los varones negros y las mujeres blancas de entonces, quienes erigían el *modelo* de estos grupos oprimidos ya sea por su raza o su género, respectivamente. Estas vivencias de discriminación múltiple y su denuncia pública iban en la línea de lo que poco más de un siglo después se denominaría *interseccionalidad*.

### 6.2.1. EL MANIFIESTO DEL “COMBAHEE RIVER COLLECTIVE”

Históricamente, las muchas capas de opresión estaban -y están- presentes también, en movimientos liberales<sup>180</sup>. En los trabajos antirracistas, las particulares experiencias de las mujeres de color no se tomaban en cuenta o eran ignoradas. Por lo que, a finales de 1970, el *Combahee River Collective*<sup>181</sup>, a través del documento *A Black Feminist Statement* (“Un Manifiesto Feminista Negro”) estableció como tarea “el desarrollo del análisis y la práctica integrados basados en el hecho de que los principales sistemas de opresión están entrelazados”<sup>182</sup>, proclamando la singularidad que estas experiencias imprimen en las vidas de las mujeres de color; y volviéndose todo un referente para la construcción del concepto de “interseccionalidad”.

El manifiesto de 1977 repara sobre aquellas dificultades que el colectivo enfrentó al procurar abordar tales opresiones simultáneas:

*“A menudo encontramos difícil separar la raza de la clase y de la opresión sexual porque en nuestras vidas a menudo las experimentamos de forma simultánea. Sabemos que*

---

<https://www.feminist.com/resources/artsspeech/genwom/sojour.htm> Revisado por última vez el 02/02/2019.

<sup>180</sup> Blog Roots of Justice: <http://rootsofjusticetraining.org/resources/intersectionality-background/> Revisado por última vez el 07/02/2019.

<sup>181</sup> El *Combahee River Collective* fue un grupo feminista Negro de Boston cuyo nombre proviene de la acción guerrillera concebida y liderada por Harriet Tubman, única campaña militar de la historia de América que fue planeada y dirigida por una mujer. En PLATERO, Lucas. *Introducción. La interseccionalidad como herramienta de estudio de la sexualidad*. En PLATERO, Lucas (ed.). “Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada”. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012, p. 75.

<sup>182</sup> En el idioma original: “*The most general statement of our politics at the present time would be that we [...] see as our particular task the development of an integrated analysis and practice based upon the fact that the major systems of oppression are interlocking.*” Manifiesto completo en: <http://circuitous.org/scraps/combahee.html> Revisado por última vez el 08/02/2019.

*existe la opresión racial-sexual, que no es ni sólo racial ni sólo sexual*<sup>183</sup>. *“La síntesis de estas opresiones crean las condiciones de nuestras vidas”*<sup>184</sup>.

Con este análisis se pretendió quebrar la forma unilateral en la que se habían concebido las desigualdades tanto para las mujeres como para los afroamericanos. En ese sentido, un elemento que el manifiesto destaca es que la pertenencia de estas mujeres a dos grupos oprimidos, enfatizando que su identidad sexual combinada con su identidad racial “[...] hacían que toda su situación vital y el foco de sus luchas políticas fueran únicos”<sup>185</sup>.

Razón por la cual consideraban que sus demandas no estaban recogidas por el feminismo - centrado fundamentalmente en las mujeres blancas- ni por el movimiento de liberación Negro -centrado en varones afroamericanos-<sup>186</sup>. Así pues, erigieron el denominado “feminismo Negro” como un movimiento político que sí combatía las opresiones múltiples y simultáneas que enfrentan las mujeres afroamericanas. En su manifiesto señalan: “No tenemos una serie de privilegios raciales, sexuales, heterosexuales, o de clase con los que contar, tampoco tenemos ni siquiera el acceso mínimo a los recursos y el poder de aquellos grupos que tienen alguno de estos privilegios”<sup>187</sup>.

Así también, el *Combahee River Collective* cuestiona las estrategias de lucha existentes hasta ese momento por no considerar que los sistemas de opresión están relacionados.

---

<sup>183</sup> COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. *Un manifiesto feminista Negro*. Traducción de Lucas Platero y Javier Sáez. En PLATERO, Lucas (ed.). *“Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada”*. Barcelona: Edicions Bellaterra. 2012, p. 79.

<sup>184</sup> En el idioma original: *“The synthesis of these impressions creates the conditions of our lives”*. En COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. Ob. Cit., p. 75.

<sup>185</sup> En el idioma original: *“Black women activists [...] have had a shared awareness of how their sexual identity combined with their racial identity to make their whole life situation and the focus of their political struggles unique”*. En COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. Ob. Cit., p. 76.

<sup>186</sup> El colectivo procuró evidenciar las tensiones existentes entre estos dos movimientos: “La reacción de los hombres Negros hacia el feminismo ha sido claramente negativa. Se sienten, por supuesto, más amenazados que las mujeres Negras por la posibilidad de que las feministas Negras puedan organizarse alrededor de sus necesidades. Se dan cuenta que pueden no sólo perder valor y unas aliadas muy trabajadoras para la lucha, sino también pueden ser forzados a cambiar sus formas habituales y sexistas de interacción que oprimen a las mujeres Negras” COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. Ob. Cit., p. 83. De otra parte, al interior de los grupos feministas: “Una cuestión de gran importancia para nosotras y que se ha empezado a abordar públicamente es el racismo en el movimiento de mujeres blanco. Como feministas Negras somos conscientes de este hecho constantemente, y con dolor vemos qué pocos esfuerzos hacen las mujeres blancas para entender y combatir su propio racismo, lo cual requiere entre otras cosas que tengan algo más que una comprensión superficial de la historia y cultura sobre la raza, negra y de color” COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. Ob. Cit., p. 86.

<sup>187</sup> COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. Ob. Cit., pp. 81-82.

Ahora bien, aunque el manifiesto, al exponer dicha *simultaneidad de opresiones*<sup>188</sup> no emplea las expresiones *discriminación múltiple* o *interseccionalidad*; es gracias a éste y al colectivo Combahee River que se abrieron las puertas a un análisis que rompió con la homogeneidad y unidireccionalidad<sup>189</sup> imperante en el abordaje de las desigualdades que generan situaciones de discriminación. Un esfuerzo pionero y desafiante en cuanto a políticas identitarias<sup>190</sup>.

### 6.2.2. CRENSHAW Y LA INTERSECCIONALIDAD

El salto a la academia de estas ideas fue obra de la jurista afroamericana Kimberlé Williams Crenshaw<sup>191</sup>, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de California, quien en 1989 publica su trabajo *“Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”*, introduciendo por primera vez al mundo académico un término vital que desencadenaría toda una corriente: *interseccionalidad*.

El título que podría ser traducido al español como *“Desmarginalizando la intersección de raza y sexo: Una crítica feminista Negra a la doctrina antidiscriminatoria, la teoría feminista y las políticas antirracistas”*<sup>192</sup>, se convirtió rápidamente en el punto de partida para esta nueva discusión; y si bien las reflexiones acerca de la pertenencia simultánea de las personas a varios grupos en desventaja ya venían siendo materia de análisis con anterioridad, cuando se habla de discriminación múltiple, se habla de la profesora Crenshaw.

La formulación teórica de Crenshaw reflexiona sobre los efectos combinados de la discriminación que sufren las mujeres negras por su género y su raza conjuntamente, y cómo el Derecho responde a este fenómeno; partiendo de estudios realizados sobre jurisprudencia emblemática de los tribunales americanos como parte de su tradición jurídica dentro del sistema del *common law*.

---

<sup>188</sup> En el manifiesto se señaló: “As Black women we see Black feminism as the logical political movement to combat the manifold and simultaneous oppressions that all women of color face.” Que podría ser traducido como: “Como mujeres Negras, vemos al feminismo Negro como el movimiento político lógico para combatir la simultaneidad de opresiones que todas las mujeres de color enfrentan.”

<sup>189</sup> ROMERO, Carmen. *Enmarañadxs en las sexualidades (reflexiones para tiempos de crisis)*. 2021, p. 14. Citado en: SALOME RESURRECCION. Ob. Cit., p. 38.

<sup>190</sup> PLATERO. Ob. Cit.

<sup>191</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple discrimination practices...* Ob. Cit., p. 15.

<sup>192</sup> Traducción libre.

De este modo, la autora procuró aproximarse a las diferentes formas en las que interactúan raza y sexo, determinantes que configuran para las mujeres afroamericanas una experiencia que no puede ser aprehendida desde una mirada tradicional de la protección antidiscriminatoria basada en el “análisis de un solo eje o factor de discriminación”<sup>193</sup>.

El punto de partida fue su artículo de 1989 publicado en el University of Chicago Legal Forum, en el que la autora analiza, entre otros<sup>194</sup>, la demanda que interpusieron un grupo de mujeres afroamericanas contra la empresa *General Motors*. En ésta se alegaba que, las trabajadoras afroamericanas al haber sido despedidas habían sido víctimas de discriminación por razón de género y raza *conjuntamente*. El Tribunal, en el caso conocido como *DeGraffenreid vs. General Motors*, resolvió que no existía discriminación por género pues otras mujeres *-blancas-* habían sido contratadas y, recomienda interponer una nueva demanda alegando discriminación, pero exclusivamente por razón de raza, a pesar de que otros afroamericanos habían sido contratados *-hombres-*.

En el análisis de Crenshaw el contexto del caso era vital, pues parte fundamental del caso versaba sobre el criterio de contratación por antigüedad de la empresa, el mismo que perpetuaba los efectos de la discriminación históricamente sufrida por las mujeres afroamericanas.<sup>195</sup> La evidencia presentada en el juicio revelaba que la General Motors no contrataba a mujeres negras antes de 1964 (año de la dación del *Civil Rights Act*) y que todas las mujeres contratadas después de 1970 (año de la recesión) perdieron sus trabajos.

Así, utilizando el criterio de antigüedad para los despidos, las primeras en la línea fueron las mujeres afroamericanas quienes al sufrir de los prejuicios relacionados con su sexo (desventajas de la maternidad, menor fuerza) y habiendo accedido recién al trabajo en 1964 por razón de su raza, se veían doblemente perjudicadas.

Sin embargo, el razonamiento del Tribunal del Distrito Este de Missouri negó la discriminación de las mujeres negras despedidas por haber sido contratadas en último lugar por la empresa, argumentando que como la *General Motors* había contratado a mujeres (todas blancas) antes

---

<sup>193</sup> Para Crenshaw, “la intersección del racismo y del sexismo en las vidas de las mujeres Negras afectan sus vidas de maneras que no se pueden entender del todo mirando por separado las dimensiones de raza o género” CRENSHAW, Kimberlé. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. The University of Chicago Legal Forum. 1989, p. 139.

<sup>194</sup> Revisa también los casos *Moore vs. Hughes Helicopter Inc.*, y *Payne vs. Travenol*.

<sup>195</sup> CRENSHAW, Kimberlé. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. The University of Chicago Legal Forum. 1989, p. 141.

de 1964, no podía haber discriminación por sexo; y dado que, asimismo, había contratado *hombres negros* tras 1964, tampoco discriminación racial. Por lo que, al analizar el caso desde la perspectiva de solo un criterio quedaba desvirtuada la discriminación sufrida por las mujeres negras a pesar de que su experiencia difería de la de las mujeres blancas y de la de los hombres negros.

A pesar de ello, en este caso de 1976, la Corte determinó:

“[P]laintiffs have failed' to cite any decisions which have stated that Black women are a special class to be protected from discrimination. The Court's own research has failed to disclose such a decision. The plaintiffs are clearly entitled to a remedy if they have been discriminated against. However, they should not be allowed to combine statutory remedies to create a new 'super-remedy' which would give them relief beyond what the drafters of the relevant statutes intended. Thus, this lawsuit must be examined to see if it states a cause of action for race discrimination, sex discrimination, or alternatively either, but not a combination of both.”<sup>196</sup>

Traducido a nuestro idioma:

Las demandantes no han podido citar ninguna decisión que especifique que las mujeres negras son un grupo especial a ser protegido contra la discriminación. La propia Corte no ha podido encontrar una sentencia en esos términos. Evidentemente, las demandantes son titulares de un remedio si hubiesen sido discriminadas. Empero, no deberían tener la posibilidad de combinar remedios estatales para crear un 'súper remedio' para tales fines pues constituiría abuso de derecho. Por lo que, se deberá examinar si esta demanda trae consigo la causa de la discriminación racial o de la discriminación sexual, pero no de una combinación de ambas. [Traducción nuestra]

En este caso, así como en los otros analizados en el artículo, las decisiones judiciales terminan por invisibilizar las dificultades que la combinación de motivos prohibidos representan para quienes las ostentan; en gran medida porque “el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 no prevé la posibilidad de combinar raza y género para fundar la protección antidiscriminatoria”<sup>197</sup>. Llegando a ser, tal pretensión, calificada de ilegal; un “súper remedio” que constituye abuso de derecho. Finalmente para Crenshaw, este tratamiento judicial miope y

---

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 140.



marginalizador no es otra cosa sino una “manifestación doctrinaria del mismo enfoque político y teórico que opera para marginalizar a las mujeres Negras”<sup>198</sup>.

De este modo, la jurista afroamericana pone en relieve que la normativa antidiscriminatoria tiende a definir la discriminación en términos de raza o sexo, *alternativamente*. Que el paradigma de la discriminación por *sexo* suele partir de la experiencia de las mujeres blancas, mientras que el modelo de discriminación por *raza* suele basarse en la experiencia de los hombres negros, de tal suerte que la *mujer negra* solo será protegida frente a la discriminación cuando su experiencia coincida con la de las mujeres blancas o la de los hombres negros -categorías privilegiadas- pero que, cuando no sea así, la mujer negra quedará desprotegida por cuanto la normativa no contempla que pueda existir una discriminación nueva provocada por la interacción de la raza y el sexo de la que surge una experiencia discriminatoria nueva y diferente.<sup>199</sup>

Es pues este el objetivo de la crítica de Kimberlé Crenshaw: cuestionar “la tendencia a tratar la raza y el género como categorías de experiencia y análisis mutuamente excluyentes”<sup>200</sup>.

«El punto de mira de Crenshaw es fundamentalmente el derecho antidiscriminatorio dominante o, más concretamente (obsérvese al respecto, el subtítulo de su trabajo), la “doctrina antidiscriminatoria”, que estaría construida sobre ejes aislados de discriminación (raza y género), aunque se fije también en las teorías feministas y antirracistas por haber alimentado esta división. Con su crítica pretende demostrar dos cosas: 1) que la mera yuxtaposición de los ejes de análisis hace que las mujeres que negras desaparezcan a nivel teórico; y 2) que las limitaciones que arrastra ese planteamiento separador socavan los esfuerzos para ampliar los análisis feministas y antirracistas.»<sup>201</sup>

Respecto de lo primero, la jurista apunta cómo en los casos emblemáticos de discriminación racial la discriminación se visualiza en *varones* negros -privilegiados por su sexo o, eventualmente, clase-, mientras que, en los casos de discriminación sexual, se focaliza en mujeres *blancas* -privilegiadas por su raza y, eventualmente, clase-. Respecto de lo segundo,

---

<sup>198</sup> Cfr. Id., p. 150. En el idioma original: “*DeGraffenreid, Moore and Travenol are doctrinal manifestations of a common political and theoretical approach to discrimination which operates to marginalize Black women.*”

<sup>199</sup> Cfr. Id., p. 150 y ss.

<sup>200</sup> Id., p. 139.

<sup>201</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles, *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites, especial referencia a la perspectiva ius feminista*. Lima: Grijley. 2014, p. 141.

Crenshaw advierte cómo en ocasiones las mujeres negras son excluidas de la teoría feminista y de la política antirracista debido a que ambos discursos se construyen sobre una serie de experiencias que no reflejan la interacción de la raza y el género. En relación a esta última observación añade:

“Estos problemas de exclusión no pueden resolverse por la simple inclusión de las mujeres negras en alguna de las estructuras analíticas ya establecidas. Debido a que la experiencia interseccional es mayor (*greater*) que la suma del racismo y del sexismo, el análisis que no tome en consideración la interseccionalidad no puede afrontar suficientemente la particular manera en la que están subordinadas las mujeres negras”.<sup>202</sup>

En un texto posterior, publicado originalmente en 1991, Crenshaw retoma esta discusión para estudiar la respuesta que se venía dando a la violencia de género contra las mujeres afroamericanas<sup>203</sup>.

La autora ilustra la situación al relatar una ocasión en la que solicitó la data estadística del Departamento de Policía de Los Ángeles (LAPD) respecto de las intervenciones en casos de violencia doméstica, con la esperanza obtener un boceto de los arrestos por grupos raciales. Empero, tal información le fue negada:

“El representante del LAPD me explicó que una de las razones para no darme esta información era que los activistas en violencia doméstica, tanto de dentro como de fuera del departamento temían que las estadísticas reflejaran [el] volumen de la violencia doméstica en las comunidades minoritarias, y estaban preocupados por las interpretaciones que podría haber si estos datos se publicaran de forma sesgada; esto dificultaría a largo plazo el poder tratar la violencia doméstica como un problema lo suficientemente serio. [...] El informante también alegaba que los representantes de varias comunidades minoritarias se oponían a que estos datos se hicieran públicos. Aparentemente, les preocupaba que estos datos representasen injustamente a las comunidades afroamericanas y latinas, apareciendo como personas extremadamente

---

<sup>202</sup> CRENSHAW. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex...* Ob. Cit., p. 140.

<sup>203</sup> CRENSHAW, Kimberlé. *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*. En español: *Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color*. Traducción de Lucas Platero y Javier Sáez. En PLATERO, Lucas (ed.) “Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada”. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012.

violentas, y reforzando potencialmente los estereotipos que se podrían usar en su contra y reforzar las prácticas policiales discriminatorias.”<sup>204</sup>

Esto llamó profundamente la atención de la jurista, pues si bien la posibilidad del uso inadecuado de la data resultaba fundado -puesto que podían perpetuar creencias negativas respecto de los afroamericanos- se invisibilizaba a su vez los intereses de las mujeres afroamericanas víctimas de violencia doméstica.

«Crenshaw resume su postura diciendo que las mujeres negras pueden experimentar la discriminación en modos que pueden resultar tanto similares como diferentes a los experimentados por mujeres blancas y hombres negros. A menudo, señala, experimentan una doble discriminación (*double discrimination*), entendiendo por tal “los efectos combinados de prácticas que discriminan con base en la raza y con base en el sexo”, y a veces experimentan discriminación como mujeres negras, esto es, “no como la suma de la discriminación por raza y sexo, sino como mujeres negras”.<sup>205</sup> Por tanto, los casos tomados en consideración y, sobre todo, la resolución judicial de los mismos le hacen cuestionar “los modos dominantes de reflexionar sobre la discriminación” que, en su realidad jurídico-política conllevarán un proceso injusto de identificación de una clase o categoría específica, bien a través de la intencionalidad discriminatoria que la identifique, bien mediante la demostración de las desventajas de todos los miembros de esa categoría; un proceso que es el que terminará por definir la discriminación sexual y racial en términos de las experiencias de las mujeres blancas y de los hombres negros.»<sup>206</sup> [Cursivas en el original]

A partir del anécdota “la autora procura evidenciar cómo, en ocasiones, con el propósito de mantener la integridad de una comunidad, se realizan esfuerzos por impedir la politización de demandas legítimas que surgen en su interior, siendo esta una tensión que no experimentan quienes no se hallan en la intersección, en este caso, ni las mujeres blancas ni los hombres afroamericanos.”<sup>207</sup>

“En definitiva, lo que se encarga de enfatizar Kimberlé Crenshaw es el hecho de que la opresión afecta a las mujeres no quiere decir que todas las mujeres *experimenten* la misma opresión, y

---

<sup>204</sup> CRENSHAW. *Mapping the Margins: Intersectionality ...* Ob. Cit., pp. 99-100.

<sup>205</sup> CRENSHAW. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex...* Ob. Cit., p. 149. Citado en: BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas*. Revista Vasca de Administración Pública Nº 87-88. 2010, p. 231.

<sup>206</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *La interseccionalidad como desafío...* Ob. Cit., p. 231.

<sup>207</sup> SALOME RESURECCION. Ob. Cit., p. 41.

que esto debe ser tenido en cuenta en la construcción de las categorías analíticas, como el sexo y la raza.”<sup>208</sup> [Cursivas en el original] “Las mujeres de color experimentan el racismo de maneras que no son siempre las mismas que las que experimentan los hombres de color, y el sexismo se manifiesta de formas que no siempre son paralelas a las experimentadas por las mujeres blancas; de esta manera, las concepciones dominantes sobre el antirracismo y el feminismo son limitadas, incluso en sus propios términos”.<sup>209</sup>

Agrega a esta crítica que:

“Unable to grasp the importance of Black women's intersectional experiences, not only courts, but feminist and civil rights thinkers as well have treated Black women in ways that deny both the unique compoundedness of their situation and the centrality of their experiences to the larger classes of women and Blacks. Black women are regarded either as too much like women or Blacks and the compounded nature of their experience is absorbed into the collective experiences of either group or as too different, in which case Black women's Blackness or femaleness sometimes has placed their needs and perspectives at the margin of the feminist and Black liberationist agendas.”<sup>210</sup>

En español:

“Incapaces de comprender la importancia/vigencia de las experiencias interseccionales de las mujeres Negras, no sólo las Cortes, sino también las feministas y los pensadores del movimiento por los Derechos Civiles han tratado a las mujeres Negras de maneras que niegan ambas de sus excepcionales circunstancias, centralizado sus experiencias a las de las clases mayoritarias de mujeres y Negros. Las mujeres Negras son vistas muy parecidas en tanto que mujeres o Negros y la naturaleza interseccional de sus experiencias es absorbida en cualquiera de esos grupos o es vista como muy diferente, en cuyo caso la negrura o feminidad de las mujeres Negras ha colocado a veces sus necesidades y perspectivas a los márgenes de las agendas del feminismo y del movimiento liberacionista Negro.” [Traducción nuestra]

---

<sup>208</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p. 143.

<sup>209</sup> CRENSHAW. *Mapping the Margins: Intersectionality ...* Ob. Cit., p. 98.

<sup>210</sup> CRENSHAW. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex...* Ob. Cit., p. 150.

### 6.3. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE E INTERSECCIONALIDAD

Discriminación múltiple e interseccionalidad como términos aparecen cercanos, pero no idénticos. Y aunque su formulación conceptual y académica sea mucho más reciente que la existencia del fenómeno mismo, conviene en este punto diferenciarlos. Si bien es cierto Crenshaw marca un hito importante para el estudio del fenómeno<sup>211</sup>, la profesora de la facultad de leyes de la Universidad de California no denominó el fenómeno descrito como “discriminación múltiple” sino que utilizó un término que terminaría por ilustrar las circunstancias del mismo, pero que por su falta de traducción oficial al español ha generado muchas confusiones<sup>212</sup>: *Interseccionalidad*.

Recordemos que el término acuñado por la profesora Crenshaw nació en el seno académico, específicamente en ámbito del Derecho anglosajón, para ilustrar el impacto que genera la concurrencia de diferentes causas de discriminación en el acceso a la justicia, refiriéndose particularmente al caso de las mujeres afroamericanas; para tal fin la autora utiliza la siguiente analogía:

“La discriminación, como el tráfico en una intersección de calles, puede fluir en una y otra dirección. Si un accidente se produce en la intersección, éste puede ser causado por automóviles que provienen de cualquiera de las direcciones y, a veces, de todas ellas al mismo tiempo. De manera similar, si una mujer afroamericana es afectada porque está en la intersección, sus heridas pueden ser el resultado de una discriminación por razón de sexo o de una discriminación por razón de raza.”<sup>213</sup> [Traducción nuestra]

---

<sup>211</sup> En EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple discrimination practices...* Ob. Cit., p. 15.

<sup>212</sup> Fernando Rey Martínez señala: «La palabra “interseccional” es traducción literal de la que se maneja en la órbita anglosajona “*intersectional*” y ni siquiera figura en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. La palabra “intersección” sí consta en él, con un sentido geométrico (“*encuentro de dos líneas -punto-, dos superficies -línea- o dos sólidos -superficie- que recíprocamente se cortan*”) y otro matemático (“*conjunto de los elementos que son comunes a dos conjuntos*”). Aunque la acepción geométrica es acertada, me parece más precisa para nuestro asunto la matemática: no se trata sólo, un tanto asépticamente, de que se crucen dos factores (el género y la etnia, por ejemplo) en una situación concreta de discriminación simultánea, sino de valorar el hecho realmente crucial que de esa combinación de conjuntos o factores se genera un conjunto nuevo, distinto de los anteriores.» En: REY MARTINEZ. *La discriminación múltiple, una realidad antigua...* Ob. Cit., p. 266.

<sup>213</sup> En su idioma original: “*Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars traveling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in the intersection, her injury could result from sex discrimination or race discrimination*”. En CRENSHAW. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex...* Ob. Cit., p. 149.

Rescatando de ella que las mujeres negras pueden experimentar discriminación en muy diferentes maneras, -inclusive de forma simultánea-; maneras que no podrán ser observables a través del *single ground analysis*, método tradicional que asume que tanto las demandas como la exclusión *deben ser* unidireccionales, y que la norma plantea para resolver casos de discriminación.

Así, de su traducción literal al español nace el término interseccionalidad y, puesto que a partir de la primera referencia académica de Crenshaw respecto del fenómeno, más y más estudiosos han volcado sus esfuerzos en analizar el mismo; todas sus variantes. Siendo que el uso del término *discriminación interseccional* parece expandirse con mayor rapidez que otros, en este punto es importante señalar que, interseccionalidad y discriminación múltiple no son pues sino conceptos relacionales de una misma idea, aunque diferentes, claro, entre sí.

Quizá el mayor aporte de la interseccionalidad es que nos ha abierto los ojos ante una realidad común y no poco reciente sobre un tipo de discriminación solapada: el fenómeno de la discriminación múltiple, el que cae entre las grietas de la protección basada en el análisis de un solo factor de discriminación (*single ground analysis*) perpetuando la paradigmática situación de aquellas minorías dentro de minorías; de tal suerte que la interseccionalidad viene a ser una forma de aproximarse al fenómeno, de abordarlo, un enfoque que toma en consideración la subordinación de ciertos grupos respecto de otros, inclusive cuando las categorías dirigidas para su protección enmarcan en sí mismas grupos *más privilegiados* dentro de los subordinados; visibilizando categorías subordinadas en la subordinación.

Finalmente, cuando hablamos de interseccionalidad estamos hablando del enfoque que permite la visibilización de un fenómeno tan antiguo como dejado de lado, como es el de la discriminación múltiple. Por lo tanto, diferenciando ambos conceptos, tenemos; uno como el *fenómeno* a ser estudiado: la discriminación múltiple, y el otro como el *enfoque* que desenmascara y visibiliza la existencia de aquel: la interseccionalidad o enfoque interseccional.

En este contexto pues surge el concepto de discriminación múltiple como un supuesto de discriminación en el que operan varios motivos de discriminación conjuntamente. Y pese a que el fenómeno está detectado en la realidad social, su regulación legal es todavía muy tímida y consiste más en referencias al término que a la definición de su concepto o su régimen jurídico.

#### 6.4. HACIA UNA REGULACIÓN LEGAL DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

La discriminación múltiple describe una situación en que la coexistencia de varios motivos de discriminación produce una forma única y nueva de discriminación donde dichos motivos no pueden ser analizados de forma separada, por encontrarse íntimamente unidos. Aquí el fenómeno discriminatorio se identifica con la concurrencia de varios factores de discriminación que interactúan de tal forma que surge de ellos una situación discriminatoria diferente.

Para la profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona, Alejandra de Lama Aymà<sup>214</sup>, es cierto que, para que el ordenamiento jurídico pueda tener en cuenta el fenómeno de la discriminación múltiple, debe producirse algún tipo de discriminación diferente de la discriminación simple pues la mera sucesión en el tiempo de discriminaciones por un solo motivo no aporta una problemática social distinta de la que ya se intenta abordar desde el derecho antidiscriminatorio tradicional.

En efecto, que una persona sufra en un determinado momento una discriminación por un motivo y posteriormente otra por otro factor diferente sin que exista entre esas dos situaciones ningún nexo de unión, no debe considerarse una discriminación múltiple sino una sucesión de discriminaciones simples, execrables como toda discriminación, pero que debe ser abordada a través de los medios tradicionales antidiscriminatorios<sup>215</sup>.

En el tratamiento tradicional en materia antidiscriminación, este es el meollo del asunto, pues la discriminación múltiple no encaja dentro del modelo de tratamiento antidiscriminatorio clásico, vale decir en la forma unidireccional en la que ha sido planteado para resolverlos. El *single ground analysis* o la protección basada en el análisis de un solo factor de discriminación no contempla pues la característica más básica del fenómeno de la discriminación múltiple esto es su naturaleza compuesta, la combinación y muchas veces la superposición de varios de los motivos prohibidos de discriminación actuando simultáneamente.

La Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, en su reporte "*Tackling Multiple Discrimination: Practices, policies and laws*", reconoce que: "La literatura sobre discriminación múltiple subraya la necesidad de reconocer que los individuos tienen identidades múltiples. Por ello, la experiencia discriminatoria deberá ser abordada a través del enfoque interseccional en lugar del de la protección basada en el

---

<sup>214</sup> DE LAMA AYMA. Ob. Cit., pp. 277-283.

<sup>215</sup> REY MARTINEZ. *La discriminación múltiple, una realidad...* Ob. Cit., pp. 265-266.

análisis de un solo factor de discriminación”<sup>216</sup>. Agrega además: “Si la realidad de discriminación e inequidad pretende ser atacada, se deben encontrar soluciones viables para combatir la existencia de la Discriminación Múltiple.”<sup>217</sup>

Esta entidad fue una de las primeras instituciones que pretendieron identificar el fenómeno y los efectos de la discriminación múltiple<sup>218</sup>, analizar cómo los diferentes actores involucrados en la lucha contra la discriminación lo abordaban, y resaltar de este modo las buenas prácticas y preparar recomendaciones para lidiar de mejor manera con éste, además de analizar la perspectiva legal con la que inicialmente se ha abordado el enfoque metodológico interseccional en las jurisdicciones de Estados Unidos, Canadá, Australia y la Unión Europea.

Ahora bien, pese a que actualmente tanto la legislación como la doctrina empiezan a ser conscientes de la problemática específica que entraña la discriminación múltiple (asunto en el que ahondaremos en un apartado posterior), lo cierto es que tradicionalmente este tipo de discriminación ha pasado desapercibido. En efecto, la gran dificultad a la que se ha enfrentado el fenómeno ha sido su invisibilidad.

La doctrina señala que en buena medida esto se ha producido porque quienes sufren de este tipo específico de discriminación son también un grupo muy específico, por ejemplo una minoría dentro de una minoría; produciéndose una paradoja en la que los poderes públicos, para defender y proteger una minoría (étnica, religiosa, etc.), permite ciertas prácticas en su seno sin percatarse de que tales constituyen discriminación hacia un sector de esa minoría<sup>219</sup>.

Así sucede por ejemplo, con la mujer musulmana en la India donde los poderes públicos protegen las leyes y costumbres de la minoría musulmana sin tener en cuenta que estas son claramente discriminatorias para la mujer musulmana que es discriminada por ser *mujer musulmana*, es decir, por su género y su religión<sup>220</sup>. Igual sucede, por ejemplo, con la mujer

---

<sup>216</sup> En su idioma original: “*The literature on Multiple Discrimination outlines the need to acknowledge that individuals have multiple identities. The experience of discrimination therefore should be addressed by an intersectional approach rather than a single ground approach.*” En: EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple ... Ob. Cit.*, p. 19.

<sup>217</sup> En su idioma original: “*If the reality of discrimination and inequality is to be tackled, workable solutions to combat the existence of Multiple Discrimination have to be found.*” En: EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple... Ob. Cit.*, p.5.

<sup>218</sup> Su publicación data del 2007.

<sup>219</sup> Cfr. REY MARTINEZ. *La discriminación múltiple...* Ob. Cit., p. 268; BELL, Mark Bell. *Racism and Equality in the European Union*. En: NAVAS, Susana (Dir.) “Iguales y diferente ante el Derecho privado”. Valencia: Tirant lo Blanc. 2012, pp. 187 y ss.

<sup>220</sup> NARAIN, Vrinda. *Women’s rights and the accomodation of “difference”: muslim women in India*. En “Southern California Review of Law and Women’s Studies”, 1998, pp. 1 y ss. Citado por DE LAMA AYMA, Alejandra. *Discriminación Múltiple*. Ob. Cit., p. 280.



gitana cuya experiencia discriminatoria diferenciada puede quedar oculta por las necesidades generales del colectivo gitano<sup>221</sup> y que, por ejemplo, suele contraer matrimonio por el rito gitano y tener hijos a edades muy tempranas lo cual conlleva una carga añadida a la hora de acceder a la educación. Lo que, en definitiva, pone de manifiesto el dilema sobre si el Estado debe intervenir o mantenerse neutral para que el respeto a las minorías quede garantizado.

Dejando un momento de lado estas cuestiones, en el plano estrictamente jurídico, uno de los problemas a la hora de enfrentarse a la figura de la discriminación múltiple es la dificultad de encontrar una *situación comparable*.

Un elemento relevante para el análisis de toda situación de discriminación es la identificación de un *tertium comparationis* o término de comparación válido. Como se ha señalado, la discriminación es un concepto relacional pues el punto de partida para hablar de ella es la existencia de un trato diferenciado -arbitrario- entre dos o más personas o grupos de personas, basado en un motivo prohibido. “La utilidad de la situación comparable es doble pues por una parte, permite probar la existencia de discriminación y por otra, determinar los motivos por los que se ha producido”<sup>222</sup>.

En efecto, cuando la discriminación se produce por la pertenencia de una persona a un grupo necesariamente hemos de recurrir a una situación comparable y esa comparación se produce entre la persona que pertenece a ese grupo determinado y alguien perteneciente al opuesto. Así una mujer habrá sido discriminada por razón de género si en la misma situación un hombre ha sido o hubiera sido tratado de forma más favorable. La comparación se hace, pues, entre la persona del género presuntamente discriminado y el contrario.

“El concepto «discriminación múltiple» hace más compleja esta tarea, en la medida que la comparación no se dará únicamente sobre la base de pares opuestos; por ejemplo: mujer/hombre, persona indígena/persona no indígena, persona en libertad/ persona privada de libertad, persona sin discapacidad/persona con discapacidad, y así sucesivamente.”<sup>223</sup>

En efecto, si escogemos un único motivo de discriminación para establecer la comparación, el fenómeno discriminatorio puede permanecer oculto [...] o no apreciarse en toda su magnitud [...]”<sup>224</sup>. Así, en el supuesto de la mujer musulmana que no es aceptada en un proceso de selección

---

<sup>221</sup> Señala REY MARTINEZ. En: *La discriminación múltiple, una realidad...* Ob. Cit., p. 268.

<sup>222</sup> MOON. *Ob. Cit.*, p. 8. Citado por DE LAMA AYMA. *Discriminación Múltiple*. Ob. Cit., p. 281.

<sup>223</sup> SALOME RESURRECCION. *Ob. Cit.*, p. 141.

<sup>224</sup> Cfr. DE LAMA AYMA. *Discriminación Múltiple*. Ob. Cit., p. 281.

por ser mujer y por ser musulmana conjuntamente, la discriminación que ha sufrido deviene invisible pues si analizamos el caso en base al género, el empleador podría alegar que otras mujeres han sido contratadas sin importar que no fueran musulmanas. Y si se abordara desde la perspectiva de la religión, el empleador podría alegar que otros musulmanes han sido contratados sin importar que fueran hombres (situación similar a la del caso *DeGraffenreid vs. General Motors*).

Para comprender el fenómeno discriminatorio en toda su magnitud sería preciso hacer una comparación con doble criterio (género y religión), y comparar el trato recibido por la mujer musulmana con el que hubiera recibido un hombre sin esa religión. Lo mismo sucedería en el caso de que se le impidiera llevar un *hiyab* en la cabeza al trabajo, si bien aquí quizás la situación ni siquiera es posible de comparar respecto de un hombre no musulmán.

Concluye la profesora Alejandra de Lama señalando que, la elección de una situación comparable que tenga en cuenta dos o más motivos de discriminación es indispensable para analizar en toda su magnitud el fenómeno y que aquella debe elegirse con flexibilidad<sup>225</sup>.

Mapea también, otro posible problema en el tratamiento jurídico del fenómeno: una lista cerrada de motivos de discriminación. No pudiendo alegar la vulneración en los tribunales por cuanto uno de los motivos de discriminación no está expresamente contemplado por la legislación o por la no posibilidad de alegar dos categorías simultáneamente<sup>226</sup>.

Si bien es cierto, en la legislación peruana esto no sería un problema<sup>227</sup> pues aunque el artículo 2°.2 de la Constitución hace una enumeración de motivos concreta, se añade una cláusula abierta para dar cabida a otros criterios de discriminación no recogidos expresamente (sobre esto regresaremos más adelante); en el Perú no existe en ningún nivel mención alguna sobre la discriminación múltiple ante los tribunales o cualquier otra instancia (legal, gubernamental o jurisprudencial). Por lo que la propuesta de abordar la problemática de la discriminación evidenciando este su fenómeno solapado merece ser estudiada.

---

<sup>225</sup> *Ibidem*.

<sup>226</sup> Como sucedió en el caso *DeGraffenreid vs. General Motors*.

<sup>227</sup> Revisar la sección 2.2.2. del segundo capítulo: “La protección ampliada de la cláusula abierta del 2.2”

## CAPITULO II

### PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: NUEVAS CONSIDERACIONES

#### 1. LA PROTECCIÓN INTERAMERICANA DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

No cabe duda de la importancia que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene en el Derecho internacional de los derechos humanos. Aseveración que incluye al Sistema Interamericano de DDHH, así pues, el principal tratado de derechos humanos en dicho ámbito, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, prevé en sus artículos 1°.1 y 24° el derecho a la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

Art. 1.- 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. [...]

Art. 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Permeando, ambas normas, en la interpretación y aplicación del texto de la Convención y en el de los ordenamientos jurídicos de cada Estado que lo haya ratificado. Consecuencia de ello es que, en la medida de que dicha obligación sea exigible para el Estado, éste deberá no sólo tomar acciones para garantizar el acceso a los derechos contenidos en la Convención en condiciones de igualdad, sino tomar todas las medidas para *garantizar que dentro de cada Estado se garanticen condiciones de igualdad en el acceso a todos los derechos* y en el cumplimiento de los deberes contenidos en cada ordenamiento jurídico nacional<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> Cfr. PÉREZ, Edward Jesús. *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos*. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2016, p. 17.

Tal es su importancia en el sistema que la remisión al derecho a la igualdad y no discriminación es habitual dentro de normas correspondientes a otros derechos. En efecto, del artículo 8°.2 de la Convención se desprende el derecho de toda persona, *“en plena igualdad”* a garantías judiciales mínimas durante un proceso judicial. El artículo 17°, referente a la protección de la familia, prevé la obligación del Estado de disponer *“la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio”*, y la de *“reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”*. Finalmente, el artículo 23° dispone el derecho al sufragio *“universal e igual y por voto secreto”*, y además prevé el derecho de *“tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país”*.

Esta especial valía se irradia a lo largo de todo el andamiaje jurídico del Sistema Interamericano, observable en 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); en el que expresamente se establece: *“Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

El Protocolo de San Salvador, además de considerar esta disposición general, enuncia también la prohibición de discriminar y el derecho a la igualdad de forma específica en su artículo 7°, referido a garantías laborales, donde dispone la obligación de los Estados parte de dicho tratado de garantizar *“un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”*.

Así también, el derecho interamericano de los derechos humanos, a su vez, se ve complementado por otros tratados que, de forma específica, tienen como objeto la eliminación de la discriminación y la garantía de igualdad para determinados grupos. Entre estos tenemos: la *“Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”*, la *“Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia”*, la *“Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”*, la *“Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”*, y la *“Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”*.

De tal modo, como señala la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México: *“de la voluntad de los Estados partes de la Organización de Estados Americanos, integrantes del*

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se desprende al menos el especial valor que, en este hemisferio, se le ha brindado a la protección contra la discriminación y al fortalecimiento de las garantías de igualdad entre todos los seres humanos”<sup>229</sup>.

Empero, no bastará la lectura de las normas jurídicas existentes para determinar de forma clara las obligaciones que se desprendan de aquellas, puesto que el derecho positivo tan sólo servirá de punto de partida para orientar el contenido que se le debe dar a este derecho. “Los enunciados legales previstos en el derecho interamericano servirán [...] como una cáscara, que mediante la interpretación de la norma realizada por la jurisprudencia y la doctrina, permitirán determinar el contenido que tiene el derecho a la igualdad y no discriminación en el derecho interamericano.”<sup>230</sup>

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Espinoza González vs. Perú*, se ha pronunciado sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación en los siguientes términos:

“[...] la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona [...] En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.”<sup>231</sup>

Esta afirmación de la Corte, por la cual este principio tiene rango de *jus cogens* en el derecho internacional, significa la pertenencia de aquel a las normas de Derecho imperativo o perentorio, caracterizadas por ser de obligatorio cumplimiento y no admitir acuerdo en contrario por parte de los Estados (cualquier acto en ese sentido será nulo); finalmente, como norma de derecho imperativo generará, a su vez, obligaciones *erga omnes*. La Corte continúa:

“[...] El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado [...] Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. [...] Hoy día no se admite

---

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 18 y ss.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>231</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Espinoza González vs. Perú*. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C Núm. 289; párr. 216.

ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental [...]. Este principio [...] forma parte del derecho internacional general.”<sup>232</sup>

Dicha formulación, ratificada de forma uniforme a través de la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>233</sup>, es una constante en el derecho internacional, y en particular, en el derecho interamericano, por la cual **los Estados se encuentran obligados a respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación para todas las personas independientemente de la existencia y ratificación de un tratado que lo prevea.**

Ahora bien, ¿cuál es el contenido de las acepciones “igualdad” y “no discriminación” en el marco del derecho interamericano y, en particular, con base en las disposiciones contenidas en la Convención Americana? Al respecto, como ya había sido señalado, la CADH prevé en sus artículos 1°.1 y 24° -entre otros- el derecho a la igualdad y no discriminación, empero no proporciona una definición.

De modo que, darles contenido a dichos derechos dentro del marco fijado por las normas jurídicas convencionales representa una dificultad. De una lectura concordada de las demás normas que conforman el derecho interamericano, se puede observar que es el artículo 1° de la “*Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*” el que proporciona una definición de *discriminación* en los siguientes términos:

Art. 1.- Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado,

---

<sup>232</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003; párrs. 100-101.

<sup>233</sup> Cfr. Entre otras: CORTE IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 216; CORTE IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C Núm. 279, párr. 197, y CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párr. 79.

apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Así también, la “*Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*” define a la discriminación en su artículo 2° como:

Art. 2.- Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

Por su parte, la Corte Interamericana ha definido la discriminación como toda diferencia de trato que carezca de justificación objetiva y razonable<sup>234</sup>, “*es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido*”<sup>235</sup>. Dicha definición debe ser leída en conjunto con la proporcionada por el Comité de Derechos Humanos, mediante su Observación General Número 18, puesto que “dicha definición abarca la totalidad de los elementos proporcionados por las demás definiciones de discriminación que podrían ser aplicables con base en el ordenamiento jurídico interamericano”<sup>236</sup>. En la citada Observación se dispuso que discriminación es:

“[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”<sup>237</sup>

A su vez, para el profesor Edward Jesús Pérez<sup>238</sup> la falta de definición en los tratados internacionales del término *igualdad* es un poco más compleja, señalando que ni el derecho positivo interamericano, ni la jurisprudencia de la Corte Interamericana permiten dilucidar con claridad una definición del término igualdad.

---

<sup>234</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*. 2002. Serie A No. 17, párr. 46.

<sup>235</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Espinoza González vs. Perú*, Ob. Cit., párr. 219, y CORTE IDH. *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, Ob. Cit., párr. 200.

<sup>236</sup> PÉREZ. *La igualdad y no discriminación...* Ob. Cit., pp. 31, 33-34.

<sup>237</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General Núm. 18, No Discriminación, 10 de noviembre de 1989, párrs. 7 y 8.

<sup>238</sup> PÉREZ. *La igualdad y no discriminación...* Ob. Cit., p. 34.

La falta de una “posición” en cuanto a la definición de igualdad en el derecho interamericano, para el autor, ha llevado a una interpretación holística sobre dicho principio. En efecto, la doctrina ha señalado que la Convención Americana admite una doble interpretación del derecho a la igualdad: un concepto de igualdad formal que “se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características”<sup>239</sup>, y un segundo concepto de igualdad de oportunidades, relacionado “a la preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo”<sup>240</sup>.

La jurisprudencia de la Corte avala dicho planteamiento. En los casos en los cuales se valora la “igualdad entre iguales”, la Corte ha mantenido el criterio de igualdad formal, por el cual, ante situaciones iguales, proceden consecuencias iguales (por ej., en el Caso *Atala Riffo vs. Chile*<sup>241</sup>).

Por otra parte, en los casos en los cuales la Corte ha tenido que hacer referencia a la “igualdad entre distintos”, ha adoptado una interpretación más cercana a la acepción de igualdad como igualdad de oportunidades, exigiendo que el Estado deba brindar condiciones para que los grupos que estructuralmente habrían sido excluidos puedan gozar de los derechos referidos en condiciones de igualdad<sup>242</sup>.

Respecto de ello, en el *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, la Corte observó que “[d]e las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, 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”<sup>243</sup>.

La Corte, en su análisis, determinó que “los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad”, que conllevó a una situación de desigualdad mantenida por “situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”<sup>244</sup>. Ante esta situación de

---

<sup>239</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otro. *Igualdad ante la ley*. En STEINER, Christian y otro (coords.), “Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada”. Berlín: Konrad-Adenauer Stiftung. 2014, p. 585. Citado por: PÉREZ. *La igualdad y no discriminación...* Ob. Cit., p. 34.

<sup>240</sup> *Ibidem*.

<sup>241</sup> En el caso *Atala Riffo* la Corte adoptó una tesis de igualdad formal entre ambos padres frente al proceso de tuición que sostenían sobre sus tres hijas, donde la falta de motivación razonable que justificara la distinción realizada por el tribunal chileno permitió que la Corte Interamericana identificara discriminación en perjuicio de la señora Atala por su orientación sexual diversa.

<sup>242</sup> Cfr. PÉREZ. *La igualdad y no discriminación...* Ob. Cit., p. 35.

<sup>243</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C Núm. 272, párr. 128. En ese caso, la Corte valoró la expulsión por parte de Bolivia de los integrantes de una familia en condición de migrantes en situación irregular, y a su vez, solicitantes del estatus de refugiado.

<sup>244</sup> *Ibidem*, párr. 129.



desigualdad, para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a los integrantes de este grupo vulnerable, la Corte determinó que:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.”<sup>245</sup>

Concluye Pérez citando a Christian Courtis: “pareciera que la decisión sobre cuál acepción de la igualdad debe aplicarse, al menos en el marco del derecho interamericano, viene determinada por la condición de los sujetos de derecho involucrados, y de la posible existencia de situaciones de vulnerabilidad especiales en cada caso. En este sentido, la acepción de igualdad como igualdad de oportunidades operaría, principalmente, en aquellos casos en los cuales las distinciones se refieran a situaciones de discriminación estructural.”<sup>246</sup>

Resumiendo, el derecho interamericano exige que la concepción de igualdad formal se vea complementada por la concepción de igualdad de oportunidades (igualdad sustantiva/material) en aquellos casos en los cuales las personas se encuentren en una situación estructural de exclusión y discriminación, haciéndoles especialmente vulnerables a la violación de sus derechos.

Razón por la cual el derecho interamericano brinda dos herramientas para atender a estos elementos: 1) el test de igualdad, que permitirá identificar cuándo una distinción es legítima o no, y 2) la obligación de acción positiva, por la cual el Estado procurará corregir la discriminación estructural de grupos, para promover su inclusión social.

Respecto de las incidencias doctrinarias de estas herramientas no nos detendremos puesto que ya hemos tratado sobre ellas en apartados anteriores<sup>247</sup>, empero, cerramos esta idea señalando que la aplicación de este test se ve claramente identificada en el caso *Atala Riffo vs. Chile* por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala debido a su orientación sexual, en un proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y

---

<sup>245</sup> *Ibíd.*, párr. 130.

<sup>246</sup> COURTIS, Christian. *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación*, disponible en:

[http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2\\_2010/XXVICurso\\_Interdisciplinario\\_en\\_Derechos\\_discursos\\_y\\_ponencias/3.%20C.Courtis.pdf](http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVICurso_Interdisciplinario_en_Derechos_discursos_y_ponencias/3.%20C.Courtis.pdf) Citado por: PÉREZ. Ob. Cit., p. 38.

<sup>247</sup> Apartados 4., y 5.1 del Capítulo I.

custodia de sus hijas alegándose el interés superior del niño. La Corte en el mencionado caso señaló que:

“La sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona”<sup>248</sup>.

Por lo tanto, quien alegue que una distinción es legítima, debe demostrar el fin por el cual se aplica dicha distinción, y la afectación que la falta de aplicación de la mencionada distinción tiene sobre el fin legítimo que se propone proteger.

Más aún el *escrutinio estricto* fue aplicado por la Corte, como una modalidad más estricta del Test que resulta útil en casos cuando la justificación del tratamiento diferenciado es *prima facie* incompatible con el derecho a la igualdad y no discriminación. «Este test estricto aplica “para analizar la utilización de ‘categorías sospechosas’, respecto de las cuales ‘resulta casi imposible imaginar como causa razonable de un trato diferente justificado’”»<sup>249</sup>. Para Pérez<sup>250</sup> en el derecho interamericano se deben considerar como categorías sospechosas no sólo aquellas que están expresamente previstas en el derecho interamericano (por ejemplo, las previstas en el artículo 1°.1 de la Convención Americana), sino también las que se puedan desprender de la interpretación de la cláusula abierta. Al respecto, la Corte determinó que, siendo la orientación sexual una categoría enmarcada bajo el concepto “otra condición social” dentro del 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”<sup>251</sup>.

De lo anterior se desprende que, aún sin referirse a la expresión *categoría sospechosa*, la Corte sí aplica un test estricto de igualdad al momento de desechar la justificación brindada por la

---

<sup>248</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párr. 108.

<sup>249</sup> GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne y otro. *Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*. San José: Revista IIDH núm. 47; 2007, p. 131. Citado por: PÉREZ. Ob. Cit., p. 47.

<sup>250</sup> PÉREZ. Ob. Cit., p. 48.

<sup>251</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Ob. Cit., párr. 124.

Corte Suprema de Chile para amparar la distinción de la que fue víctima la señora Atala durante el proceso de tuición sobre sus hijas. En este sentido, la Corte demandó un escrutinio de mayor nivel para valorar la justificación, exigiendo una razón “de mucho peso” para que la distinción fuera considerada como legítima, y requiriendo que sea el Estado quien pruebe dicha distinción (invirtiendo la carga de la prueba).

Ahora bien en cuanto a la obligación de los Estados a tomar acción positiva, se desprende del artículo 1°.1 de la Convención Americana la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en ella; donde el *deber de respeto* de los derechos configura una *obligación negativa* para el Estado, por la cual debe abstenerse de realizar cualquier actuación que pueda ser discriminatoria en perjuicio de una persona o situación jurídica. A su vez, *el deber de garantía* se configura como una *obligación positiva* del Estado de organizar el aparato estatal con el fin de prevenir, investigar y sancionar la discriminación. Así, «una obligación característica de los Estados en aquellos casos en los que se discute el derecho a la igualdad y no discriminación es la de tomar “acción positiva” »<sup>252</sup>.

“En efecto, ante situaciones estructurales en los cuales un grupo de personas se encuentra en una situación de facto de exclusión social, el Estado no sólo puede implementar distinciones legítimas para corregir dicha situación, sino que además está obligado a implementarlas.”<sup>253</sup> De modo que, revisar normas en apariencia neutrales (pero con impacto discriminatorio por la situación de exclusión), y adoptar medidas positivas; son también obligación de los Estados<sup>254</sup>.

A modo de ejemplo, en el *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay*, ante la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los integrantes de la comunidad indígena Xákmok Kásek al haber sido despojados de sus tierras tradicionales, la Corte Interamericana afirmó que “el Estado no [había] adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión”<sup>255</sup>.

Pues,

«[e]n lo que respecta a pueblos indígenas, la Corte en su jurisprudencia ha establecido específicamente que: “es indispensable que los Estados otorguen una protección

---

<sup>252</sup> MOECKLI, Daniel. *Equality and Non Discrimination*, en Moeckli, D. et al., (coord.s.), “International Human Rights Law”. Oxford: Oxford University Press; 2010, p. 204. Citado por: PÉREZ. Ob. Cit., p. 52.

<sup>253</sup> PÉREZ. Ob. Cit., p. 52.

<sup>254</sup> Cfr. GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne y otro. *Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*. San José: Revista IIDH núm. 47; 2007, p. 133.

<sup>255</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C Núm. 214, párr. 274.

efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”». <sup>256</sup>

Por tanto:

«*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. Esto implica el **deber especial de protección** que el Estado debe ejercer con respecto a **actuaciones y prácticas** de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, **creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias**”*». <sup>257</sup>  
[Cursivas y énfasis nuestros]

Como lo ha entendido la Corte, en aquellos casos en los cuales se identifica una especial situación de vulnerabilidad para una persona o grupo, las medidas de “diferenciación positiva” serán, obligatorias, conforme con el derecho interamericano. No siendo suficiente el abstenerse de realizar acciones que profundizan la marginación de estos grupos.

Finalmente, en el marco de las obligaciones estatales derivadas de la igualdad y no discriminación, el *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador (2015)*, introduce un debate particularmente interesante para nuestra investigación: el reconocimiento y eliminación de la discriminación múltiple e interseccionalidad. Caso sobre el que profundizaremos en el siguiente capítulo.

---

<sup>256</sup> *Ibíd.*, párr. 270.

<sup>257</sup> *Ibíd.* párr. 271.

## 2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ

En cuanto a la regulación del derecho a la igualdad en las Constituciones peruanas, ya en el Estatuto Provisional de 1821 se hacía referencia a este derecho, aunque no fuera declarado como tal. Al respecto, señalaba el art. 3°, Sección Séptima del mencionado estatuto: *“La Alta Cámara nombrará una comisión [...] para formar inmediatamente un reglamento de Administración de Justicia [...], que tenga por base la igualdad ante la ley de que gozan todos los ciudadanos.”* Así también, el art. 1° de la sección Octava del mismo documento señalaba: *“Todo ciudadano tiene igual derecho a conservar y defender su honor, su libertad, su seguridad y su existencia [...]”*.

Fue su sucesora y primera norma constitucional peruana, la Constitución de 1823, la que introdujo la protección del derecho a la igualdad ante la ley en su texto a través de su artículo 23°, el que sentenció: *“Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue. Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios”*.

Posteriormente, la inclusión propuesta por el artículo 23° sería repetida a través nuestra historia constitucional, ejemplo de ello tenemos que la igualdad ante la ley fue recogida en el artículo 142° de la Constitución de 1826 como: *“La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución”*; en el artículo 158° de la Constitución de 1834 bajo la fórmula: *“Todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”*; y en el artículo 160° de la Constitución de 1839 que conservó la redacción exacta: *“Todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”*.

Respecto del tema de no discriminación, este se presentó en las constituciones como caducidad de privilegios, y el rechazo a la organización de una sociedad aristocrática que mantenía las divisiones raciales y sociales; siendo incluido en el artículo 23° de la Constitución de 1823, el artículo 147° de la Constitución de 1826, el artículo 160° de la Constitución de 1828, el artículo 170° de la Constitución de 1834, el artículo 163° de la Constitución de 1839, en el artículo 6° de la Constitución de 1856 y en de la Constitución de 1860, en el artículo 5° de la Constitución de 1867 y en el artículo 6° de la Constitución de 1920<sup>258</sup>, sobre los que no nos detendremos por resultar antecedentes muy pretéritos.

---

<sup>258</sup> Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo editorial PUCP. 1999, p. 41.

La forma en la que era regulada la igualdad se modificaría con la Constitución de 1920, norma que introdujo la **posibilidad de igualdad a través del trato diferenciado**: *“Las leyes protegen y obligan igualmente a todos. Podrán establecerse leyes especiales porque lo requiera la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de personas”* (art. 17°). Nuevo paradigma que sería recogido a su vez por las Constituciones de 1933, 1979 y 1993.

## **2.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y EL DERECHO A LA IGUALDAD**

La Constitución de 1979 reconoció bajo el título “Derechos y Deberes Fundamentales de las Personas” derechos derivados de la dignidad de la persona, del principio de soberanía del pueblo, de la forma republicana de derecho etc.; además de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos. Por ello para Marcial Rubio<sup>259</sup>, la regulación de los derechos humanos en la Constitución de 1979 es una “posición de avanzada porque permite respaldar constitucionalmente a los derechos humanos de manera extensiva”.

Esta postura se ve claramente definida en su artículo 1° al declarar: *“La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.”* Axioma concordante con el primer párrafo del preámbulo y el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Así como con el preámbulo y primer artículo tanto del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, como el del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, a los que nos hemos referido anteriormente.

Ahora bien, colocar a la persona como el “fin supremo” de la sociedad significa centralizar las preocupaciones, acciones y diseño gubernamental hacia aquel elemento que le da razón de ser a la existencia del Estado: la persona. Quien gozando de la posición más privilegiada, no podrá ser considerada como medio para la obtención de un objetivo, ni se le podrá cosificar; imponiéndose para el Estado el deber de respeto y protección de sus derechos humanos<sup>260</sup>.

Esta idea es reforzada por el artículo 80° del mismo cuerpo normativo, el que señala: *“Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos...”* Donde la intención de respetar, proteger y garantizar los derechos

---

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>260</sup> Cfr. ELEJALDE ESTENSSORO, César. *Derechos y deberes fundamentales de la persona en la Constitución de 1979*. Lima: ed. Luis Cambe Vélez; 1990, pp. 178-179.

humanos y en especial el derecho a la igualdad y la no discriminación es vislumbrada a lo largo de la Constitución de 1979, incluido su preámbulo:

*“[...] Creyentes en la primacía de la persona humana y en todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado [...] Decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social. [...] Hemos venido en sancionar y promulgar, como en efecto sancionamos y promulgamos, la presente: Constitución Política del Perú”.*

Respecto del derecho a la igualdad y no discriminación, su regulación está expresamente señalada en el inciso 2 del artículo 2°, ubicado en el Capítulo I “De la persona”, en el Título I “Derechos y deberes fundamentales de la persona”. Dicho artículo reconoce el derecho:

*“A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón”.*

Destacándose tres aspectos de su formulación: 1) la protección al derecho a la igualdad ante la ley, 2) la prohibición de cinco tipos de discriminación, y 3) una especial referencia a los derechos de las mujeres.

Para César Elejalde, este artículo es sumamente importante pues recoge por primera vez el derecho a la igualdad y a la no discriminación, como una “declaración de orden principista y general [...] que guarda concordancia con el texto de todo el articulado”<sup>261</sup>. Además de referirse explícitamente por primera vez a la igualdad de oportunidades y responsabilidades entre hombres y mujeres, un gran avance para su época.

Empero, el mismo artículo hace un listado cerrado de las razones por las cuales era permitida la búsqueda de la protección constitucional frente a la discriminación, considerando sólo cinco motivos prohibidos (sexo, raza, religión, opinión e idioma).

La visión general sobre el derecho a la igualdad del artículo 2°, se traslada a ámbitos específicos de otros derechos, por ejemplo en el artículo 6° al referirse a la igualdad de derechos de los hijos, el artículo 24° referido a la igualdad de oportunidades en la educación, el artículo 42° que establece la igualdad de trato en régimen laboral, el artículo 43° que se refiere a la igualdad de

---

<sup>261</sup> *Ibíd*em, p. 180.

remuneración del hombre y la mujer en caso el trabajo se haya prestado en “idénticas condiciones” y, en el artículo 65° que señala el valor igual de los votos.<sup>262</sup>

## 2.2. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En la vigente Constitución de 1993, el derecho a la igualdad y no discriminación están regulados en el inciso 2, del artículo 2°, en el Capítulo I “Derechos fundamentales”, del Título I “De la persona y de la sociedad”. En él se reconoce el derecho de toda persona: “*A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*”.

Si bien, la regulación propuesta es similar a la de 1979, se añade al listado la prohibición de otras causales de discriminación como *origen y condición económica*. Incluyendo también una cláusula abierta de protección. De este modo, podemos decir que el inciso se divide en dos partes: 1) la protección del derecho a la igualdad ante la ley, y 2) la prohibición de siete tipos de discriminación precisados, además de la inclusión de una cláusula abierta para tantos otros. Una división que siguiendo a Fernando Rey Martínez es regular pues el mandato de no discriminación ha adquirido progresivamente autonomía conceptual y normativa respecto del tradicional principio de igualdad.<sup>263</sup> Y es que el derecho a la no discriminación, tal como se encuentra previsto en la redacción de nuestra Constitución, protege preponderantemente un aspecto esencial de la dignidad humana, la igualdad. En virtud de él, no resulta admisible crear diferencias basadas en criterios prohibidos que restrinjan la igualdad de oportunidades, derechos y libertades.

Respecto de su antecesora, llama la atención la eliminación del segundo párrafo del artículo 2°, inciso 2, que señalaba: (...) *El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón*.

A opinión de Marcial Rubio esta supresión ha sido un error, pues recogía dos normas importantes respecto a la situación de la mujer en relación al hombre, en primer lugar, la igualdad de oportunidades y responsabilidades, que implicaba compensaciones a favor de las mujeres, además de reconocer para las mujeres derechos no menores a los de los varones, e

---

<sup>262</sup> COLOMA MARQUINA, José. *Definiciones y contenido del principio de igualdad*. En: “Lecturas sobre temas constitucionales”. Lima: CAJ; 1994, p. 196.

<sup>263</sup> REY MARTÍNEZ. Ob. cit., p. 37.



inclusive mayores cuando corresponda. Permitiendo lograr un equilibrio entre los derechos de los hombres y de las mujeres<sup>264</sup>.

A esto se suma la no existencia del reconocimiento explícito de la dimensión material del derecho a la igualdad o su importancia para los grupos de especial protección, tampoco se hace mención a la obligación de los Estados de adoptar medidas a efectos de lograr aquella.

Por lo que, luego del recuento histórico realizado para llegar a este punto (el más moderno y actual), nos sorprende que el artículo sólo haga referencia a dos aspectos tan básicos relacionados con el derecho a la igualdad. Existiendo en consecuencia, importantes omisiones y deficiencias en la forma en que actualmente se reconoce el derecho a la igualdad en el ámbito constitucional.

Empero, es cierto también que estas omisiones no han impedido su precisión a través de la jurisprudencia o que órganos del Estado adoptaran medidas tendientes a lograr igualdad material, aunque sería adecuado que desde el texto constitucional se desarrollasen estos aspectos.

Ahora bien, como establecimos en el primer capítulo, el 2°.2 de nuestra constitución debe ser concordado con el artículo 103°, referido a la imposibilidad de la creación de leyes especiales motivadas en la diferencia de las personas, el mismo que tiene como antecedentes al artículo 187° de la Constitución de 1979 y al artículo 23° de la Constitución de 1933. Quedando por agregar que el artículo 103° coincide y respeta lo planteado en el artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala que *“todos tienen el derecho a la igual protección contra todo tipo de discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”*

Otro artículo relacionado con la protección constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación es el artículo 3°, reproducido de manera casi exacta en su redacción respecto de su antecedente de 1979 (artículo 4°), en el que se utilizó el término “establecidos” en lugar del de “reconocidos”:

*Art. 4.- La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

---

<sup>264</sup> Cfr. RUBIO CORREA. *Estudio de la Constitución...* Ob. Cit., pp. 143-144.

[Constitución de 1979]

Art. 3.- *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

[Constitución de 1993]

Al respecto, a opinión de Marcial Rubio el término correcto es *reconocer*, puesto que los derechos son anteriores a la Constitución y al Estado, además de ello, es el propio artículo el que hace referencia a la dignidad de la persona; contradiciendo su propia redacción. Concluye el jurista señalando que entiende que la Constitución de 1993 quiso referirse a reconocer y no a establecer<sup>265</sup>.

Al margen de estas discusiones, el artículo 3° es de gran importancia pues agrega una clausula *numerus apertus*. Siguiendo lo planteado por Diaz Revorio<sup>266</sup>, este artículo reconoce que los derechos señalados taxativamente en los artículos de la Constitución no implican la exclusión del reconocimiento de otros derechos; otorgando además un mayor grado de discrecionalidad a los tribunales, quienes encargados de interpretar y aplicar la Constitución, determinarán cuáles son esos derechos no enunciados que protege este artículo.

Por su parte Gros Espiell<sup>267</sup> señala que este artículo tiene su fundamento en la filosofía iusnaturalista, que establece que los derechos son inherentes a la persona y por ende anteriores a la Constitución y al Estado. Agrega que la Convención Americana sobre Derechos humanos recoge en su artículo 29° inciso c) una norma similar:

Art. 29.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c) *Excluir otros derechos y garantía que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.* [Cursivas agregadas]

Adicionalmente, el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra norma fundamental guardan relación, a su vez, con la protección constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación.

---

<sup>265</sup> Cfr. RUBIO CORREA. *Estudio de la Constitución...* Ob. Cit., p. 549.

<sup>266</sup> DIAZ REVORIO, Javier. *Tribunal constitucional y derechos constitucionales no escritos*. En: "La justicia constitucional en el estado democrático". Valencia: Tirant Lo Blanch; 2000, p. 234.

<sup>267</sup> GROS ESPIELL, Héctor. *Los derechos humanos no enunciados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre los Derechos humanos*. En: "Anuario Iberoamericano de justicia constitucional". Número 4; 2000, p.146.

La posición de los tratados en nuestro país está dada por el Artículo 55°: “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.*” De modo que, estos acuerdos de voluntades entre sujetos de derecho internacional constituirán una fuente de derecho en el ordenamiento jurídico nacional, produciéndose -según lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional peruano- una integración o recepción normativa del tratado<sup>268</sup>, optándose por un sistema de aplicabilidad inmediata de los tratados<sup>269</sup>; cuyo fundamento de obligatoriedad se apoya en los principios de buena fe, y *pacta sunt servanda*.

Respecto de la jerarquía normativa de los tratados, si bien, la constitución de 1979 les confería de manera expresa jerarquía constitucional en su artículo 105°: “*Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución*”; la Constitución de 1993 no ha seguido esta tradición. Empero, el Tribunal Constitucional ha interpretado, a partir de una lectura sistemática de dicho texto normativo, que estos tratados tienen jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento<sup>270</sup>.

Por otra parte, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución se configura también como un parámetro de interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, estableciendo:

Cuarta.- 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.

**Preceptos que resultan relevantes, no sólo para la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, sino que resultan útiles también para fundamentar la prohibición de *discriminación múltiple* aunque ésta no haya sido reconocida expresamente por la Constitución, pero sí por diversos tratados del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.**<sup>271</sup>

---

<sup>268</sup> Cfr. STC Exp. N° 0047-2004-AI/TC, F.J. 21.

<sup>269</sup> Cfr. NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos. Segunda Edición*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. 2002, p. 113.

<sup>270</sup> STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 30.

<sup>271</sup> Ahondaremos al respecto en la sección 2. Del tercer capítulo: Integración de la discriminación múltiple en los estándares internacionales de protección.

### 2.2.1. LA PROTECCIÓN DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

La Constitución Política del Perú de 1993 -en sus artículos 200° y 202°, inciso 3- consagra siete procesos constitucionales, estos son instrumentos o vías a través de las cuales se despliega la potestad jurisdiccional del Estado. Se caracterizan porque su creación o configuración suele venir de la propia Constitución (y no únicamente de una norma legal). Su finalidad esencial consiste en garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Respecto de a su finalidad, algunos están orientados fundamentalmente a examinar la adecuación a la Constitución de las normas jurídicas de inferior jerarquía, como el proceso de inconstitucionalidad y el proceso de acción popular; mientras que otros tienen por objeto garantizar la distribución vertical y horizontal del poder, como el proceso de conflicto de competencias. Así, otros procesos tienen por finalidad esencial tutelar los derechos fundamentales, como es el caso del proceso de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento.

La finalidad proteger de manera inmediata y directa los derechos fundamentales, como el derecho a la no discriminación, configura a estos últimos como mecanismos procesales sencillos, rápidos y efectivos que permiten reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos invocados.

Respecto de la protección de este derecho, el artículo 200° inciso 2) de la Carta Política contempla el proceso constitucional de amparo, en los siguientes términos:

Art. 200.- Son garantías constitucionales: [...] 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

De conformidad con el artículo citado, el amparo procede contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, estando excluidos únicamente aquellos derechos que ya cuentan con la protección de otros procesos constitucionales, como el hábeas corpus y el hábeas data.

La importancia del amparo es indudable en nuestro país, no sólo porque se trata del proceso constitucional más empleado por los justiciables para defender sus derechos<sup>272</sup>, sino también porque ha permitido al Tribunal Constitucional desplegar una importante labor interpretativa.

Uno de los derechos fundamentales que el amparo tutela es el de igualdad y no discriminación, regulado por el Código Procesal Constitucional (en adelante CPC), el que en su artículo 37°, inciso 1 establece:

Art. 37.- El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.<sup>273</sup>

Empero, “el amparo no es el único proceso constitucional en el que se podría alegar la vulneración de este derecho fundamental”<sup>274</sup>. Esto en razón de su contenido relacional, de manera que podría ocurrir que se vulnere en relación directa con los derechos tutelados por los procesos de hábeas corpus o hábeas data, regulados en el artículo 200°, incisos 1 y 3 de la Constitución:

Art. 200.- Son garantías constitucionales: 1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. [...]  
3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.

En atención a estas disposiciones, en caso la afectación del derecho a la igualdad y no discriminación esté conectada con la vulneración de derechos como la libertad individual y los derechos constitucionales conexos, podría interponerse válidamente una demanda de habeas corpus. Igualmente, si la afectación a este derecho estuviera ligada a la vulneración del derecho de acceso a la información pública o a la protección de datos personales, procedería la

---

<sup>272</sup> Una muestra de ello es que, del total de expedientes ingresados al Tribunal Constitucional peruano durante los años 1996 a 2014 (94,042), el 71.66% (67,395) fueron amparos. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Memoria institucional 2014*.

<sup>273</sup> Cabe destacar que el artículo citado considera expresamente la prohibición del motivo *orientación sexual*, el que no está contemplado expresamente en el artículo 2°, 2 de la Constitución; pero que se deriva razonablemente del ordenamiento vigente.

<sup>274</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN. *La discriminación...* Ob. Cit., p. 120.

interposición de una demanda de hábeas data; derechos regulados en los artículos 25° y 61° del CPC, respectivamente.

Resumiendo, “si bien el proceso de amparo ha sido diseñado para tutelar, de manera inmediata y directa, el derecho a no ser discriminado; dado el carácter relacional de este derecho fundamental, también es posible que su afectación pueda sea alegada y analizada en el marco de otros procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales”<sup>275</sup>.

El mismo razonamiento podría también ser eventualmente alegado en el marco de un proceso de cumplimiento, siempre que el derecho a la igualdad y no discriminación se encuentre en relación directa con la afectación del derecho a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos.

Por último, siguiendo a la profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Liliana Salomé, consideramos relevante hacer una referencia a los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad, regulados en el artículo 200°, incisos 4 y 5 de la Constitución:

Art. 200.- Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. [...]

Los que en opinión de la profesora, “podrían ser instaurados para examinar la adecuación de una norma legal o reglamentaria al artículo 2, inciso 2 de la Constitución, en cuyo caso permitirían garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de manera abstracta.”<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 123.

### 3. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL PERÚ: LA PROTECCIÓN AMPLIADA DE LA CLÁUSULA ABIERTA DEL ART. 2.2 EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Respecto de la materia de investigación nuestra, es la cláusula abierta de protección introducida por el artículo 2°.2 la que permite la protección contra la discriminación múltiple para los peruanos y peruanas.

Como es harto conocido, el constituyente en este artículo ha instituido la prohibición de recibir un trato diferenciado por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica. Adicionalmente, se contempló una fórmula legal abierta a través del fraseo “*cualquier otra índole*”, de modo que se entienda que los motivos antes señalados no son los únicos proscritos por el ordenamiento jurídico.

Sobre el alcance de esta cláusula abierta se plantea que es una norma cuyo objetivo es el evitar que se cometa alguna violación contra la igualdad formal. Remitiéndonos a lo señalado sobre la regulación de este tema en la Constitución Española, Alberto Pedrieri<sup>277</sup>, al analizar el artículo 14° de dicha carta (“*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.*”), nos dice que la lista de causales prohibidas que recoge el artículo sólo es ejemplificativa. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal constitucional español, señalando que dicha cláusula puede generalizarse a fin de prohibir supuestos no recogidos por la norma<sup>278</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado también nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 05157-2014-PA/TC -Caso María Chura Arcata-, como sigue:

« [...] la expresión "de cualquier otra índole" es una fórmula adoptada por el constituyente que permite **actualizar el contenido de la Constitución frente al surgimiento de nuevas situaciones de vulnerabilidad**. De esta forma, lejos de ser una cláusula *numerus clausus*, el artículo 2.2 habilita la posibilidad de reconocer e identificar que existen colectivos que, por su particular situación, ameritan la adopción de medidas especiales de protección por parte de todo el aparato estatal.»<sup>279</sup> [Énfasis agregado]

---

<sup>277</sup> PREDIERI, Alberto. *La Constitución española de 1978*. Madrid: ed. Civitas; 1988, p. 283.

<sup>278</sup> FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda y otro. *Igualdad y discriminación*, Madrid: Editorial Tecnos; 1986, p. 237.

<sup>279</sup> STC Exp. N° 05157-2014-PA/TC, F.J. 19.

Así, a través de este razonamiento el TC, en esta misma sentencia, habilitó dicha posibilidad respecto del grupo de personas adultas mayores, aunque el motivo *edad* no se encuentre expresamente reconocido en el 2°.2, estableciendo que:

« [...] la discriminación en razón de **la edad se entenderá como tutelada por la expresión "cualquier otra índole"**, contenida en el artículo 2.2 de la Constitución. Ello implicará que cualquier distinción tomando en cuenta este factor requerirá de una fuerte argumentativa de parte del órgano que efectuó el trato diferenciado a fin de justificar la constitucionalidad de la medida adoptada, la cual será sometida a un escrutinio estricto.»<sup>280</sup> [Énfasis nuestro]

Dentro de esta misma lógica, entendiendo que la lista de causales del 2°.2 es meramente ejemplificativa y que este artículo, además, posibilita la actualización del contenido de la Constitución frente al surgimiento de nuevas situaciones de vulnerabilidad, es propio señalar que la discriminación múltiple también se encontraría reconocida en este artículo y por tanto su prohibición y protección institucional frente a ella. De modo que, "esta manera de consagrar constitucionalmente una lista abierta, enunciativa, no taxativa de factores de discriminación es la que posibilita una interpretación flexible de la prohibición de discriminación contenida en la Constitución; flexibilidad que en el marco de los principios de razonabilidad y proporcionalidad permite interpretar que esta prohibición incluye también a la *discriminación múltiple*"<sup>281</sup>.

Más aún, en esta misma línea argumentativa, encontramos en la doctrina comparada experiencias en las que se ha interpretado que la prohibición de la *discriminación múltiple* constituye un contenido implícito de listas enunciativas semejantes a la contenida en el artículo 2°.2 de nuestra Constitución.

A modo de ejemplo, en el caso español, si bien su Constitución no cuenta con el reconocimiento expreso de la prohibición de la discriminación múltiple; el ya mencionado artículo 14° cuenta con una similar fórmula abierta de motivos prohibidos expresada en el fraseo "*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*", la que para autores como Rey Martínez<sup>282</sup> implica que a partir de "una construcción interpretativa" del citado artículo los órganos jurisdiccionales españoles podrán emplear el concepto *discriminación múltiple* para la resolución de casos; no

---

<sup>280</sup> *Ibíd*em, F.J. 31.

<sup>281</sup> Cfr. SALOME RESURRECIÓN. *La discriminación...* Ob. Cit., p. 105 y ss.

<sup>282</sup> REY MARTINEZ. *La discriminación múltiple: una realidad...* Ob. Cit., p. 275. Citado por: SALOME RESURRECIÓN. Ob. Cit., p. 105.



obstante, el autor reconoce que sería mejor, por razones de seguridad jurídica, reconocer normativamente la prohibición de aquella.

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC) siguió un razonamiento similar en su Observación General N° 20<sup>283</sup> del 2009, al interpretar el artículo 2°, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

Art. 2.- [...] Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Al respecto, interpretando el contenido de la discriminación basada en “*otra condición social*”, el Comité DESC señaló lo siguiente:

«El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, **la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya** otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad. [...] Otros posibles motivos prohibidos de discriminación podrían ser la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria, o una **intersección de dos causas prohibidas de discriminación**, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad.»<sup>284</sup> [Subrayado y énfasis nuestros]

Por tanto, «para el Comité DESC, la discriminación basada en “*otra condición social*” admite una interpretación flexible que permite incluir en esta lista enunciativa otras formas de trato diferencial que no se justifican de forma razonable y objetiva, comprendiendo -entre otros

---

<sup>283</sup> Cfr. SALOME RESURRECCIÓN. Ob. Cit., p. 106 y ss.

<sup>284</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. 42º periodo de sesiones. 2009, párr. 27.

supuestos- “[...] la intersección de dos causas prohibidas de discriminación”, expresión con la que el Comité DESC hace referencia a una situación de “discriminación múltiple”.»<sup>285</sup>

Si bien, será en el tercer capítulo de esta investigación en el que trataremos más a profundidad el reconocimiento expreso de la prohibición de la discriminación múltiple por diversos tratados del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos; no podemos dejar de mencionar su existencia así como su utilidad para fundamentar tal prohibición.

Finalmente, como podemos apreciar, en el Perú la prohibición de la *discriminación múltiple* no ha sido reconocida expresamente por la Constitución Política de 1993, tampoco por sus predecesoras, ni por otras normas de inferior jerarquía; y es que como venimos desarrollando, aunque se trate un fenómeno de larga data, su tratamiento académico es reciente y por ello su inclusión en las legislaciones y políticas está en desarrollo. Sin embargo, consideramos que su prohibición se sustenta tácitamente en el artículo 2°, inciso 2 de la Constitución, leído en concordancia con el artículo 1°, 3°, 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo texto normativo; por resultar coherente con la noción de dignidad humana que fundamenta e inspira nuestro ordenamiento jurídico. De modo que:

«[...] si bien los motivos sospechosos de discriminación enunciados en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución están enlazados por la conjunción “o” (lo que podría denotar separación o alternativa), **la realidad demuestra que no es poco frecuente que una persona (o grupo de personas) enfrente simultáneamente más de un factor de discriminación**, [generando] una situación agravada, distinta a cualquier forma de discriminación de un solo tipo, de manera que **no reconocer esta realidad sería contrario a la noción de dignidad humana** que nuestra Constitución garantiza. [...] En consecuencia, pese a que la Constitución no contempla expresamente la posibilidad de que dos o más factores de discriminación se combinen, el reconocimiento de esta situación resulta sin duda razonable, acorde con el principio-derecho de dignidad humana; y necesario para garantizar efectivamente la igualdad y erradicar la discriminación.»<sup>286</sup> [Énfasis agregado]

---

<sup>285</sup> SALOME RESURRECCIÓN. *La discriminación...* Ob. Cit., p. 106.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 107.

## 4. PROTECCIÓN INFRACONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ

Como señalamos preliminarmente, la pluralidad de normas existentes que sancionan las prácticas discriminatorias en diferentes materias, dibujan el perfil sumamente fragmentado de la protección a nivel infraconstitucional del derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, son muchos los dispositivos sectoriales los que se ocupan al respecto: la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (Ley 30364), la Ley General de Discapacidad (Ley 29973), la Ley General de Educación (Ley 28044), el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571); la Ley de Productividad y Competitividad Laboral Decreto Supremo N° 003-97-TR, entre otros; sobre los que trataremos brevemente a continuación:

### 4.1. EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

La educación, ya desde su reconocimiento como derecho en la Constitución Política (art. 16°), establece para el Estado el deber de asegurar que *“nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”*. Disposición que ha repercutido en las normas antidiscriminatorias del sector.

Así, el Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, reafirma no solo este derecho, sino también el derecho a la igualdad al señalar en su artículo 14°:

“El niño y el adolescente tienen derecho a la educación. El Estado asegura la gratuidad pública de la enseñanza para quienes tienen limitaciones económicas. Ningún niño o adolescente debe ser discriminado en un centro educativo, por su condición de discapacidad ni por causa del estado civil de sus padres. La niña o la adolescente, embarazada o madre, no debe ser impedida de iniciar o proseguir sus estudios. La autoridad educativa adoptará las medidas del caso para evitar cualquier forma de discriminación.”

La Ley General de Educación de 2003 (Ley 28044) también se pronuncia en ese sentido, sentando las bases de su universalidad en su artículo 3°<sup>287</sup>, mientras que en su artículo 8°

---

<sup>287</sup> LEY GENERAL DE EDUCACIÓN (Ley N° 28044). Art. 3°.- [...] *El Estado garantiza el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos y la universalización de la Educación Básica [...]*

parágrafo c) sentencia que aquella se sustenta, entre otros, en el principio de inclusión que “incorpora a las personas con discapacidad, grupos sociales excluidos, marginados y vulnerables, especialmente en el ámbito rural, *sin distinción de identidad étnica, religión, sexo u otra causa de discriminación* [...]”

La Ley General de la Persona con Discapacidad de 2012 (Ley 29973)<sup>288</sup> establece también previsiones para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el ámbito educativo, de modo que nadie pueda ser excluido de éste por causas injustificadas. Señalan los incisos de su art. 35°:

Art. 35.1.- La persona con discapacidad tiene derecho a recibir una educación de calidad, con enfoque inclusivo, que responda a sus necesidades y potencialidades [...]

Art. 35.2.- Ninguna institución educativa pública o privada puede negar el acceso o permanencia de una persona por motivos de discapacidad.

Finalmente, la nueva Ley Universitaria de 2014 (Ley 30220) también ha considerado que las universidades se rijan por el principio de “rechazo a toda forma de violencia, intolerancia y discriminación”, así como por el “pluralismo, tolerancia, diálogo intercultural e inclusión” (art.5°, párrafos 16 y 8 respectivamente).

#### 4.2. EN EL ÁMBITO LABORAL

Sobre la protección normativa frente a los actos de discriminación en el empleo, la Constitución ha reparado sobre la especial protección que en este ámbito deben tener la madre, al menor de edad y a la persona con discapacidad que trabajan (art. 23). Además de ello, en el artículo 25° establece la necesidad de respetar en la relación laboral el principio a la igualdad de oportunidades sin discriminación.

Respecto de este sector, también es aplicable la Ley 26772 de 1997, modificada por Ley N° 27270 de 2002 (Ley contra actos de discriminación) en lo referido a las ofertas de empleo o requerimientos de personal, los que no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato de las personas, estableciendo las mismas sanciones que en materia de educación.

---

<sup>288</sup> LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD (Ley N° 29973). 2012.

Adicionalmente, esta previsión se encuentra recogida en el artículo 31°.3 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley 28806), aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, que considera como infracción muy grave: *“la publicidad y realización, por cualquier medio de difusión, de ofertas de empleo discriminatorias, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus VIH o de cualquiera otra índole”*.

Respecto a la prohibición de los actos de discriminación *durante* la relación laboral, el artículo 25° (parágrafos 12 y 17) del citado reglamento considera como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales

*“la discriminación de un trabajador por el libre ejercicio de su actividad sindical, esté contratado a plazo indeterminado, sujeto a modalidad, a tiempo parcial u otros”, así como “la discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus VIH o de cualquiera otra índole”*.

La protección en el sector incluye también los actos discriminatorios que den origen al despido del trabajador. Al respecto, el artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, señala que es nulo el despido que tenga por motivo la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, el ser representante sindical, el embarazo, entre otros. Adicionalmente, la Ley 26626, Ley que encarga al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de lucha contra el VIH, el Sida y las enfermedades de transmisión sexual del año 1996, reconoce el derecho de las personas viviendo con VIH/Sida a seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones y establece la nulidad del despido que tenga como causal ser portador de ello (art. 6°). Por su parte, la ya referida Ley General de la Persona con Discapacidad -Ley N° 29973- en lo laboral sanciona con nulidad el despido que tenga por motivo la discapacidad (Séptima Disposición Complementaria Modificatoria).

#### **4.3. EN MATERIA DE SALUD**

Es obligación del Estado determinar la política nacional de salud, la cual debe ser diseñada en forma plural y descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de

salud<sup>289</sup>. Así, la Ley General de Salud, Ley N° 26842 de 1996, reconoce el derecho de los usuarios de los servicios de salud a no ser discriminados en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare<sup>290</sup>.

En este punto, es pertinente hacer referencia a el Código de Ética de la Función Pública, Ley N° 27815, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, normas que establecen el deber de todo funcionario o servidor público de adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, y por ende a no incurrir en actos discriminatorios, cuando desempeñen actividades o funciones en nombre del Estado.

Es importante señalar que el Código de Ética y su reglamento pueden ser invocados para la investigación de los actos discriminatorios en la función pública, en los casos en que no haya una norma específica que contemple ello, como ocurre en éste ámbito.

#### 4.4. DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

El fenómeno discriminatorio ha sido observado también en las relaciones de consumo. Así, la discriminación en el consumo se producirá cuando el proveedor, que brinda un servicio o producto, hace distinciones hacia el consumidor, ya sea en el desarrollo de la relación de consumo o en una etapa previa a esta, negando el acceso o disfrute de tales a determinados consumidores por causas no objetivas ni razonables.

El art. 1°.1 párrafo d) del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571) establece como un derecho de los consumidores el: *“Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”*

Empero, la prohibición de la discriminación en el consumo y del trato diferenciado ilícito ya se encontraba en la norma que precedió al actual código, esto es, en la Ley de Protección al Consumidor vigente de 1991 a 2010. Posteriormente, con el CPDC –del año 2010- se recalcó la necesidad de proscribir todas las prácticas de discriminación en el consumo y el trato diferenciado ilícito.

---

<sup>289</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993. Art. 9°.- *El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.*

<sup>290</sup> LEY GENERAL DE SALUD (Ley N° 26842). Art. 15°.- *Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho: [...] e) A no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare.*

Así pues, en este cuerpo normativo se proscribió el establecimiento de actos de discriminación por parte de los proveedores basados en los motivos prohibidos del 2.2 de nuestra Constitución, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo. Empero quedó salvaguardada la posibilidad de un trato diferenciado cuando este obedezca a causas objetivas y razonables, vale decir, aquel que responda a situaciones de hecho distintas que lo justifiquen, debiendo existir proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente otorgado<sup>291</sup>.

Respecto del procedimiento sancionador, este se encuentra a cargo de INDECOPI, que también se encargará de supervisar el mercado con la finalidad de evitar la discriminación en las relaciones de consumo además de sancionar a los proveedores que resulten responsables de la comisión de actos de discriminación contra los consumidores. Asimismo, dicta medidas correctivas con la finalidad que los proveedores modifiquen su conducta.

#### **4.5. LA DISCRIMINACIÓN COMO DELITO**

El delito de discriminación fue incorporado en la legislación peruana mediante la ya varias veces referida Ley N° 27270, Ley contra actos de discriminación, del 29 de mayo del 2000. A través de ella se incorporó el tipo penal de Discriminación al Título XIV-A del Código Penal en el art. 323° del Capítulo IV. Actualmente, luego de la modificatoria introducida por la Ley 28867, el tipo penal vigente sanciona dos modalidades de conducta:

- (i) Discriminar a una o más personas o grupo de personas.
- (ii) Incitar o promover en forma pública actos discriminatorios.

Dichas conductas para ser pasibles de persecución penal deberán estar fundadas en motivos de raza, religión, sexo, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica.

A su vez, gracias a la modificatoria introducida por Ley N° 28867, la sanción establecida para este delito es una pena no menor de dos ni mayor de tres años de privación de la libertad, o prestación de servicios a la comunidad de 60 a 120 jornadas en el tipo base. Mientras que tratándose de un funcionario o servidor público la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación. La misma pena será impuesta si los actos discriminatorios se hubieran materializado mediante actos de violencia física o mental.

---

<sup>291</sup> Cfr. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR (Ley 29571). Art. 38.

## 5. EL DERECHO COMPARADO Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

### 5.1. EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN EE.UU.

El Derecho Antidiscriminatorio tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>292</sup> Históricamente, tras la finalización de la segunda guerra mundial, las revueltas protagonizadas por la población negra de este país fueron canalizadas en el movimiento por los derechos civiles, el mismo que obtuvo como respuesta jurídica la consolidación del Derecho Antidiscriminatorio.

Habiendo reparado previamente en varios acontecimientos, como el revelador discurso de Sojourner Truth, o la persecución del matrimonio de los Loving -integrado por un hombre blanco y una mujer afroamericana- en Virginia, procesados por “*corromper la sangre*”; no podemos dejar de relacionar estos hechos históricos a esta lucha para extender el acceso pleno a los derechos civiles.

Así, la dación de la *Civil Rights Act* (Ley de Derechos Civiles) de 1964 fue un punto clave en la larga lucha por la igualdad entre blancos y afroamericanos; igualdad sistemáticamente negada a pesar de que ya en 1866 La Decimocuarta Enmienda a la Constitución americana proclamara la protección igualitaria ante la ley a todas las *personas*.

Este desfase entre la norma y la realidad, fue lo que dio lugar al replanteamiento de la idea de *ciudadano* en los Estados Unidos. Una categoría en la que los negros no estaban incluidos, implementándose inclusive mecanismos de segregación en leyes estatales bajo la consigna “*separados pero iguales*” que propugnaban la segregación racial en todas las instalaciones públicas por mandato *de iure* aplicadas a los afroamericanos y a otros grupos étnicos no blancos; servicios por lo general inferiores a aquellos asegurados para los blancos estadounidenses, reproduciendo un sinnúmero de desventajas económicas, educativas y sociales.

Esta realidad problemática es la madre del *Anti-discrimination law* o *non-discrimination law*, referido a un tipo de legislación diseñada para prevenir la discriminación en contra de determinados grupos de personas, conocidos como grupos o clases protegidas; ya sea que el fenómeno discriminatorio sea directo, indirecto, individual, estructural o por qué no basado en varios motivos *simultáneamente*.

---

<sup>292</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Loc. Cit. p. 30.



En efecto, un aspecto determinante del Derecho antidiscriminatorio estadounidense es su carácter grupal, porque a través del mismo se intentaría palear la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo (determinado por el color de la piel, su origen étnico, su sexo, etc.) Imposibilitando hablar del fenómeno discriminatorio como un fenómeno individual<sup>293</sup>. Como señala la profesora Barrère:

“Que la injusticia grupal denominada discriminación se manifieste en determinados casos individualizadamente y que ello de opción a activar la maquinaria jurídica (por ejemplo, la judicial) de manera individualizada, no la convierte en un fenómeno individual.”<sup>294</sup>

Al respecto, la *Equal Protection Clause* es otro punto importante a considerar. Contenida en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución americana, declara: “*Ningún Estado [...] podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes*”. La enmienda, identificada con el principio de igualdad ante la ley, reconoce este derecho de forma *individual*, de tal manera, “como lo ha interpretado el Tribunal Supremo Estadounidense, la cláusula de igual protección lo que haría sería conferir derechos a los individuos, no a los grupos”<sup>295</sup>. De ahí,

“[c]omo fácilmente se comprende, este planteamiento -que la igualdad al más alto nivel jurídico parta de las leyes existentes y genere sólo derechos individuales, en un contexto sociojurídico de discriminación grupal- constituirá uno de los mayores retos para un derecho antidiscriminatorio que pretenda solventar la injusticia sufrida por los grupos oprimidos.”<sup>296</sup>

Así, para la jurista María Ángeles Barrère, este rasgo fundamental del Derecho antidiscriminatorio, hace tambalear las estructuras jurídicas edificadas sobre una concepción de la igualdad de corte liberal y basada en el individuo<sup>297</sup>.

La autora hace una fuerte crítica al respecto, señalando que:

“[...] lo que el Derecho considera como discriminación sería solamente un epifenómeno de la subordinación, entendida como desigualdad estructural de carácter grupal. [...]

---

<sup>293</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 29 y ss.

<sup>294</sup> *Ibíd.*, p. 30.

<sup>295</sup> PETERS, 1999, p. 85. Citado por BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit. p. 30.

<sup>296</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit. p. 30.

<sup>297</sup> Para la autora, el derecho liberal no reconoce la existencia de sistemas de poder -y por ende tampoco de grupos oprimidos- además que, la protección de los derechos tiene como destinatario a los individuos y no a los grupos. Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit. p. 30 y ss.

Dicho con otras palabras, lo que el Derecho concibe como discriminación es una diferencia de trato, pero no una diferencia de *status*.<sup>298</sup>

De modo que, constituirá uno de los mayores retos del derecho antidiscriminatorio, resolver el dilema de la igualdad a través de la dación de leyes con protección individual en un contexto socio jurídico de discriminación grupal.

Seguidamente, teniendo como génesis el sistema jurídico del *common law*, otra característica del derecho antidiscriminatorio clásico es su incuestionable tradición jurisprudencial. Por ello, ha sido el Tribunal Supremo estadounidense el que en definitiva ha ido construyendo y desarrollando el esquema sobre lo jurídicamente discriminatorio.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense parte pues del esquema indiferenciador. Como se ha presentado en un primer momento, la idea de igualdad ante la ley estaba equiparada a la de “igual trato”, por la cual, cuando una disposición -jurídica- hace un tratamiento diferente se presume injusta (desigualitaria), mientras que cuando trata de manera indiferenciada se presume justa (igualitaria). Sin embargo, como en la legislación las diferencias de trato resultan imprescindibles, el tribunal pronto intercede por diseños que permitan delimitar cuando las diferenciaciones legales son constitucionalmente legítimas y cuando no; una tarea especialmente ardua, debido a que la XIV enmienda no precisa nada al respecto.

Así pues estos nuevos parámetros argumentativos estarán sujetos a la evolución en el reconocimiento de las dimensiones del principio-derecho a la igualdad así como del de sus manifestaciones. De aquellos, siguiendo el análisis de la jurista María Ángeles Barrère<sup>299</sup>, podemos precisar tres:

- a) El parámetro de la *racionalidad*, por el que las clasificaciones o diferencias legales serán razonables, vale decir constitucionalmente admisibles, si se adaptan al fin de la norma que las contiene, si son idóneas para ese fin constitucionalmente legítimo.
- b) El segundo parámetro es el denominado “*test del escrutinio estricto*” (*strict scrutiny test*). Modelo aplicado en supuestos de clasificaciones *sospechosas*, por lo que exigirá se demuestre la existencia de un interés primordial, apremiante o extraordinario (*compelling interest*), así como una conexión estrecha entre la clasificación y el logro del

---

<sup>298</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades*. Valencia: Revista Vasca de Administración Pública (Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria) Nº 60; 2001, pp. 127 y 128.

<sup>299</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., pp. 31-32.

interés, acreditando además, la no existencia de una forma menos perjudicial para la consecución de aquel.

- c) *Test Intermedio (mid-level scrutiny test/ intermediate test)*, este tercer parámetro es utilizado ante criterios de clasificación no estrictamente sospechosos pero sí, *sensibles (sensitive)*. Este control de constitucionalidad es aplicado fundamentalmente al sexo como clasificación sensible. Exige al órgano del que proceda la norma cuestionada, justificarla demostrando la existencia de un objetivo importante o sustancial (*important or substantial*) además de una vinculación igualmente sustancial (*substantially related*) al logro de tal objetivo.

Por todo lo reseñado, el nacimiento del Derecho antidiscriminatorio, su línea argumentativa, así como su posterior desarrollo y la forma cómo ha sido integrada a otros países fuera del *common law*; se verá profundamente marcada por todas estas circunstancias.

Con el paso del tiempo, el campo más fértil para el derecho antidiscriminatorio ha sido el ámbito laboral. Así la importancia de la configuración jurídica de discriminación en el empleo será la característica que determine su futuro<sup>300</sup>; centrado en su desarrollo teórico-doctrinal y caracterizado por lo que ha de considerarse prohibido.

Al respecto, la *Civil Rights Act* (o Ley de derechos civiles) en su Título VII se dedicará a precisar lo que es *unlawful* (ilegal), por cuyo desarrollo “el Gobierno de los Estados Unidos reconoce y se compromete con el principio de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y en su relación con la remuneración equitativa para los trabajadores y las trabajadoras por un trabajo igual, tal como contempla la legislación constitucional actualmente vigente en los Estados Unidos.”<sup>301</sup>

Los americanos seguirán desarrollando su derecho antidiscriminatorio a través de numerosas normas. Así al Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 y a su antecesora, la *Equal Pay Act* de 1963, le siguieron otras leyes y disposiciones federales, como la *Civil Rights Act* de 1991, la *Civil Service Reform Act* de 1978, la *Women’s Educational Equality Act* de 1978; las órdenes ejecutivas 11478 y 11590, la *Classification Act*, la *Wagner- Peysen Act*, la *Job Training Partnership Act* y la *Carl D. Perkins Vocational Education Act*, la *Age Discrimination in Employment Act*, y la *Americans with*

---

<sup>300</sup> Cfr. *Ibíd*em, p. 33.

<sup>301</sup> OIT. *La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estados Unidos. Evaluación del marco institucional*. Revisado por última vez el 31/05/2019. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb277/3-2/discr/e2.htm>

*Disabilities Act*, junto con las constituciones de los estados federados, legislación de los estados federados, otras disposiciones reglamentarias federales y de los estados federados.<sup>302</sup>

En el análisis de Paul Secunda y Jeffrey Hirsch son cinco los temas claves del Derecho antidiscriminatorio en el empleo; en este punto, siguiendo a la profesora Barrère, estos también serían los puntos claves del Derecho antidiscriminatorio en general<sup>303</sup>:

- 1) Qué constituye discriminación,
- 2) Qué clases de discriminación deberían ser abordadas por el Derecho,
- 3) Cómo se prueba la discriminación,
- 4) Quién debería correr con la carga de la prueba, y;
- 5) Cuál debería ser la respuesta o el remedio apropiado una vez probada la violación del Derecho.

En relación a esto último, el primer punto clave presentado destaca por su relevancia teórica, y es que sólo cuando se determine qué se considera discriminación, se podrá hablar de otros temas derivados de aquel como sus clasificaciones, la manera de probarla o de la respuesta adecuada frente a ella<sup>304</sup>. Al respecto, será más adelante que ahondaremos en estas cuestiones.

Ahora bien, el uso que se le suele a la expresión Derecho antidiscriminatorio está moldeado también históricamente,

“[...] y sin que se pueda hablar de una división tajante, es posible diferenciar dos tipos de actuaciones normativas. Por un lado, estarían las encaminadas a identificar o detectar la discriminación y, por otro, las dirigidas a eliminarla. A título orientativo, las primeras serían labor fundamental del poder judicial (más concretamente del Tribunal Supremo, a través de la elaboración de mecanismos de constitucionalidad de las leyes y de los conceptos de *disparate treatment* y *disparate impact*), mientras que las segundas, integradoras propiamente del concepto de acción afirmativa, serían obra de los poderes normativos en sentido estricto (originaria y fundamentalmente de la Administración).”<sup>305</sup>

En efecto, dentro de los tipos de actuación normativa típicos del Derecho antidiscriminatorio tenemos dos figuras, las que versan sobre discriminación directa e indirecta, y las de acción afirmativa. En lo que respecta a las primeras, será el Tribunal Supremo americano el que efectúe

---

<sup>302</sup> *Ibidem*.

<sup>303</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p. 34.

<sup>304</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>305</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *Problemas del Derecho...* Ob. Cit., pp.124 y 125.

la diferenciación entre ambas, conociéndolas en su tradición jurídica como *disparate treatment* y *disparate impact*, respectivamente.

A la fecha, ambas expresiones del derecho antidiscriminatorio clásico han permeado otras legislaciones, así pues, se ha entendido por discriminación directa (*disparate treatment*) a la ruptura de la igualdad a través de una disposición que efectúa diferenciaciones basadas en características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo en particular; y por discriminación indirecta (*disparate impact*) al caso en el que la igualdad de trato se rompa, no a través de una disposición «neutra», sino como resultado de los efectos o consecuencias de la misma; requiriendo en ambos casos un *tertium comparationis* como modelo o referente comparativo.

En lo que respecta a la segunda actuación normativa típica del Derecho antidiscriminatorio, hablar de derecho antidiscriminatorio estadounidense es hablar pues de acción afirmativa. La acción afirmativa en Estados Unidos es de larga data, tanto así que la propia Clausula de igual protección de la XIV enmienda afirmaba los derechos civiles de la población negra.

Dicho esto, no podemos dejar de mencionar que la forma cómo se acuñó el término “acción afirmativa” inicialmente poco tenía que ver con las políticas de acción afirmativa de nuestros días. La locución apareció por primera vez en el *National Labor Relations Act* conocido también como el *Wagner Act* en 1935, en este documento se erigió la protección del derecho a sindicalización, pero además instauró un mecanismo de reposición en un puesto de trabajo de similar jerarquía en caso de despido por dicha causal a través del uso de “acción afirmativa”<sup>306</sup>. Si bien el *Wagner Act* protegía a trabajadores y sindicatos, este no protegía grupos en desventaja; empero ayudó a crear un escenario en el que se priorizaba el interés por las políticas compensatorias.

Posteriormente el llamado “*incidente Isaac Woodard Jr.*” propulsó a nivel federal iniciativas sobre derechos civiles en la administración del presidente Truman. El caso, referido a un veterano afroamericano salvajemente atacado por un grupo de policías en Carolina del Sur hasta dejarlo ciego tras su ceremonia de retiro con honores y aún en su uniforme; dio lugar a la emisión de las Órdenes Ejecutivas 9980 and 9981 en 1948, que propendían la desegregación de las fuerzas armadas y el gobierno federal<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> Portal Web Institucional del National Labor Relations Board. Revisado por última vez el 02/06/2018. Disponible en: <https://www.nlr.gov/how-we-work/national-labor-relations-act>

<sup>307</sup> Cfr. [https://en.wikipedia.org/wiki/Isaac\\_Woodard](https://en.wikipedia.org/wiki/Isaac_Woodard) Revisado por última vez el 02/06/2018.

A esta normativa le seguirían muchas otras disposiciones<sup>308</sup>, entre ellas la Orden Ejecutiva 10925 de 16 de marzo de 1961 bajo la administración de John F. Kennedy, la misma que versaba sobre medidas de integración de minorías para empresas que contraten con el Gobierno Federal; una muestra clara de la venia con la que se asentaba esta medida para el futuro.

Con todo ello, la Orden Ejecutiva 10925, vendría a ser el origen del contenido conceptual que la acción afirmativa tiene en nuestros días<sup>309</sup>. Ésta exhortaba a las empresas que contratasen con el gobierno a: “tomar acción afirmativa para asegurar que los postulantes sean contratados, y que los trabajadores durante la duración de su contrato sean tratados sin importar su raza, credo, color de piel u origen nacional.”<sup>310</sup>

Sobre aspectos teóricos respecto de la acción afirmativa no nos detendremos en este punto por haber tratado sobre los mismos en el capítulo anterior. Empero, hemos de referirnos a un detalle que mencionamos páginas atrás en este apartado: *qué constituye discriminación*.

La relevancia teórica de esta construcción y ergo de la de *igualdad* ha de tener importantes consecuencias en la forma cómo se ha planteado y cómo se desarrollará un Derecho que de califica a sí mismo como antidiscriminatorio. Las construcciones sociales así como lo socialmente aceptado intervendrán indubitablemente en la edificación de lo *jurídicamente justo* y en el caso específico de lo *jurídicamente igual* o *jurídicamente discriminatorio*.

Recientemente, la virtualidad emancipadora que el Derecho antidiscriminatorio posee en su origen ha ido perdiendo efectividad. Casos de brutalidad policiaca en Estados Unidos, así como la proliferación de legislaciones estatales cada vez menos tolerantes de instrumentos como la acción afirmativa o cuotas de diversidad, reflejan la necesidad de un re-análisis de sus presupuestos. Así, este derecho antidiscriminatorio *clásico* no termina de responder a los desafíos que la realidad plantea. Finalmente, concordamos con la profesora Barrère al señalar que potenciar las posibilidades del Derecho antidiscriminatorio exige, pues, efectuar una crítica en profundidad de sus presupuestos, así como una de revisión de los mismos<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Entre muchas otras, a esta le han seguido: la Orden Ejecutiva 11246 de 1964, la Ley de Asistencia a la Readaptación de Veteranos de la Era de Vietnam (VEERAA, por sus siglas en inglés) de 1974 y la Sección 503 de la Ley de Rehabilitación de 1973, regulaciones relacionados con los Programas de Acción Afirmativa para Mujeres, Minorías, Veteranos y Personas con Impedimentos, respectivamente.

<sup>309</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p. 48.

<sup>310</sup> En el idioma original: “*take affirmative action to ensure that applicants are employed and that employees are treated during employment without regard to their race, creed, color, or national origin.*” La traducción es nuestra.

<sup>311</sup> Variada obra de la profesora Barrère hace hincapié sobre este asunto, véase *Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio, La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas, La*

### 5.1.1. AVANCES DE LOS EE.UU. EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

Considerando que el análisis del fenómeno de la discriminación múltiple nació en Estados Unidos así como el propio derecho antidiscriminatorio, podríamos pensar que este concepto se encuentra ampliamente regulado y aplicado en este país, empero estaríamos en un error.

Como señala la Dirección General para el Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea en su estudio *Abordando la Discriminación Múltiple. Prácticas, políticas y normas*: “No se deriva directamente de la Constitución de los Estados Unidos un abordaje interseccional para la discriminación, ni de sus leyes federales ni de su derecho estatutario a nivel interno.”<sup>312</sup>[Traducción nuestra]

La protección antidiscriminatoria dada por la Cláusula de Igual Protección (*Equal Protection Clause*) de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución americana de 1870 -la misma que repara sobre la igual protección de las leyes respecto de motivos como la raza, el color o el origen nacional- inspira, en su mayor parte, la protección legal de los Estados.

Respecto de los casos en la jurisprudencia, podemos señalar que en este país tampoco se ha integrado el enfoque interseccional, siendo una práctica frecuente que los tribunales hagan “escoger” a la víctima de discriminación el motivo por el cual se revisará el caso; no permitiendo demandas basadas en la intersección de dos o más motivos -como ocurrió en el caso que promovió los estudios de Crenshaw-.

Sin embargo, de acuerdo al ya mencionado informe de la Comisión Europea, la agencia federal United States Equal Employment Opportunity Commission<sup>313</sup> ha tomado el liderazgo en la discusión y aplicación del enfoque interseccional, paso importante en el reconocimiento de casos sobre discriminación múltiple. Esta institución ha publicado también un manual en el que se incluye el problema de la discriminación múltiple, acción indicativa de una transversalización del enfoque interseccional a opinión de la Comisión Europea<sup>314</sup>.

---

*interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas, Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*, entre otras.

<sup>312</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple discrimination practices, policies and laws...* Ob. Cit., p. 26. En su idioma original: “An intersectional approach to discrimination cannot be derived directly from the United States Constitution, nor from federal law or statutory law on the domestic level.”

<sup>313</sup> Agencia federal para el reforzamiento del Título VII de la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act).

<sup>314</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple discrimination practices, policies and...* Loc. Cit., p. 27.



## 5.2. EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN LA UNIÓN EUROPEA

En el caso de la Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea) el Derecho antidiscriminatorio se construyó en torno al sexo/género y no respecto de la raza, a diferencia del de Estados Unidos. El punto de partida fue artículo 119° del Tratado de Roma en 1957. Esta norma establecía la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, empero no porque reconociera lo dispar de las remuneraciones —o las relaciones entre los hombres y las mujeres— sino más bien para evitar que los países compitieran en el mercado común de la CEE con legislaciones dispares, donde algunos países preveían esta situación y otros no, haciendo a los primeros menos competitivos respecto de los segundos<sup>315</sup>.

Tuvieron que transcurrir veinte años desde el artículo 119° para que, coincidiendo con el comienzo de la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo, la actividad normativa de la CEE -hoy Unión Europea- destine una serie de directivas vinculadas a la discriminación sexual en el empleo. El “Programa de Acción Social” para la Comunidad de 1974 y, la Reunión del Consejo de 27 de junio de del mismo año fueron el germen político de las mencionadas directivas; según las cuales, el principio de igualdad de trato por razón de sexo habría de estar presente en la totalidad del Programa de Acción Social Comunitario.

A continuación, repasaremos a grandes rasgos la evolución normativa del derecho antidiscriminatorio en la Unión Europea, en gran medida, siguiendo el material de la Profesora Barrère titulado: *“Marco normativo de la igualdad de género: internacional, europeo, estatal y autonómico”*<sup>316</sup>, materiales de estudio relativos a la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea para el Instituto Navarro para la Familia e Igualdad (INAFI).

Exceptuando el ámbito de la discriminación por la nacionalidad entre las personas trabajadoras de los Estados miembros, la primera normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea tiene que ver con la discriminación sexual en la retribución. Como habíamos mencionado, se trata del artículo 119° del Tratado Constitutivo de la -entonces- Comunidad Económica Europea (TCEE o Tratado de Roma) en el que se recoge expresamente el deber de cada Estado de garantizar la aplicación del *“principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y*

---

<sup>315</sup> Cfr. PEREZ DEL RIO, T. *La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo*. La Mancha: Revista jurídica de Castilla, Nro. 13; 1991 p. 17 y ss. Citado por: BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p. 61.

<sup>316</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *Marco normativo de la igualdad de género: internacional, europeo, estatal y autonómico*. Disponible en: <ftp://ftp.formainap.navarra.es/2014/9813-Transversalidad%20de%20genero/08%20Derecho%20antidiscriminatorio%20en%20la%20UE.pdf>  
Revisado por última vez el 02/06/2019.



*femeninos para un mismo trabajo*". Seguidamente, la CEE destina toda una batería de directivas vinculadas expresa o implícitamente a la discriminación laboral de las mujeres<sup>317</sup>. Directivas, vinculadas implícitamente con la situación laboral de las mujeres: sanción de la discriminación directa e indirecta, acción afirmativa, igualdad respecto de la seguridad social, carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, etc. Incorporándose algunos de los conceptos teóricos surgidos de Estados Unidos.

Posteriormente, a partir del Tratado de Ámsterdam<sup>318</sup>, "se inaugura una nueva etapa del Derecho antidiscriminatorio de la UE [en la medida que] el Derecho originario prevé la actuación antidiscriminatoria comunitaria, no sólo en relación al sexo, sino, a nivel multicausal"<sup>319</sup>.

Así, el artículo 13º del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) señala:

"Sin perjuicio de las demás disposiciones del Tratado y dentro de los límites y competencia atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación *por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*"

[Cursivas nuestras]

El reconocimiento multicausal de estos en el Tratado de Ámsterdam dará pie a dos directivas<sup>320</sup> el año 2000, relevantes por abarcar un amplio espectro antidiscriminatorio y configurar el alcance de la responsabilidad de los Estados miembros en el desarrollo de sus presupuestos<sup>321</sup>. Tras éstas, la Directiva del Consejo 2004/113/CE del 13 de diciembre de 2004 da un salto cualitativo en el desarrollo del marco competencial de la UE al abordar la discriminación sexual en las relaciones contractuales ajenas a las relaciones laborales o de empleo.<sup>322</sup>

---

<sup>317</sup> Cfr. Directiva 75/11/CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975, Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978, Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986, Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, Directiva 97/80/CE de 15 de diciembre de 1997.

<sup>318</sup> Firmado en 1997, entrando en vigor en 1999; pasa a convertirse en la nueva normativa legal de la Unión Europea. Su objetivo fundamental era el de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia común. Hizo énfasis en varios aspectos fundamentales: empleo, libre circulación de ciudadanos, justicia, política exterior y de seguridad común, y reforma institucional para afrontar el ingreso de nuevos miembros.

<sup>319</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Loc. Cit., p. 89.

<sup>320</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 y Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000.

<sup>321</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p. 91.

<sup>322</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 92.

Finalmente, con el “Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”<sup>323</sup>-título formal del texto-, la igualdad y la no discriminación cobran un especial protagonismo<sup>324</sup>. Así, desde el artículo 2° del Tratado de la Unión Europea (TUE) renovado, se efectúa una referencia expresa a la igualdad entre mujeres y hombres, visibilizándola. Cuya redacción es como sigue:

Art. 2.- La Unión se fundamenta en los valores del respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y *la igualdad entre mujeres y hombres*. [Cursivas agregadas]

A su vez, en el artículo 3°, adoptando como una de las finalidades de la Unión la promoción de sus valores, se precisa (art. 3.3): *“La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”*.

Resulta, además, fundamental en la renovación del Tratado la inclusión en su artículo 6°, de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Niza<sup>325</sup>. Así, el mencionado artículo declara: *“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.”*

“Este reconocimiento supone que formará parte del Derecho de la Unión como principios generales (según el párrafo 3 de este mismo artículo 6) los contenidos en el

---

<sup>323</sup> Firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, éste renueva el Tratado de la Unión Europea e incluye el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 306, 17 de diciembre de 2007 y C 115, 9 de mayo de 2008). Con este tratado, la UE tiene personalidad jurídica propia para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario.

<sup>324</sup> TUR AUSINA, R. *Las políticas de Igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa*. 2009, p. 337 y ss. Citado por: BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p. 97.

<sup>325</sup> La Carta de Niza o Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa; una vez ratificado este, hace la Carta legalmente vinculante para todos los países con excepciones para Polonia y el Reino Unido. Fuente: Wikipedia. Revisado por última vez el 02/06/2019. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Carta\\_de\\_los\\_Derechos\\_Fundamentales\\_de\\_la\\_Uni%C3%B3n\\_Europea](https://es.wikipedia.org/wiki/Carta_de_los_Derechos_Fundamentales_de_la_Uni%C3%B3n_Europea)

Capítulo III de la Carta bajo el título de Igualdad; a saber: igualdad ante la ley (artículo 20), no discriminación (artículo 21), diversidad cultural, religiosa y lingüística (artículo 22), igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23), derechos del menor (artículo 24), derechos de las personas mayores (artículo 25), e integración de las personas discapacitadas (artículo 26).”<sup>326</sup>

De todos ellos destaca la contundencia en el grado de compromiso adquirido en el Artículo 23°: *“La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas en favor del sexo menos representado”*.

Finalmente, el Tratado de Lisboa confirma la tendencia instaurada en el Tratado de Ámsterdam de separar la referencia a la *discriminación* de la relativa a la *igualdad entre mujeres y hombres*. En el sentido que tal división no puede sino ser interpretada como un reconocimiento a la importancia otorgada al factor sexo-género en relación al resto de factores de discriminación<sup>327</sup>.

### 5.2.1. AVANCES DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

Actualmente, la legislación de la UE sobre discriminación e igualdad de trato no establece expresamente la prohibición de la discriminación múltiple. A pesar de esto, las Directivas de la misma UE reconocen la posibilidad de la simultaneidad de motivos en el fenómeno discriminatorio. Las Directivas 2000/43/CE sobre igualdad racial en materia laboral y 2000/78/CE sobre Igualdad en el Empleo, han señalado en sus preámbulos –con redacción casi idéntica- que:

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

De tal forma que, en teoría, todos los Estados miembros de la UE podrían abordar la discriminación múltiple, al menos en el ámbito del empleo. Sin embargo, como no existe una disposición explícita en ese sentido, la mayoría de los Estados miembros no lo hacen. Solo Austria, Alemania, España y Rumania abordan específicamente la discriminación múltiple en su

---

<sup>326</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p. 98.

<sup>327</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 104.

legislación, donde únicamente en las legislaciones de Austria, Alemania y Rumania se ha especificado cómo manejar los casos de discriminación múltiple.<sup>328</sup>

Así, la Ley alemana de Igualdad de trato de 2006, en su sección cuarta señala que "[l]a discriminación basada en varios motivos [...] solo podrá ser amparada [...] si dicho amparo alcanza a todos los motivos en los que se basa la diferencia de trato." Lo que en primera instancia significaría que las demandas sobre discriminación múltiple son admisibles para la justicia alemana, empero a la fecha, no se han generado nuevas previsiones explícitas al respecto.

A su vez, la Ley sobre Discapacidad de Austria estipula que las autoridades pueden -a discreción- considerar la existencia de una situación de discriminación múltiple al evaluar una indemnización por daños y perjuicios; desafortunadamente su legislación no hace más referencia al tema.

En Rumania, la Ley sobre igualdad entre hombres y mujeres de 2006, define en su artículo 4° parágrafo h) a la Discriminación Múltiple como un acto de discriminación basado en dos o más motivos de discriminación. Adicionalmente, su Ley de igualdad de trato (también de 2006) señala los motivos de edad, raza, origen étnico, religión, credo y orientación sexual como prohibidos, sosteniendo que la discriminación basada en dos o más de estos motivos será tratada como una "circunstancia agravante".

En el caso de España, la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, se refiere a la discriminación múltiple en dos apartados. Primero, en la Exposición de motivos, sección II, al señalar:

"Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación [...] contempla[ndose], asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad." [Subrayado nuestro]

Reconociendo la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres que se encuentran en situaciones de *doble discriminación* y por tanto la necesidad de una mejor aplicación de la ley

---

<sup>328</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION. *Tackling multiple discrimination practices, policies and laws...* Ob. Cit., p. 20.

por parte de los poderes públicos. Del mismo modo, en el artículo 14°, referente a los criterios generales de actuación de los poderes públicos, consagra en su párrafo 6:

"La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva."

Considerando como *colectivos de especial vulnerabilidad* aquellos grupos de mujeres en los que se intersectan la condición de migrante, la edad, la discapacidad, etc., vale decir para mujeres afectadas por la discriminación múltiple; para quienes se estipula la posibilidad de implementar medidas de acción positivas.

Respecto de la integración del concepto en la administración de justicia, casos en Dinamarca, Letonia, Suecia, Irlanda y el Reino Unido demuestran que cada vez más casos de discriminación múltiple exigen su resolución a través de los órganos de administración de justicia<sup>329</sup>. Aunque este acercamiento a los tribunales no sea pacífico, puesto que regularmente en los procesos cada motivo de discriminación es manejado de forma separada; ya sea a causa de una visión pragmática al momento de recurrir a la justicia, o más bien por la rigidez propia de los procesos, la unidimensionalidad de su concepción y la dificultad de encontrar un *tertium comparationis* válido; arriesgándonos a la tergiversación de la naturaleza de los casos<sup>330</sup>.

### **5.3. DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN AMERICA LATINA**

Si bien Latinoamérica no es una excepción respecto de la existencia del derecho antidiscriminatorio, debemos adelantar que en relación al tratamiento de la discriminación múltiple, ésta se encuentra en una fase embrionaria para esta parte del mundo, pues en los países vecinos no podemos encontrar más que esbozos en sus legislaciones. Una vez mencionado esto, a continuación repasaremos sobre lo que se tiene en tres países de la región respecto del derecho antidiscriminatorio clásico y los ya mencionados esbozos.

---

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 20 y ss.

<sup>330</sup> *Ibid.*

### 5.3.1. MEXICO

En el caso de México, la igualdad de derechos estuvo presente desde sus primeros documentos constitucionales<sup>331</sup>. Empero, el tránsito histórico-social que deriva en la protección actual que declara su marco jurídico respecto del derecho a la igualdad y no discriminación; no es sino producto de una serie de ajustes en sus normas más cardinales. Una de las más importantes reformas se dio con la modificatoria del texto constitucional mexicano introducida el año 2001, por la cual el tercer párrafo del Artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quedó en los siguientes términos:

“[...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, 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.”

De este modo se consagró la prohibición de toda forma de discriminación motivada por tales razones. Otro punto resaltante es que, sobre este eje, se construyó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) decretada el 11 de junio del 2003. Ley que introdujo al orden jurídico mexicano disposiciones que tienen la finalidad de prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra cualquier persona, y de promover la igualdad de oportunidades y trato.

Posteriormente, en el 2014 esta norma sufrió de una reforma integral “para brindar una mayor protección del derecho a la igualdad y no discriminación y disponer de más y mejores herramientas de combate a la discriminación estructural”<sup>332</sup>:

“A raíz de esta reforma, la Ley establece mejores definiciones para su cumplimiento, armoniza la definición de discriminación con las de los tratados internacionales y **determina en forma mucho más clara lo que deben ser las políticas públicas en materia de igualdad**, es decir, no contempla únicamente la prevención de la discriminación, sino también la **construcción de acciones** que ayuden a nivelar la atención a la ciudadanía y

---

<sup>331</sup> Cfr. DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel. *Discriminación en México*. Entrada al Blog de la Revista Jurídica IUS de la Universidad Latina de América. Revisado por última vez el 29/08/2019. Disponible en: <http://www.unla.mx/iusunla31/opinion/LA%20DISCRIMINACION%20EN%20MEXICO.htm>

<sup>332</sup> CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN-CONAPRED. *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*. Presentación. México D.F: 2014, p.6.

a generar procesos de igualdad de trato, desarrollando acciones afirmativas **para grupos en situación de discriminación.**<sup>333</sup> [Énfasis agregado]

Así pues, el texto actual de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación conceptualiza la discriminación como:

“[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, **cuando se base en uno o más** de los siguientes **motivos**: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo;

También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.”<sup>334</sup> [Énfasis y cursivas agregadas]

Aunado a estas normas, de acuerdo con el portal institucional del Gobierno de México<sup>335</sup>, a nivel local existen: 31 leyes antidiscriminatorias, 26 cláusulas antidiscriminatorias que se encuentran establecidas en constituciones locales y 28 entidades federativas que cuentan con códigos penales o en alguna otra legislación que tipifican conductas relacionadas con la discriminación.

Finalmente, la importancia que tiene para México la igualdad se ha visto plasmada también en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2013-2018, el que durante su vigencia contribuyó al diseño de políticas públicas orientadas al fomento de una sociedad libre de discriminación.

---

<sup>333</sup> *Ibidem.*

<sup>334</sup> LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN. Reforma del 20 de marzo del 2014. Art.1, III.

<sup>335</sup> GOBIERNO DE MÉXICO. Portal Institucional. Revisado por última vez el 29/08/2019. Disponible en: <https://www.gob.mx/inafed/articulos/hace-14-anos-se-promulgo-la-ley-federal-para-prevenir-y-eliminar-la-discriminacion>

### 5.3.2. COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia se refiere en varias ocasiones al respeto y protección del derecho a la igualdad y no discriminación. Así, dentro de los Principios Fundamentales de su norma constitucional, el Artículo 5° sentencia: *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona [...]”*

Posteriormente, en el Título II De los derechos, las garantías y los deberes, es el Artículo 13° el encargado de ingresar la fórmula de la igualdad como principio y derecho, que también introduce un fraseo por el cual el Estado Colombiano se compromete a promover la igualdad material a través del reconocimiento del rango constitucional de la acción afirmativa. Más aún, hace referencia a la especial protección que el Estado ha de otorgar a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, reconociendo implícitamente la situación de desventaja real en la que se encuentran ciertos grupos.

“Art. 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

**El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.**

El Estado **protegerá especialmente a aquellas personas** que por su condición económica, física o mental, **se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta** y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

[Énfasis agregado]

Respecto del reconocimiento de subordinación fáctica de las mujeres en las sociedades, el constituyente ha incorporado a su vez, un artículo específico sobre las más comunes desventajas de las que el grupo mujeres es víctima, refiriéndose a la discriminación por razón de género y a la protección del Estado colombiano contra ella.

“Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”



El Estado colombiano también ha buscado por medio de políticas y legislaciones la obtención de la igualdad material, ejemplo de ello son la Ley de Cuotas (Ley 581 de 2000), el artículo 171 de la Constitución Política de Colombia sobre representatividad de los pueblos indígenas en el senado, los subsidios en salud y educación, y muchos otros mecanismos de acción afirmativa.

Entre las varias disposiciones colombianas en materia antidiscriminación, brevemente nos ocuparemos de la Ley 1482 de 2011 por la cual se modificaba el Código Penal colombiano, introduciendo un tipo penal referido a Actos de Racismo o Discriminación por razón de raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual; así como el delito de Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional étnico o cultural. Esta norma a su vez, fue modificada el 2015 por los artículos 2° y 3° de la Ley 1752 que incluyó en su redacción a la discapacidad y demás razones de discriminación<sup>336</sup>.

A su vez, la Corte Constitucional Colombiana en su jurisprudencia ha desarrollado los alcances de la igualdad como derecho, las acciones afirmativas como mecanismos de protección a las desigualdades presentadas y, por último, discriminación como medio de vulneración a dicho derecho<sup>337</sup>. Finalmente, como habíamos adelantado<sup>338</sup>, a partir de la interpretación de la Constitución colombiana y lo expresado por la Corte Constitucional del mismo país; rescatamos el reconocimiento de los *“sujetos de especial protección”* y la obligatoriedad de la aplicación para aquellos de un *“amparo reforzado”* (Sentencia T-282, 2008. Fundamento 5.1, párr. 7).

### 5.3.3. CHILE

La Constitución Política de la República de Chile proclama también el ideal de igualdad en su máxima norma, así el Artículo 1° de dicho texto legal sentencia: *“Las personas nacen libres e*

---

<sup>336</sup> CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. Artículo 134A.- Actos de racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134B.- Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

<sup>337</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-530 de 1993, por ejemplo.

<sup>338</sup> Anteriormente nos hemos referido a estos temas en el Capítulo I, apartado 4.1.

*iguales en dignidad y derechos. [...] Es deber del Estado [...] asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional."*

Otros artículos del texto constitucional referido se ocupan de la igualdad y la prohibición de la discriminación aunque normalmente en relación con otros derechos. Quizá la fórmula más parecida de protección se encuentra el Artículo 19°.2, referido a la igualdad ante la ley, precepto que declara: *"En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias."* En este mismo sentido Artículo 19°.3 señala que la Constitución chilena asegura a todas las personas: *"La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos."* De lo anterior podemos apreciar que en la constitución chilena la expresión *discriminar* aparece implícita como prohibición esencialmente adscrita al artículo 19, número 2, que establece la igualdad ante la ley; idea que ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional chileno<sup>339</sup>.

Llama la atención profundamente que no se mencionen en su texto constitucional cuales son los motivos prohibidos de discriminación, las categorías sospechosas, vale decir las condiciones conforme a las cuales se prohíbe discriminar. Omisión que ha llamado la atención del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>340</sup>. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha aludido a las categorías sospechosas en su jurisprudencia, rechazándolas como criterios a partir de los cuales se establecen diferencias de trato. Expresando reiteradamente que "la edad, sexo, raza, origen social o nacional", "la condición social, la posición económica o las creencias del demandado" son categorías que pueden resultar inaceptables para establecer diferencias<sup>341</sup>.

Ahora bien, la norma más completa a nivel infraconstitucional en materia antidiscriminación de Chile es la Ley 20609, más conocida como *Ley Zamudio*; norma que tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria, estableciendo un procedimiento judicial y medidas sancionatorias en caso de la comisión de un acto de ese

---

<sup>339</sup> Por mencionar algunas: Causa rol 1615-2010-INA, de 20 de enero de 2011, causa rol 1254-08-INC, de 29 de julio de 2009.

<sup>340</sup> El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas "ha observado que en algunas constituciones y leyes no se señalan todos los motivos por los que se prohíbe la discriminación, en la forma en que se enumeran en el párrafo 1 del artículo 2. Por lo tanto, el Comité desearía recibir información de los Estados Partes en cuanto al significado que revisten esas omisiones". En: Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación general N° 18, 37° período de sesiones. 1989, párrafo 11.

<sup>341</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Causas rol 1876-2011-INA, de 9 de agosto de 2011, considerando trigésimo cuarto; rol 1217-08-INA, de 31 de enero de 2009, considerando décimo primero (sic); rol 1204-08-INA, de 28 de mayo de 2009, considerando undécimo (sic); y rol 811-2007, de 31 de enero de 2008, considerando décimo primero (sic).

tipo. Vigente desde el 24 de julio del 2012, define la *discriminación arbitraria*, en su artículo 2° como:

"toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes [...]".

Añadiendo que una discriminación arbitraria se produce en particular cuando se funda en las propiedades, características, rasgos o criterios siguientes:

"[...] raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad[...]"  
Categorías que no podrán invocarse, de forma alguna *"para justificar, validar o excusar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público."*<sup>342</sup>

---

<sup>342</sup> LEY QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. Ley 20.609. 24 de julio del 2012. artículo 2° párr. 2.

## 6. CRÍTICA AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO CLÁSICO

Como puede apreciarse, quizá el atributo más importante del derecho antidiscriminatorio, históricamente, fue su virtualidad emancipadora. La promesa de un cambio en la manera cómo eran naturalizadas las desventajas sociales, económicas y legales basadas en argumentos biológicos que justificaban la subordinación de ciertos grupos; vale decir, la promesa de un cambio en los cánones del ciudadano cobijado por el Estado.

Lamentablemente, esta virtualidad emancipadora de su origen termina por perder efectividad. Esto en gran medida por el afán formalista e individualista que el derecho antidiscriminatorio clásico erige. La numerosa normativa positivizada en decenas de textos jurídicos, años de luchas y embates sociales por lograr la dación de normas que no terminan por re estructurar nuestras oportunidades. El derecho antidiscriminatorio clásico no termina de responder a los desafíos que la realidad plantea.

De modo que, como un derecho de grupos, es que desde éstos comenzará la crítica a aquel y sus posibilidades. Así, el derecho antidiscriminatorio moderno busca potenciar dichas posibilidades, misión que exige efectuar una crítica en profundidad de sus presupuestos, así como la de revisión de los mismos. Al respecto, una de las perspectivas más interesantes - y que compartimos-, es la que plantea la crítica feminista al derecho, revisando los presupuestos del Derecho y sus nociones fundamentales. En este mismo apartado recogeremos las reflexiones de la profesora de la Universidad del País Vasco, María Ángeles Barrère Unzueta, quien, desde la filosofía del derecho, el derecho constitucional y el derecho antidiscriminatorio moderno, cuestiona los supuestos más básicos de la teoría del derecho para poner en debate planteamientos y conceptos tan asentados como los de derecho, igualdad o discriminación.

### 6.1. EL FALSO UNIVERSALISMO DE DERECHOS

Empezaremos esta crítica señalando que, en la cultura jurídica hegemónica tradicional, el Derecho está vinculado al Estado, más propiamente dicho, al poder. De tal suerte que, el Derecho coincidirá con la producción normativa del poder político soberano.<sup>343</sup> Al respecto, cabe señalar que, aunque parezca una obviedad, la historia nos demuestra lo cambiante que puede ser el sentido de la normativa o la voluntad de su producción, de acuerdo a cuál es el sistema

---

<sup>343</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Loc. Cit., p.13 y ss.

imperante en el momento de su elaboración (piense en Francia del siglo XIV, China post revolución cultural o los Estados Unidos bajo administración Obama vs. la de Trump). De manera que, como sentencia la profesora María Ángeles Barrère Unzueta, “el [...] positivismo jurídico [...] deja de verse como una teoría explicativa del fenómeno jurídico y pasa a ser considerado como una ideología legitimadora del orden”<sup>344</sup>. Recordemos pues nuestra propia experiencia respecto de detentores del poder y la producción normativa, por ejemplo, en el Oncenio de Leguía, los años reformistas de Velasco Alvarado, la era Fujimori o más recientemente sobre los varios gobiernos involucrados en temas de corrupción.

Adicionalmente, para la autora, no sólo es sustancial reconocer la influencia del sistema imperante en el desarrollo del Derecho sino también de la importancia de *su* concepción como “*derecho cierto*”; puesto que “[e]l derecho [es], en definitiva el conjunto de documentos normativos provenientes del poder político soberano (el llamado sistema u ordenamiento jurídico), en los que se apoya la idea de la *certeza* jurídica.”<sup>345</sup> [Énfasis en el texto original]

Respecto a esto, la concepción de un *derecho cierto*, vale decir la idea de certeza jurídica, es una concepción teórica del Derecho no fortuita. Seguidamente, y con el propósito de comprender su trascendencia, la estudiaremos en relación al surgimiento mismo del Estado moderno, paralelo a la disolución del Antiguo Régimen y el de la sociedad medieval.

Para empezar, debemos ubicarnos en el contexto histórico de la época. En éste la existencia simultánea de numerosas organizaciones políticas en el sistema imperante de la época (monarcas, señores feudales, iglesia, burgueses, etc.) -y sus respectivas normativas- generaban gran incertidumbre respecto de la aplicación de la ley, (en gran medida por la incertidumbre y oscuridad con la que se aplicaban, basadas en ciertos status subjetivos); y evidentemente, injusticia. Agregándose a esta pila de dificultades, la concurrencia del poder normativo y jurisdiccional en una misma persona/institución con facultades tanto de producir derecho como de aplicarlo; lo que convergió en un ambiente bastante desventajoso, sobre todo para el comercio.<sup>346</sup>

Por lo que, considerando la situación económica y social de tipo capitalista que emergía en Europa, se hacía evidente la necesidad de un *derecho cierto*. Razón por la cual, el Derecho quedó diseñado como *medio de homogeneización* de las diferencias hasta entonces existentes.

---

<sup>344</sup> *Ibidem*, p.17.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p.13

<sup>346</sup> Cfr. *Id.*, pp. 13 y ss.

Resultado de ello se obtuvo un derecho público, simple, claro, predecible, potencialmente conocido por todos, estable y aplicable de manera uniforme.<sup>347</sup> “Esta era la única manera de conseguir seguridad jurídica [...] y la condición indispensable para el funcionamiento regular de una economía de mercado fundada en relaciones de cambio generalizas”<sup>348</sup>.

En este punto, la jurista María Ángeles Barrère en su libro “*El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites*” desarrolla la idea de Norberto Bobbio: esta posibilidad de un derecho cierto emanado del poder político soberano, ha sido defendida por la doctrina jurídica del positivismo jurídico o el *iuspositivismo* desde la formación del Estado Moderno hasta nuestros días. Kelsen, como autor formalista -ya que defiende la idea de la existencia de las normas jurídicas basada en su *modo de producción*- es quien mejor representa la visión actual del Derecho en la cultura jurídica imperante<sup>349</sup>. De manera que, a través de la validación Kelsiana del derecho se estudiará si una norma ha sido emanada por la autoridad jurídica legítima o competente y si ha seguido los procedimientos previstos por el propio ordenamiento jurídico para ello, de modo que, cumpliéndose estos dos requisitos, dicha norma podrá ser calificada como válida o existente. Empero, ¿puede decirnos algo respecto a si la norma en cuestión es justa o injusta? o, ¿si es eficaz o ineficaz? ¿Acaso importa?

El análisis del contenido de la norma o de su relación con la realidad social rebasa las posibilidades del análisis Kelsiano de producción normativa que se ocupa únicamente del modo de producción de la norma, vale decir, de su genealogía. Deviene pues en insuficiente para resolver cuestiones como las planteadas, que son importantes sobre todo en el estadio de desarrollo que ideas como *derecho e igualdad* tienen en el derecho antidiscriminatorio moderno o el derecho internacional público, y que pueden significar para grupos históricamente relegados la materialización de sus demandas.

Como podemos observar, esta primera idea del Derecho como instrumento homogeneizador no llega a incrustar en su razonamiento la piedra angular del fundamento de los derechos humanos: la idea de dignidad humana *general*.

---

<sup>347</sup> Cfr. Id.

<sup>348</sup> Id., p.14.

<sup>349</sup> Cfr. Id.

Carlos Hakansson Nieto<sup>350</sup>, reflexiona al respecto al hacer una analogía entre los problemas y amenazas de los derechos y libertades contemporáneos, y los de la célebre obra de Aldous Huxley, *“Un Mundo Feliz”*:

“[...] No deja de sorprendernos la posibilidad de un relativismo en la manera de concebir los derechos y libertades que existen en la actualidad; a tal punto que, [...] los problemas que el Derecho Constitucional contemporáneo debe encarar ya no radican solamente en el enfrentamiento de quienes consideran que las libertades sólo son un conjunto de prerrogativas que los Estados reconocen a los ciudadanos; en la actualidad, esta discusión entre positivistas y iusnaturalistas ha pasado al terreno de saber quién es el titular de los derechos.”

En un contexto donde la teoría constitucional tiene como centro a la persona<sup>351</sup>, la discusión respecto de la titularidad de derechos pasa indudablemente por el fundamento histórico universalmente aceptado de la noción de dignidad humana. En este punto, concordamos con el autor al señalar que los derechos constitucionales -incluidos la igualdad y el mandato de no discriminación- son una consecuencia de la dignidad humana, más aun, fundamento de todos los derechos.<sup>352</sup> Empero, ¿por qué planteamos aquí su falso universalismo?

Regresando a nuestra línea argumentativa, frente al punto central de este apartado, indica Barrère:

“Junto a la idea de la certeza y al formalismo iuspositivistas, la cultura jurídica tradicional bebe también de la filosofía liberal, entendiendo por tal la que promueve, el reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de una serie de derechos que el Estado

---

<sup>350</sup> HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho constitucional*. Lima: Palestra editores. 2012, pp. 407 y ss.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p.415.

<sup>352</sup> Es importante para nosotros señalar que existen otros puntos en los que diametralmente nos apartamos de la postura del autor; como, por ejemplo, cuando señala que: *“En la actualidad vemos en las constituciones modernas una cantidad de derechos reconocidos [...] que es extensa, incluso desproporcionada, y un tanto irreal si la[s] medimos en función a su grado de aplicación efectiva, sobre todo en los países del tercer mundo. [...] Un crecimiento que conduce a la desnaturalización del concepto inicial de los derechos; pues, el proceso de añadir nuevas prestaciones sociales podría resultar negativo para la idea de Constitución. Por lo menos provocaría su desprestigio en los ciudadanos al constatar que muchos de ellos no son de aplicación inmediata.”* (HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho constitucional... Ob. Cit.*, p. 418). O cuando se pronuncia respecto del reconocimiento de las cláusulas de desarrollo de derechos fundamentales, vinculados con el principio de dignidad humana, que recogen la existencia de nuevas necesidades o situaciones, éstas sean consideradas para el autor como un *“proceso inflacionario que fragmenta los derechos y libertades”* (HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho constitucional... Ob. Cit.*, p. 420) O que: *“legalizar el aborto [...] no sólo [es] una práctica inconstitucional, sino que compromete realmente la existencia real de la propia legitimidad de un Estado Democrático.”* (HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho constitucional... Ob. Cit.*, p. 428).

debe, en todo caso, respetar. Estos derechos cuyo modelo originario es el de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que surge de la Revolución Francesa de 1789, tienen como sujeto al individuo, es decir se configuran como derechos individuales *correspondientes, precisamente, a los individuos integrantes del grupo que merece tal consideración (hombre-ciudadano)*; un grupo del que, como es sabido, en tal época estaban excluidas las mujeres y toda persona (también hombres) de raza negra y no poseedora de una determinada renta”<sup>353</sup> [Énfasis nuestro].

De tal suerte que, el *canon de igualdad* sólo era válido y oponible entre determinados miembros de la sociedad (hombres, de raza blanca, propietarios, heterosexuales), por lo que paradójicamente en un intento de homogenización “general”, los individuos de este grupo pasaron a configurar el nuevo grupo privilegiado de la Modernidad.<sup>354</sup> Como consecuencia de ello, los derechos y garantías que se configurarán a partir de este punto seguirán el modelo de los intereses, experiencias y necesidades de dicho conjunto<sup>355</sup>.

Desafortunadamente, este nuevo paradigma perdura a lo largo del devenir de la historia, inclusive luego de proclamada la *universalidad de derechos* en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, de las distintas Convenciones antidiscriminatorias de la Organización de las Naciones Unidas y de las modernas Constituciones que declararán la igualdad como uno de sus principios y valores fundamentales –incluida la nuestra-. De modo que, al referirnos al *falso universalismo de derechos*, nos estamos refiriendo a la falacia que la igualdad *política* entronizó<sup>356</sup>, y que pasados 230 años de la Declaración francesa que la erigiera, nuestra sociedad aún aplaude como el máximo avance en la materia.

En este estado de las cosas, el planteamiento de cuestiones como ¿qué es la igualdad?, y ¿entre quienes es o puede ser medida/opuesta?, ¿qué implica?, ¿qué excluye?, ¿cómo se entiende la diferenciación?, entre muchas otras que aunque parezcan sólo de relevancia académica-teórica, podemos observar reflejada su relevancia social en el estudio elaborado por nuestro Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-MINJUSDDHH en colaboración con la Universidad ESAN<sup>357</sup>, en el que para el 70.65% de la población encuestada “el Estado peruano hace poco o nada para garantizar el ejercicio del Derecho a la igualdad y no discriminación”; una realidad general para

---

<sup>353</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.15.

<sup>354</sup> Cfr. *Ibíd.*

<sup>355</sup> A manera de ejemplo, a la fecha de hoy, en nuestro país un poder legislativo mayoritariamente fujimorista, legisla de acuerdo a sus ideales, intereses, experiencias y necesidades.

<sup>356</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.15.

<sup>357</sup> COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIO DE MERCADO Y OPINIÓN PÚBLICA – CPI et al. *Primera Encuesta Nacional en materia de Derechos Humanos*. Lima, 2013.



el 81% de los peruanos que denuncian que “la discriminación ocurre todo el tiempo y nadie hace nada”.

## 6.2. PERSPECTIVA SISTÉMICA Y DISCRIMINACIÓN JURÍDICA

La quiebra del planteamiento de la Modernidad liberal conlleva una revisión en profundidad del tratamiento de la igualdad en la cultura jurídica<sup>358</sup>. En la que, desde nuestro punto de vista, la participación de juristas feministas ha sido determinante, puesto que a través de las investigaciones llevadas a cabo se han ido revelando las limitaciones del Derecho antidiscriminatorio clásico. “Adoptar un enfoque sistémico implica, pues, una forma de aproximación y representación de la realidad que no sólo sirve para comprenderla también para transformarla.”<sup>359</sup> Conservando ello en mente, desde la perspectiva iusfeminista que inspira la presente investigación; nos situamos en la premisa del reconocimiento jurídico de los sistemas de poder, también conocidos como *regímenes de desigualdad*<sup>360</sup>.

La adopción de una perspectiva sistémica significa reconocer que en nuestras sociedades efectivamente existen estructuras y relaciones de poder intergrupales, o como es denominado por Rowlands<sup>361</sup>, relaciones de “*poder sobre*”, erigidos sobre determinados factores (sexo-género, raza, clase, heteronormatividad o heterosexualidad, uniformismo funcional, etc.) Relaciones de poder que, si bien es cierto, son en gran parte heredadas, pero que continúan perviviendo a pesar de los avances en materia de reconocimiento de derechos, esto en gran medida -como desarrollamos anteriormente- por la ilusión que generó el falso universalismo de derechos instituido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Hablar en términos sistémicos permite reconocer que el “poder sobre” se articula en una serie más o menos identificable de elementos (estereotipos, representaciones, símbolos, ideologías)

---

<sup>358</sup> MARTIN VIDA M. A. *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*. Granada: Universidad de Granada. 2004. Citado por BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.20.

<sup>359</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.20.

<sup>360</sup> Cfr. ACKER, J. *Inequality Regimes: Gender, Class and Race in organizations*. En: *Gender & Society*, 20; 2006, p. 441 y ss. CONAGHAN, J. *Intersectionality and the femiinst project in law*. En: GRABHAM, E. et al. (Eds). “Intersectionality and Beyond. Law, power and the politics of location”. Abingdon Routledge-Cavendish; 2009, pp. 21 y ss. Citados por BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.20.

<sup>361</sup> ROWLANDS, J. *Questioning Empowerment. Working with Women in Honduras*. Oxford: Oxfam; 1997. Citado por: BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.20.

que constituyen los pilares básicos del funcionamiento de la sociedad; vinculados entre sí en una relación dinámica, donde se reproducen y transmiten en las principales instituciones sociales (familia, iglesia, trabajo, escuela) con la finalidad de hacer operativo el sistema. Regímenes de desigualdad que actúan grupalmente, porque aun manifestándose de forma individual afectan al conjunto no privilegiado.<sup>362</sup> Incluyéndose dentro de estos tratos el comportamiento omisivo<sup>363</sup>.

Por otro lado, no podemos pasar por alto que el Derecho forma parte de lo social, es un producto más de la sociedad y no puede ser concebido al margen del funcionamiento de ésta. Así, las teorías sociológicas del Derecho dejan de vincular a éste con el Estado y propugnan una existencia de las normas jurídicas vinculada a la realidad social y a la fuerza normativa de ésta. En consecuencia, no será posible concebir un concepto de Derecho ajeno a lo social<sup>364</sup>. Lo que en última instancia «significa que no puede haber discriminación “social” al margen del Derecho.» De modo que, «una cosa es que el Derecho sólo prohíba ciertos tratos discriminatorios, pero esto [de ninguna forma] convierte a la discriminación prohibida en la única discriminación jurídica [ni] en la única discriminación relevante para el Derecho.»<sup>365</sup>

Otro punto a tomar consideración desde esta perspectiva es el lenguaje. La normativa, sea del nivel que sea, no pasa de ser un conjunto de enunciados lingüísticos, al igual que la interpretación que se haga de ésta, inclusive si proviene de la doctrina más celebrada o del tribunal más alto. “El lenguaje legal es un *lenguaje común*, solo que *especial*”<sup>366</sup> y, como tal, no resulta más verdadero ni ideológicamente más neutral que cualquier otro; como ha sido estudiado por la filosofía del lenguaje<sup>367</sup>.

Por lo que la utilización del lenguaje legal como medio de transmisión de ideología es un hecho. No existe pues neutralidad plena en la formulación de juicios de legisladores, jueces u otros

---

<sup>362</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.20.

<sup>363</sup> Como señala Fredman: “un Gobierno no puede ser por definición neutral: una política de no intervención en una sociedad enraizada en la discriminación, a través del mantenimiento del *status quo*, está favoreciendo inevitablemente a los grupos dominantes”. En: FREDMAN, S. *Reversing Discrimination*. *The Law Quarterly Review*, 113; 1997, p. 575 y ss. Citado por BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.21.

<sup>364</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.21.

<sup>365</sup> *Ibidem*.

<sup>366</sup> ITURRALDE, V. *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*. Lima: Ara Editores; 2010, p. 178 y ss. Citado por BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.18.

<sup>367</sup> Cfr. SCARPELLI, U. *Contributto alla semántica del linguaggio normativo*. Milán: Giuffrè. 1959. CARRIÓ, G.R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. TARELLO, G. *Ideologie settecentesche della coificazione e struttura dei codici moderni*. En CASTIGNONE, S. et. Al. “Introduzione teorica allo studio del diritto”. Génova: ECIG; 1974, p. 189 y ss. Citados por BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.18.

servidores públicos, lo que entienda no es automáticamente perverso -puesto que todos tenemos posturas propias- pero que, de no reconocer estos sesgos y ser celosos de ellos, se invisibiliza el peso que éstos ponen sobre las ideas de justicia e igualdad, pudiendo eventualmente someter las leyes a los intereses y escala de valores de aquellos.

### 6.3. BARRÈRE Y LA SUBORDISCRIMINACIÓN

Es para nosotros importante compartir el aporte de la Profesora de la Universidad del País Vasco, María Ángeles Barrère, para quien, en la cultura jurídica; el término “discriminación” tiene un uso abusivo, el que provoca despropósitos y malos entendidos<sup>368</sup>. Usos a que, siguiendo a la maestra, no siempre resultan inocentes.

Barrère plantea el uso abusivo en un doble sentido<sup>369</sup>:

«Por un lado, se emplea el término “discriminación” tanto para hacer referencia a una simple diferenciación o distinción (éste sería, precisamente, el significado originario y neutro), como para designar una diferenciación injusta o arbitraria (ésta sería el significado sobrevenido y peyorativo). Para distinguir ambos conceptos se dice que, en el primer caso, se discrimina “entre”, mientras que, en el segundo caso, se discrimina “contra”. Sin embargo, [...] el empleo que se suele hacer de esta palabra en el contexto jurídico-político da pie a frecuentes confusiones. Ello se debe, fundamentalmente, a querer conservar ambos significados, con lo que se prejuzga como discriminación (en el sentido de distinción injusta o arbitraria) simples diferenciaciones que, no sólo no tienen por qué presentarse como injustas, sino que han sido establecidas, precisamente, para eliminar la injusticia.

Otro uso abusivo proviene de utilizar la palabra “discriminación”, tanto para designar la ruptura de la igualdad que se da en el trato de individuos pertenecientes a un mismo grupo, en el que no se advierten diferencias de *status* o poder [-ruptura intragrupal-], como para designar la ruptura de la igualdad que se da en el trato a individuos que pertenecen a grupos entre los que se advierte tal diferencia [-ruptura intergrupala-]. Pero si el fenómeno de la desigualdad de trato entre individuos pertenecientes a un mismo

---

<sup>368</sup> GIANFROMAGGIO, L. *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?* En BONACHI, G. y otro (Eds.) “Il dilemma della Cittadinanza Diritti e Doveri delle Donne”. Roma-Bari: Laterza; 1993, p. 214 y ss. Citado por BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.22.

<sup>369</sup> BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.22.

grupo es diverso al fenómeno de la desigualdad de trato entre individuos con diferente poder social, resultará abusivo utilizar el término (“discriminación”) para hacer referencia a ambos fenómenos.»

La profesora reconoce la dificultad de cambiar los usos lingüísticos dominantes que generan estas ambigüedades. Empero, en su obra “*El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites*” presenta tres propuestas<sup>370</sup>: Como primer punto, y como había sido mencionado anteriormente<sup>371</sup>, la redefinición del término técnico-jurídico “discriminación”, haciéndole perder su significado neutral -de simple diferenciación- y dejando únicamente su significado negativo -de diferenciación injusta-, puesto que como argumenta, éste es el uso más adecuado del término en un Derecho que se autodenomina *antidiscriminatorio* (presuponiéndose *siempre* lo negativo de la discriminación).

Propone, a su vez, añadir un límite al segundo uso abusivo detectado, debiendo considerarse como discriminación únicamente a la ruptura de la igualdad de trato denominado como *intergrupala*, vale decir contra individuos que pertenecen a grupos con distinto *status* o poder social. Evitándose de este modo la confusión relacionada al uso de términos como “discriminación inversa” y “discriminación positiva”, en los que se utiliza arbitrariamente el vocablo “discriminación” condenando de un modo u otro las medidas de acción positiva diferenciadoras. Puesto que, o se trata de un sinsentido o los términos “discriminación inversa/positiva” sugerirían que la acción positiva estaría discriminando a individuos ajenos al grupo que intentan beneficiar, dándose a entender que la situación de injusticia de un individuo que pertenece a un grupo privilegiado socialmente puede ser la misma que la de quien pertenece a un grupo subordinado. Tema sobre el que suficientemente hemos tratado<sup>372</sup>.

Empero, es para nosotros el tercer planteamiento de la profesora Barrère el más innovador. Propone pues, superar la ambigüedad del término utilizado para designar al trato diferente e injusto basado en la existencia de los sistemas de poder, a través de la introducción de una expresión que soporte la perspectiva del enfoque sistémico: la “*subdiscriminación*”.

De modo que, aun existiendo otras posibilidades de expresiones como “discriminación estructural”, “discriminación intergrupala”, “discriminación sistémica” o “discriminación institucional”, aunque ilustrativas, resultan más bien parciales al abordar la problemática que los tratar de comprender. De tal forma que el término *subdiscriminación* postula un alcance

---

<sup>370</sup> *Ibidem*, p.21-24.

<sup>371</sup> Al respecto, habíamos adelantado esta discusión en el apartado 5.2. del primer capítulo de este trabajo.

<sup>372</sup> Vea el apartado 5.2 del primer capítulo o los apartados 3.1 y 3.2 de este segundo capítulo.

global y por tanto más significativo que los mencionados, comprendiendo las implicancias de los sistemas de poder para los grupos en desventaja.

#### 6.4. PERSPECTIVA IUS FEMINISTA

Como señalamos en la parte introductoria de esta sección, “*el derecho, entendido como el conjunto de instituciones formales que regulan la vida en sociedad, no podía dejar de ser uno de los principales focos de la crítica feminista, como tampoco podía dejar de ser una de las más importantes herramientas dentro de la lucha de las mujeres por alcanzar el lugar que desean tener dentro de la sociedad.*”<sup>373</sup>

Por lo que, al margen de las discusiones y malos entendidos en torno al término “*feminismo*”, y con el propósito de aclarar nuestra postura, haremos uso de la definición que cuenta con mayor aceptación en torno al mencionado, así:

«Se considera “*feminista*” al conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas, las mujeres son las perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía de lo masculino.»<sup>374</sup>

De tal suerte, la relación entre el feminismo y el derecho asume muchas y variadas formas. Así, siguiendo el análisis de la jurista Isabel Jaramillo, y para su mejor comprensión; distinguiremos entre el feminismo como *crítico del derecho* y el derecho como *herramienta* del feminismo.

“[D]entro de la crítica feminista al derecho pueden distinguirse la crítica que se hace a los presupuestos del derecho y a sus nociones fundamentales, crítica que se ubicaría por esta razón en el ámbito de la teoría del derecho; y la crítica de instituciones jurídicas actualmente existentes. Y dentro de los usos del derecho [-como herramienta del feminismo-] se podría hablar de usos estratégicos y usos no estratégicos.”<sup>375</sup>

---

<sup>373</sup> JARAMILLO, Isabel Cristina. *La crítica feminista al Derecho, estudio preliminar*. En WEST, Robin: “Género y Teoría del Derecho”. Bogotá: Siglo de Hombres Editores y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Instituto Pensar. 2000, pp.27-66.

<sup>374</sup> Cfr. SMITH, Patricia. *Introduction*. En SMITH, Patricia (ed.) “Feminist jurisprudence”, pp. 9-16. Citado por: JARAMILLO, Isabel Cristina. *La crítica feminista al Derecho, estudio preliminar*. En WEST, Robin: “Género y Teoría del Derecho”. Bogotá: Siglo de Hombres Editores y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Instituto Pensar. 2000, pp. 33.

<sup>375</sup> JARAMILLO, Isabel Cristina. *La crítica feminista al Derecho...* Ob. Cit., p. 50.

Desde la óptica de la crítica feminista al derecho -en concreto desde el feminismo radical<sup>376</sup>-, el derecho liberal no reconoce abiertamente la existencia de sistemas de poder intergrupales ni su participación explícita o implícita en el mantenimiento de la *subdiscriminación*. Lo que se proyecta en el derecho antidiscriminatorio. Así, debido a que construye su concepto de discriminación con base en la igualdad individual de derechos, obvia que mientras existan tales sistemas, por mucho reconocimiento individual de derechos que un ordenamiento contemple, no será factible un ejercicio igualitario de los mismos.<sup>377</sup>

Una cuestión fundamental sobre este punto, reiterada desde el *iusfeminismo*, es el problema del “modelo de igualdad”<sup>378</sup>, pues la concepción de discriminación que se maneja, se ha construido sobre un esquema *comparativo* que presupone un modelo normativo con el que la conducta en cuestión es comparada. Así, la perspectiva sexo-género pone al descubierto que, en el caso de las demandas llevadas a cabo por mujeres, ese modelo está configurado siguiendo los términos de una norma masculina, establecida por los hombres y para los hombres.<sup>379</sup> Ya la filósofa francesa Simone de Beauvoir en su célebre obra “*El segundo sexo*” de 1949, hablaba de la alteridad, lo *otro* que es lo femenino; vale decir, de la negación de la identidad del sujeto mujer, en parangón a la identidad “naturalizada” de los hombres-sujeto<sup>380</sup>.

Así pues, este canon, además de conducir al asimilacionismo de los intereses, experiencias y necesidades de quienes no *encajan* en el modelo; impide un debate social más profundo sobre las normas del sistema sexo-género<sup>381</sup>.

---

<sup>376</sup> Entendemos como feminismo radical a aquel que, en su manera de entender la opresión, sostiene que el género es la estructura social predominante y que el problema de las mujeres es un problema de falta de poder. Cfr. JARAMILLO, Isabel Cristina. *La crítica feminista al Derecho...* Ob. Cit., p. 40.

<sup>377</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., p.25.

<sup>378</sup> *Ibidem*.

<sup>379</sup> *Ibid*.

<sup>380</sup> Cfr. DE BEAUVOIR, Simone. *El segundo sexo*. Prólogo de María Moreno, trad. de Juan G. Puente. Buenos Aires: Sudamericana, 1999.

<sup>381</sup> Para definir el sistema sexo-género debemos referirnos primero a las distinciones de dos conceptos básicos: sexo y género. Así, “*el sexo hace alusión a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos y fisiológicos entre los seres humanos. El sexo como parámetro para crear categorías, distingue entre [...] machos y hembras de la especie humana. Género, por el contrario, se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Los atributos de género son, entonces, femeninos o masculinos. [...] Lo que la distinción busca poner en evidencia es que una cosa son las diferencias biológicamente dadas y otra la significación que culturalmente se asigna a esas diferencias.*” [Subrayado nuestro] (JARAMILLO, Isabel Cristina. *La crítica feminista al Derecho...* Ob. Cit., pp.29).

Así, “[e]l sistema sexo-género permite conocer un modelo de sociedad en el que se explica cómo las diferencias biológicas entre las mujeres y los hombres se han traducido históricamente en desigualdades de índole social, políticas y económicas entre ambos sexos, siendo las mujeres las más desfavorecidas en este proceso. El sistema sexo-género identifica lo natural y lo socialmente construido [...]” Extraído de:

“Por ello es necesario actuar más en profundidad con el Derecho antidiscriminatorio al abrigo de la teoría del Derecho feminista. [Una tarea que no] trata sólo de revisar el lenguaje de los derechos, [...] sino [también de] revisar los conceptos y principios propios de la cultura jurídica hegemónica, empezando por el de ciudadanía, construido sobre el falso universalismo de derechos.”<sup>382</sup>

Para finalizar esta breve sección, y sin la intención de sobre simplificar el asunto, podría decirse que desde el feminismo se han hecho dos aportes importantes a la crítica del derecho. El primero de esos planteamientos, vendría a ser la idea del derecho como un *producto* de sociedades patriarcales (puesto que ha sido construido desde el punto de vista masculino y por ello refleja, protege y atiende sus valores necesidades e intereses). Y el segundo, referido a la idea de que inclusive cuando el derecho llega a coger intereses y necesidades de las mujeres, e introduce su punto de vista; es en su *aplicación* por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, que se continúa desfavoreciendo a las mujeres.<sup>383</sup> Idea de la que nos serviremos transversalmente para el próximo capítulo.

---

<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Terminos&id=716> Revisado por última vez el 02/06/2019.

<sup>382</sup> Cfr. BARRERE UNZUETA, María Ángeles. *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites...* Ob. Cit., pp. 25-26.

<sup>383</sup> JARAMILLO, Isabel Cristina. *La crítica feminista al Derecho...* Ob. Cit., pp. 51-59.

## CAPITULO III

# INCORPORACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DEL PERÚ

### 1. ALGUNAS PRECISIONES

Como detallamos en el primer capítulo de este trabajo, cuando hablamos de discriminación múltiple, hablamos de un novedoso concepto que, -por contradictorio que parezca- describe una realidad no tan novedosa. La ironía que encierra este enunciado retrata justamente la gravedad de la situación. Su larga existencia, pero su muy reciente inclusión en las preocupaciones estatales por darle respuesta, detalla el nivel de desprotección que miles de personas experimentan a diario, en base a identidades tan propias como lo son nuestro sexo u origen étnico. Su evidencia se ha perdido dentro de la cotidianidad, de su normalización. Así, la realidad que describe el concepto discriminación múltiple es tan habitual que se ha hecho invisible a los ojos de las personas, de la sociedad. De éstas, es la ceguera estatal la que más nos preocupa. Las mujeres tenemos raza, las personas con discapacidad tenemos género; todas las personas tenemos orientación sexual, edad, situación económica, etc.

Como desarrollamos anteriormente, los términos *discriminación múltiple e interseccionalidad* parecen cercanos, pero no resultan idénticos. Y aunque su formulación conceptual y académica sea mucho más reciente que la existencia del fenómeno mismo, los hemos diferenciado; uno como el fenómeno a ser estudiado: *la* discriminación múltiple, y el otro como el enfoque que desenmascara y visibiliza la existencia de aquella: la interseccionalidad o enfoque interseccional.

Recapitulando, el concepto *discriminación múltiple* parte de la idea de reconocer que las personas pueden sufrir simultáneamente de los prejuicios y otros menoscabos asociados a los varios grupos en desventaja que conforman; y no así experimentar, exclusivamente unos u otros. A modo de ejemplo, cuando una mujer indígena es discriminada en un establecimiento de salud, no lo estará siendo exclusivamente por ser mujer o exclusivamente por ser indígena,



sino por la conjunción especialísima que ambas categorías le condenan. Así, el machismo del que es víctima, se potenciará de una carga racista en razón de su etnia, y probablemente también de una carga clasista por su situación económica –ambas, de larga data asociadas-.

Aunado a ello, esta mujer indígena no podrá pues, dividir la experiencia discriminatoria sufrida respecto de su sexo, etnia o situación económica. De tal suerte que, la discriminación múltiple conlleva la atroz consecuencia de generar formas agravadas y específicas de discriminación, no equiparables a la simple suma de varias discriminaciones sucesivas en el tiempo. De tal modo, el fenómeno se caracterizará por la interacción *simultánea* de dos o más factores sospechosos - raza u origen étnico, sexo, religión, condición económica, condición de discapacidad (entre otros)- en el menoscabo de derechos de una población. Pero, ¿qué significa esto para el actual sistema de protección del derecho a la igualdad y no discriminación?

Como ha sido revisado en el transcurso de esta investigación, la norma establece los motivos por los cuales está prohibido tener un trato diferenciador *hacia determinada persona*, como pueden ser: origen, raza, sexo, idioma, condición económica, etc.; los que son proscritos por negar la igualdad básica entre seres humanos y así la dignidad humana. De modo que como punto de partida *legal*, tenemos que toda discriminación es negativa<sup>384</sup>; empero, evidentemente, no será lo mismo ser discriminado por uno de estos motivos que ser discriminado por varios o todos ellos al mismo tiempo. Al margen de vanas discusiones sobre si alguno de los motivos es más gravoso que otro; su conjunción genera, en definitiva, una situación particular de desprotección para determinados grupos. Esta singularidad representa desde nuestro análisis, un reto para la manera de concebir la protección del derecho a la igualdad y no discriminación; ya que los mecanismos tradicionales de protección no podrán resolver adecuadamente su problemática por estar concebidos *unidimensionalmente*.

A todo ello, debemos agregar que, si bien las experiencias discriminatorias son normalmente individualizadas, esto no significa que se trate de casos aislados; contrariamente a ello la discriminación múltiple se presenta como un problema de *grupos*. Característica que representa una problemática adicional para el abordaje del fenómeno, pues la protección del derecho a la igualdad y no discriminación que ha diseñado y reproducido el Derecho antidiscriminatorio con el paso del tiempo, es una protección ideada para *individuos*<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> Respecto de los debates sobre las mal llamadas *discriminaciones positivas* ya nos hemos referido en el acápite 5.2 del primer capítulo. Se ha repasado también sobre otras consideraciones al respecto en la sección 4.3 del segundo capítulo.

<sup>385</sup> Nos hemos referido al respecto en el apartado 5.1 del capítulo anterior.

Para no regresar al análisis sobre los peligros de este desajuste entre realidad y ley, mencionaremos a modo de abstracción que, mientras que el derecho no reajuste su diseño en la lucha contra la discriminación, no será posible su verdadero abordaje *ergo* tampoco su erradicación. Si bien los embates de la crítica hacia el derecho antidiscriminatorio señalan que se trataría no sólo de un problema de diseño sino y, sobre todo, de un problema de ideación desde su origen mismo; no es materia de esta investigación ahondar o validar los fundamentos teóricos de estas posturas<sup>386</sup>, -aunque compartamos su punto de vista-.

Ahora bien, habíamos adelantado en la parte final del capítulo anterior que utilizaríamos transversalmente la idea de que muchas veces, aún con la dación de normas y otras herramientas jurídicas para erradicar desigualdades; es en la aplicación de éstas que se pierden sus efectos transformadores. ¿No sería apropiado entonces, tener una guía para la formulación, diseño y aplicación de reglas estatales que conduzca esta lucha por la igualdad en el marco del respeto por los Derechos humanos?

La respuesta a esto último es: existe.

Ubicándonos en el espacio que nos interesa, el Perú; nuestro estudio se ha centrado en las bases constitucionales del derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación, así como en las obligaciones que a nivel del Derecho internacional público se han adquirido respecto de ellos, y los deberes estatales de superación de repuestas únicamente formales del derecho. Razón por la cual, el análisis de aspectos en niveles infraconstitucionales de esta problemática no han sido abordados en profundidad, sin que ello signifique la negación de su existencia.

Así también, reconociendo que la normativa a nivel del Derecho internacional público es vasta; en las páginas siguientes nos limitaremos a recurrir sólo a aquellos grandes instrumentos de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos que permitan demostrar la integración de la discriminación múltiple en los más altos estándares de protección.

Finalmente, nos ocuparemos de la ya mencionada y valiosa *guía* estatal, con potencial para marcar un punto de inflexión en la formulación, diseño y aplicación de políticas y normas estatales y sectoriales: el Plan Nacional de Derechos Humanos del Perú.

---

<sup>386</sup> Cfr. Apartado 6.4, Capítulo II.

## 2. INTEGRACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

### 2.1. SISTEMA UNIVERSAL

En términos generales, podemos decir que el Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos viene desarrollando una clara tendencia hacia la afirmación del reconocimiento y protección de los derechos de los grupos de especial protección. Así, dentro de esta misma tendencia, la inclusión del reconocimiento de situaciones en las que los factores discriminatorios se superponen también ha ido permeando en aquella. A continuación, siguiendo el análisis de Liliana Salomé Resurrección<sup>387</sup>, repararemos sobre las principales inclusiones.

#### 2.1.1. DECLARACIONES DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN

Siguiendo un orden cronológico, la *Declaración de Beijing*, aprobada en el año 1995 durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer<sup>388</sup> representaría el primer antecedente en el que, sin emplear expresamente la denominación *discriminación múltiple*, se alude implícitamente a ella<sup>389</sup>. En esta reunión los gobiernos manifestaron estar decididos a:

“Intensificar los esfuerzos para garantizar el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las mujeres y las niñas que enfrentan *múltiples barreras* para lograr su potenciación y su adelanto por factores como la raza, la edad, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión o la discapacidad, o por pertenecer a la población indígena [...]”<sup>390</sup> [cursivas y énfasis agregados]

De esta manera, el documento se interesa por las “*múltiples barreras*” a las que las mujeres y niñas deben enfrentar para poder ejercer, en condiciones de igualdad, sus derechos y libertades; refiriéndose a través de dicha esta expresión a la serie de factores de discriminación que pueden superponerse y generar aquella situación.

---

<sup>387</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN. *La «discriminación múltiple» como concepto...* Loc. Cit.

<sup>388</sup> Esta conferencia se realizó en Beijing (China), del 4 al 15 de setiembre de 1995, de conformidad con las resoluciones 45/129 y 46/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; en esta el Estado peruano estuvo representado.

<sup>389</sup> Cfr. SALOMÉ RESURRECCIÓN. *La «discriminación múltiple» como concepto...* Ob. Cit., p.46.

<sup>390</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, del 4 a 15 de setiembre de 1995.* Nueva York: Naciones Unidas. 1996, p.4.

Posteriormente, en el año 2001, con la adopción de la **Declaración y Programa de Acción de Durban**, durante la “Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”<sup>391</sup>, se estableció el momento fundacional del uso de la expresión “discriminación múltiple” en el ámbito internacional<sup>392</sup>; de tal modo que tanto la declaración como el programa de acción hacen referencia a aquella en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, en la citada Declaración se reconoce lo siguiente:

“Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir **formas múltiples o agravadas de discriminación** por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición; [...]”<sup>393</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Asimismo, se realiza la siguiente afirmación:

“Estamos convencidos de que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas, y pueden ser factores que llevan al deterioro de sus condiciones de vida, a la pobreza, la violencia, las formas múltiples de discriminación y la limitación o denegación de sus derechos humanos. Reconocemos la necesidad de integrar una perspectiva de género en las pertinentes políticas, estrategias y programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a fin de hacer frente a las **formas múltiples de discriminación** [...]”<sup>394</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

En el mismo sentido, el Programa de Acción de Durban:

---

<sup>391</sup> Esta conferencia se celebró en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, de conformidad con la resolución 52/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Estado peruano estuvo representado.

Un dato interesante al respecto es que el informe “*Gender and racial discrimination: Report of the Expert Group Meeting*” (OHCHR 2000), que puede ser traducido como “Discriminación racial y de género: Informe de la reunión del grupo de expertos y expertas”, tuvo la participación de Kimberlé W. Crenshaw, como una de las expertas; informe preparado para esta conferencia.

<sup>392</sup> Cfr. REY MARTÍNEZ. *La discriminación múltiple: una...* Loc. Cit., p. 154. Citado por SALOMÉ RESURRECCIÓN. *La «discriminación múltiple» como concepto...* Ob. Cit., p.47.

<sup>393</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Durban, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Nueva York: Naciones Unidas. 2001, párr. 2.

<sup>394</sup> *Ibidem*, párr. 69.

“Insta a los Estados a que adopten, según proceda, medidas apropiadas para prevenir la discriminación racial contra las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas con respecto al empleo, la atención sanitaria, la vivienda, los servicios sociales y la educación y a que, en este contexto, tengan en cuenta las formas de **discriminación múltiple.**”<sup>395</sup> [Cursivas y énfasis agregados]

Más recientemente, aunque no se trate de una declaración propiamente dicha, en su **resolución 69/16**, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el período de 2015 a 2024 como el Decenio Internacional para los Afrodescendientes y solicitó a los Estados que aprobaran y aplicaran políticas y programas que proporcionasen una protección eficaz a los afrodescendientes que se enfrentan a formas múltiples, agravadas e interseccionales de discriminación por otros motivos conexos, como la edad, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otro tipo, el origen social, el patrimonio, el nacimiento, la discapacidad u otra condición, y que revisaran y derogaran todas las políticas y leyes que les discriminasen<sup>396</sup>.

Posteriormente, en la **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**, aprobada el 19 de septiembre de 2016, los Estados Miembros se comprometieron a combatir las formas múltiples e interseccionales de discriminación contra las mujeres y niñas refugiadas y migrantes<sup>397</sup>.

### 2.1.2. TRATADOS DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

De otro lado, a nivel de tratados, la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** (CDPD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006<sup>398</sup>, alude también a este concepto tanto en su preámbulo como en su articulado. Así, en el preámbulo de dicha Convención, los Estados Partes expresan estar:

“p) Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de **múltiples o agravadas formas de discriminación** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole,

---

<sup>395</sup> *Ibíd.*, párr. 49.

<sup>396</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Programa de actividades del Decenio Internacional para los Afrodescendientes*. Nueva York, 18 de noviembre de 2014. Párr. 26.

<sup>397</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. Nueva York, 19 de setiembre de 2016. Párr. 31.

<sup>398</sup> El Estado peruano aprobó y ratificó esta Convención, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición[...]<sup>399</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Asimismo, en el artículo 6°.1 de la CDPD, los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad:

“[...] están sujetas a **múltiples formas de discriminación** y, a ese respecto, [los Estados] adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [...]”. [Cursivas y énfasis nuestros]

### 2.1.3. ÓRGANOS DE LOS TRATADOS: OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES

Los Órganos de los Tratados, más conocidos como "Comités", son aquellos órganos de control específicamente creados por un Tratado internacional como mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos. Están compuestos por expertos y expertas independientes y cumplen diversas funciones, entre las que se encuentra la de emitir observaciones o recomendaciones generales sobre la *interpretación* de los tratados. Si bien éstas en principio no son vinculantes, al ser consideradas como “jurisprudencia internacional”<sup>400</sup>, poseen una innegable fuerza moral.

A continuación, presentaremos una recopilación de la *jurisprudencia internacional* existente respecto del tema nos convoca, la integración del concepto *discriminación múltiple* en los estándares de protección.

#### 2.1.3.1. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>401</sup> (PIDCP), ha reconocido la *vinculación* que existe entre los diferentes tipos de

---

<sup>399</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 2006. Preámbulo, literal p).

<sup>400</sup> UPRIMNY, Margarita. *La protección internacional de los Derechos Humanos: el sistema de Naciones Unidas*. En ABRAMOVICH, Víctor et al. (editores). En: “Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los derechos universales”. Citado por: SALOMÉ RESURRECCIÓN. Ob. Cit., p.48.

<sup>401</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. En el Perú fue aprobado por Decreto Ley N° 22128, entrando en vigencia el 28 de julio de 1978.

discriminación que enuncia el Pacto<sup>402</sup>. En la **Observación General N° 28** del año 2000, relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el Comité señala:

“La discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Los Estados Partes deberán tener en cuenta la forma concreta en que algunos casos de discriminación por otros motivos afectan en particular a la mujer e incluir información acerca de las medidas adoptadas para contrarrestar esos efectos.”<sup>403</sup> [Subrayado nuestro]

#### 2.1.3.2. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Comité DESC supervisa la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>404</sup> (PIDESC). Dentro de su jurisprudencia, son siete las observaciones generales emitidas por este Comité en las que se hace referencia al concepto *discriminación múltiple*.

En orden cronológico, la primera de ellas es la **Observación General N° 5** de 1994, sobre personas con discapacidad, en ella el Comité DESC ha reconocido la discriminación múltiple de la que son víctimas las mujeres con discapacidad, aunque a través de una de las tantas denominaciones afines utilizadas en la doctrina: doble discriminación.

“A las personas con discapacidad se las trata a veces como si no pertenecieran a ninguno de los dos sexos. Como resultado de ello, a menudo se pasa por alto la **doble**

---

<sup>402</sup> La Observación General N° 18 (1989) del Comité de Derechos Humanos considera que el término discriminación: “[...] debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (párr. 7).

<sup>403</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N° 28. La Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*: 68° periodo de sesiones.2000; párr. 30.

<sup>404</sup> Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. En el Perú fue aprobado por Decreto Ley N° 22129 el 28 de marzo de 1978. Entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978.

**discriminación** que padecen las mujeres con discapacidad.”<sup>405</sup> [Cursivas y énfasis agregados]

Sobre el particular, el Comité señala que en todo el mundo es frecuente que se deniegue a las personas con discapacidad -hombres y mujeres- la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales y tener hijos. Sin embargo, en el caso de las mujeres con discapacidad la situación es especialmente grave pues pese a que tienen derecho a la protección y apoyo en relación con la maternidad y el embarazo, son frecuentes las operaciones de esterilización o de aborto no consentidas, lo que constituye una grave violación a sus derechos humanos.<sup>406</sup>

Posteriormente, la **Observación General N° 16** del 2005, relativa a la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3° del PIDESC)<sup>407</sup>; ha reconocido que:

“Muchas mujeres sufren diversas formas de discriminación **al combinarse los motivos** de sexo con factores como la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otros factores como la edad, la pertenencia étnica, la presencia de discapacidad, el estado civil, la condición de refugiado o migrante, **que agravan la situación de desventaja.**”<sup>408</sup>  
[Cursivas y énfasis agregados]

Cabe señalar que la versión original en inglés de este documento emplea el término “*intersection*” (intersección) para referirse a dicha combinación de motivos de discriminación<sup>409</sup>, utilizando la terminología empleada por la profesora Kimberlé W. Crenshaw.

A su vez, la **Observación General N° 20** del año 2009, sobre los alcances del artículo 2°, párrafo 2 del PIDESC (artículo que recoge el compromiso de los Estados Partes de garantizar los derechos reconocidos en dicho Pacto *sin discriminación de ningún tipo*); el Comité DESC conceptualiza

---

<sup>405</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC). *Observación General N° 5. Las personas con discapacidad*. 11° periodo de sesiones. 1994; párr. 19.

<sup>406</sup> Cfr. *Ibidem*, párr. 31.

<sup>407</sup> El artículo 3° del PIDESC establece: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto*”.

<sup>408</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC). *Observación General N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del PIDESC)*. 34° periodo de sesiones. 2005: párr. 5.

<sup>409</sup> “*Many women experience distinct forms of discrimination due to the intersection of sex with such factors as race, colour, language, religion, political and other opinion, national or social origin, property, birth, or other status, such as age, ethnicity, disability, marital, refugee or migrant status, resulting in compounded disadvantage.*”



algunos términos relevantes recogidos en el PIDESC. En este contexto, al desarrollar los motivos prohibidos de discriminación, se incluye expresamente al de *discriminación múltiple*:

### **Discriminación múltiple**

Algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla.<sup>410</sup> [Énfasis en el original]

Más adelante, en esta misma observación, el Comité se referirá nuevamente a este concepto al desarrollar la discriminación basada en “otra condición social”. Remarcando lo siguiente:

“Otros posibles motivos prohibidos de discriminación podrían ser la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria, o una ***intersección de dos causas prohibidas de discriminación***, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad.”<sup>411</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Posteriormente, la ***Observación General N° 22*** del año 2016 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12° del PIDESC) reconoce que “[d]eterminadas personas y grupos de población que sufren ***formas múltiples y concomitantes de discriminación*** que exacerban la exclusión en la legislación y en la práctica [...]”<sup>412</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Así también, en esta misma observación señala como un *Tema especial de aplicación general* a la Interseccionalidad y Discriminación Múltiple, reconociendo que como lo ha señalado anteriormente el propio Comité:

“[...] algunos grupos, entre los que cabe mencionar, aunque no exclusivamente, a las mujeres pobres, las personas con discapacidad, los migrantes, las minorías indígenas u otras minorías étnicas, los adolescentes, las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, y las personas que viven con el VIH/SIDA ***tienen más posibilidades de sufrir discriminación múltiple***.”<sup>413</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

---

<sup>410</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC) *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)*. 42° periodo de sesiones. 2009; párr. 17.

<sup>411</sup> *Ibidem*, párr. 27.

<sup>412</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC) *Observación General N° 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del PIDESC)*. 2016; párr. 2.

<sup>413</sup> *Ibidem*, párr. 30.

Del mismo modo, en la **Observación General N° 23** del mismo año, sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7° del PIDESC) también trató como un *Tema especial de aplicación general* a la Interseccionalidad, señalando que:

“El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias guarda relación con trabajadores específicos: a) Trabajadoras. [...] La **discriminación interseccional** y la falta de un enfoque de todo el ciclo de vida con respecto a las necesidades de las mujeres conducen a una acumulación de desventajas que afecta negativamente al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y a otros derechos.”<sup>414</sup> [Cursivas y énfasis agregados]

La **Observación General N° 24** (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, reconoció a su vez que: “[a]lgunos segmentos de la población se enfrentan a un mayor riesgo de discriminación intersectorial y múltiple.”<sup>415</sup>

Finalmente, la **Observación General N° 25** (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 15°, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del PIDESC; refiriéndose a las obligaciones de los estados y respecto de la protección especial de grupos específicos, particularmente de las personas con discapacidad señaló que se debería:

“a) promover la participación y las contribuciones de las personas con discapacidad, incluidas las **mujeres con discapacidad que sufren una discriminación múltiple** [...]”<sup>416</sup>  
[Cursivas y énfasis agregados]

#### 2.1.3.3. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

Encargado de supervisar la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>417</sup> (ICERD), el Comité CERD, es uno de los órganos más

---

<sup>414</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC) *Observación General N° 23. Sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del PIDESC)*. 2016; párr. 47.

<sup>415</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC) *Observación General N° 24. Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales*. 2017; párr. 9.

<sup>416</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC) *Observación General N° 25. Relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del PIDESC)*. 2020; párr. 35.

<sup>417</sup> Convención adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. En el Perú fue aprobada mediante Decreto Ley N° 18969. Entró en vigencia para el Perú el 29 de octubre de 1971.

prolíficos al integrar la *discriminación múltiple* como una de sus preocupaciones, aunque ocasionalmente lo haga a través de algún término afín. A continuación nos referiremos a las nueve recomendaciones que versan al respecto.

- Recomendación General N° 19 (1995)

Relativa al artículo 3° de la Convención<sup>418</sup>, el Comité reconoce que la discriminación racial puede concurrir con otras formas de discriminación y recuerda a los Estados Partes su compromiso de prevenir, prohibir y erradicar todas las prácticas de segregación racial y apartheid en sus territorios. En ese sentido señala que:

“En muchas ciudades la estructura de las zonas residenciales está influida por las diferencias de ingresos de los grupos, que en ocasiones se combinan con diferencias de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, de modo que los habitantes pueden ser estigmatizados y los individuos sufren una forma de ***discriminación en la que se mezclan los motivos raciales con otro tipo de motivos.***”<sup>419</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 27 (2000)

Relativa a la discriminación de los romaníes, señaló que se deberá tener en cuenta: “[...] en todos los programas y proyectos planeados y aplicados y en todas las medidas adoptadas, la situación de las mujeres romaníes, que a menudo son víctimas de una ***doble discriminación***”<sup>420</sup> [Énfasis nuestro]

- Recomendación General N° 29 (2002)

Relativa a la discriminación basada en la ascendencia. En ella se incluye una sección titulada: “***Discriminación múltiple que sufren las mujeres de las comunidades cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia***”. [Énfasis nuestro] En esta sección, el Comité recomienda a los Estados Partes:

“Tener en cuenta, en todos los programas y proyectos planificados y puestos en práctica, así como en la adopción de medidas, la situación de las mujeres que pertenecen a esas comunidades [basadas en tipos de estratificación social como

---

<sup>418</sup> El art. 3 de la ICERD señala lo siguiente: “Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza”.

<sup>419</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. *Recomendación General N° 19, relativa al artículo 3 de la Convención*. 47° periodo de sesiones. 1995, párr. 3.

<sup>420</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. *Recomendación General N° 27, relativa a la discriminación de los romaníes*. 57° periodo de sesiones. 2000; párr. 6.

las castas o sistemas análogos], en su condición de víctimas de **discriminación múltiple**, explotación sexual y prostitución forzosa.”<sup>421</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Seguidamente, en esta misma sección, el Comité CERD recuerda a los Estados Partes:

“Tomar todas las medidas necesarias para **eliminar la discriminación múltiple** [las cursivas son nuestras], incluida la discriminación basada en la ascendencia, que sufren las mujeres, sobre todo en los ámbitos de la seguridad personal, el empleo y la educación.”<sup>422</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 30 (2005)

Relativa a la discriminación contra los no ciudadanos. Específicamente con relación a la *discriminación múltiple*, el Comité CERD recomendó a los Estados Partes:

“Prestar mayor atención a la cuestión de la **discriminación múltiple** con que se enfrentan los no ciudadanos, en particular respecto de los hijos y cónyuges de los trabajadores no ciudadanos, abstenerse de aplicar normas distintas de trato a las mujeres no ciudadanas que son cónyuges de ciudadanos y a los varones no ciudadanos que son cónyuges de ciudadanas, informar, en su caso, sobre esas prácticas y tomar todas las medidas que sean necesarias para suprimirlas.”<sup>423</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

De esta manera, el Comité CERD identifica a los no nacionales como un grupo que puede estar expuesto a situaciones de *discriminación múltiple*.

- Recomendación General N° 31 (2005)

Relativo a la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal. En esta recomendación para hacer alusión al concepto de nuestro estudio, se hace uso de una denominación afín:

“[El Comité] Resuelto a combatir todas las formas de discriminación en la administración y el funcionamiento de la justicia penal que puedan sufrir [...] las personas [...], así como los demás grupos vulnerables especialmente expuestos a la exclusión, la marginación y la falta de integración en la sociedad, y prestando

---

<sup>421</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. *Recomendación General N° 29, relativa a la discriminación basada en la ascendencia*. 61° periodo de sesiones. 2002: párr. k).

<sup>422</sup> *Ibidem*, párr. l).

<sup>423</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. *Recomendación General N° 30, sobre la discriminación contra los no ciudadanos*. 65° periodo de sesiones. 2005: párr. 8.

especial atención a la situación de las mujeres y los niños de los grupos mencionados, que podrían ser objeto de una **dobles discriminación** por su raza y su sexo o su edad, [...]"<sup>424</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 32 (2009)

Relativo al significado y alcance de las medidas especiales en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Recuerda a los Estados Partes que:

“El principio del disfrute de los derechos humanos en pie de igualdad forma parte integrante de la prohibición de discriminar por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que figura en la Convención. Los "motivos" de la discriminación se amplían en la práctica con la noción de "interrelación", que permite al Comité abordar situaciones de **dobles o múltiples discriminación** - como la discriminación por motivos de género o de religión- cuando la discriminación por este motivo parece estar **interrelacionada con uno o varios de los motivos** enumerados en el artículo 1 de la Convención.”<sup>425</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 33 (2009)

Relativa al seguimiento de la Conferencia de Examen Durban. En esta recomendación:

“[El Comité acoge] con beneplácito el reconocimiento por la Conferencia de Examen de Durban de la interpretación que hace el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial [...] del concepto de la discriminación racial según figura en la Convención, una interpretación que permite afrontar las **formas múltiples o agravadas de discriminación**.”<sup>426</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

---

<sup>424</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. Recomendación General N° 31, sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal. 65° periodo de sesiones. 2005: preámbulo.

<sup>425</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. *Recomendación General N° 32. Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. 75° periodo de sesiones. 2009: párr. 7.

<sup>426</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. *Recomendación General N° 33. Seguimiento de la Conferencia de Examen de Durban*. 75° periodo de sesiones. 2009: preámbulo.

Además, el Comité CERD expresa su preocupación por “[...] *las situaciones de discriminación racial y étnica grave, masiva y múltiple que pueden derivar en genocidio.*”<sup>427</sup> [Énfasis nuestro]

- Recomendación General N° 34 (2011)

Relativa a la discriminación racial contra afrodescendientes. En ella, el Comité reconoce que “[...] *algunas formas de discriminación racial tienen un efecto singular y específico en la mujer*”<sup>428</sup> y remitiéndose a su Recomendación General N° 25 (2000), en la que abordó las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género; dirigió las siguientes recomendaciones a los Estados Partes:

“Tener en cuenta, en todos los programas y proyectos previstos y llevados a cabo y en todas las medidas adoptadas, la situación de las mujeres afrodescendientes, que a menudo son víctima de **múltiples discriminaciones.**”<sup>429</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 35 (2013)

Relativo a la lucha contra el discurso de odio racista. En esta recomendación general, el Comité se refiere con especial preocupación a la discriminación que sufren las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos a causa de sus creencias religiosas:

«A la luz del **principio de interseccionalidad** y teniendo presente que “las críticas contra dirigentes religiosos o los comentarios sobre la doctrina religiosa o el dogma” no deben prohibirse ni castigarse, el Comité también ha prestado atención al discurso de odio dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría [...]»<sup>430</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

#### 2.1.3.4. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer - Comité CEDAW es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de

---

<sup>427</sup> *Ibidem.*

<sup>428</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. *Recomendación General N° 34. Discriminación racial contra afrodescendientes.* 79° periodo de sesiones. 2011: párr. 22.

<sup>429</sup> *Ibidem*, párr. 23.

<sup>430</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD. *Recomendación General N° 35. La lucha contra el discurso de odio racista.* 83° periodo de sesiones. 2013: párr. 6.

Discriminación contra la Mujer<sup>431</sup> (CEDAW por sus siglas en inglés). Dentro de su jurisprudencia el concepto de nuestro estudio se ha incorporado de manera sostenida en doce de sus recomendaciones generales, empero advertimos que además de la expresión *discriminación múltiple*, la terminología empleada ha sido diversa pero afín (múltiples formas de discriminación, formas entrecruzadas de discriminación, carácter multidimensional de la discriminación).

- Recomendación General N° 18 (1991)

Referida a las mujeres con discapacidad, en la que el Comité CEDAW expresa su preocupación por las mujeres con discapacidad, quienes sufren una “[...] *doble discriminación por la situación particular en que viven*”.

- Recomendación General N° 25 (2004)

Referida a las denominadas medidas especiales de carácter temporal. En esta recomendación el Comité CEDAW señala que:

“Las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de **múltiples formas de discriminación** por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores.”<sup>432</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

El aporte de esta recomendación radica en que por primera vez se vincula el concepto discriminación múltiple con otro concepto que constituye una estrategia importante en materia de igualdad y no discriminación, las denominadas “medidas especiales de carácter temporal”, “acciones afirmativas” o “acciones positivas”.<sup>433</sup> El Comité CEDAW señala al respecto que:

“Quizás sea necesario que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas **formas múltiples de discriminación múltiple** contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene.”<sup>434</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

---

<sup>431</sup> Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. En vigencia para el Perú desde el 13 de octubre de 1982.

<sup>432</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW) *Recomendación General N° 25 Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW)*. 30° periodo de sesiones. 2004: párr. 12.

<sup>433</sup> Cfr. SALOMÉ RESURRECCIÓN. *La «discriminación múltiple» como...* Ob. Cit., p.66.

<sup>434</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 25 Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW)*. 30° periodo de sesiones. 2004: párr. 12.

El Comité CEDAW señala también que los Estados Partes que adopten tales deben explicar las razones por las que eligen determinada medida:

“La justificación de la aplicación de dichas medidas deberá incluir una descripción de la situación real de la vida de la mujer, incluidas las condiciones e influencias que conforman su vida y sus oportunidades, o de un grupo específico de mujeres que sean **objeto de formas múltiples de discriminación** [...] Asimismo, deberá aclararse la relación que haya entre dichas medidas y las medidas y los esfuerzos generales que se lleven a cabo para mejorar la situación de la mujer.”<sup>435</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 26 (2008)

Relativa a trabajadoras migratorias. En esta recomendación, el Comité aborda las circunstancias que contribuyen a incrementar la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres migrantes, señalando que:

“Al llegar a los países de destino, las trabajadoras migratorias pueden ser **víctimas de múltiples formas de discriminación de hecho y de derecho.**<sup>436</sup> [Además,] las trabajadoras migratorias a menudo padecen **formas interrelacionadas de discriminación**, no sólo sexual o por motivo de género, sino también causadas por la xenofobia y el racismo. La discriminación por motivos de raza, origen étnico, particularidades culturales, origen nacional, idioma, religión u otra condición puede manifestarse también en los planos sexual y de género.<sup>437</sup>” [Cursivas y énfasis agregados]

Finalmente, el Comité CEDAW recomienda a los Estados Partes *tener en cuenta este tipo de discriminación* y los invoca a *incluir* en sus informes datos sobre el marco jurídico, así como las *políticas* y los *programas* establecidos para proteger los derechos de las trabajadoras migratorias.

- Recomendación General N° 27 (2010)

Relativo a las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. En el preámbulo, el Comité expresa su preocupación por las “[...] **múltiples formas de discriminación que sufren las mujeres de edad y por el hecho de que sus derechos no se**

---

<sup>435</sup> *Ibidem*, párr. 28.

<sup>436</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 26. Trabajadoras migratorias*. 42° periodo de sesiones. 2008: párr.13.

<sup>437</sup> *Ibidem*, párr. 14).



*abordan sistemáticamente en los informes de los Estados [...]*<sup>438</sup> [Énfasis nuestro] Según el Comité CEDAW, dicha omisión oculta las dificultades que enfrenta este sector:

“La **discriminación** que sufren las mujeres de edad con frecuencia es **de carácter multidimensional** al sumarse la discriminación por motivo de edad a la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual e identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias. Las mujeres de edad que pertenecen a grupos minoritarios, étnicos o indígenas, o son desplazadas internas o apátridas, suelen ser **víctimas de discriminación en un grado desproporcionado**.”<sup>439</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 28 (2010)

Relativa al artículo 2° de la CEDAW<sup>440</sup>. En ella se desarrollan algunos conceptos relevantes en materia de igualdad y no discriminación. Así, uno de ellos es el de “interseccionalidad”:

“La **interseccionalidad** es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La **discriminación** de la mujer por motivos de sexo y género está **unida de manera indivisible a otros factores** que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género [...] Los Estados partes deben

---

<sup>438</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 27. Mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos*. 47° periodo de sesiones. 2010: párr. 1.

<sup>439</sup> *Ibidem*, párr. 13.

<sup>440</sup> El artículo 2° de la CEDAW establece: “*Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer*”.

reconocer y **prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación** y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben **aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones** y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación General N° 25.<sup>441</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

En consecuencia, el Comité CEDAW ha interpretado que los Estados partes -entre ellos el Perú- tienen la obligación de:

1. reconocer jurídicamente esta forma de discriminación, así como sus efectos negativos y agravados sobre las mujeres;
2. prohibirla jurídicamente; y,
3. aprobar y poner en práctica políticas y programas para su eliminación, incluso a través de la adopción de medidas especiales de carácter temporal (también conocidas como acción afirmativa).

Asimismo, en lo que respecta a las políticas públicas -toda vez que el art. 2° de la CEDAW establece que es obligación de los Estados seguir una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer- el Comité señala que:

“En la política se deberá establecer que las mujeres que se encuentren en la jurisdicción del Estado parte (incluidas las no ciudadanas, migrantes, refugiadas, solicitantes de asilo y apátridas) son las titulares de los derechos, poniendo particular énfasis en los grupos de mujeres más marginados y que pueden ser víctimas de **varias formas de discriminación a la vez.**”<sup>442</sup>

[Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 30 (2013)

Relativo a mujeres en la prevención de conflictos, situaciones de conflicto y posteriores a ellos. Esta recomendación tuvo por objeto orientar la actuación de los Estados Partes en el cumplimiento de su obligación de actuar con la debida diligencia en las zonas

---

<sup>441</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 28. Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* 47° periodo de sesiones. 2010: párr. 18.

<sup>442</sup> *Ibidem*, párr. 26.

afectadas por los conflictos. En ella el Comité CEDAW reconoce una vez más que la discriminación contra la mujer se compone de “formas entrecruzadas de discriminación”. En ese sentido, el Comité recomienda a los Estados Partes que:

“Aborden los riesgos concretos y las necesidades particulares de diferentes grupos de desplazadas internas y refugiadas que son **objeto de formas diversas y entrecruzadas de discriminación** como las mujeres con discapacidad, las mujeres de edad, las niñas, las viudas, las mujeres cabeza de familia, las mujeres embarazadas, las mujeres que viven con el VIH/SIDA, las mujeres rurales, las mujeres indígenas, las mujeres pertenecientes a minorías étnicas, nacionales, sexuales o religiosas, y las defensoras de los derechos humanos; [...]”<sup>443</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

- Recomendación General N° 31 (2014)

Adoptada por el Comité CEDAW conjuntamente con el Comité de los Derechos del Niño. Su objeto es aclarar las obligaciones de los Estados Partes atendiendo al compromiso de prevenir y eliminar las denominadas “prácticas nocivas”<sup>444</sup>, poniendo de manifiesto cómo la discriminación múltiple puede estar en la base de aquellas. Según ambos comités, las prácticas nocivas son:

“[...] *prácticas y formas de conducta persistentes que se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad, entre otras cosas, además de formas múltiples o interrelacionadas de discriminación que a menudo conllevan violencia y causan sufrimientos o daños físicos o psíquicos.*”<sup>445</sup>

[Cursivas y énfasis nuestros]

Por este motivo, ambos comités recomiendan aprobar o modificar su normativa interna a fin de combatir y erradicar las prácticas nocivas, garantizando que la legislación aborde adecuadamente “[...] **las causas fundamentales de las prácticas nocivas, como la discriminación por razón de sexo, género, edad y otros factores interrelacionados** [...]”<sup>446</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

---

<sup>443</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 30. Las mujeres en la prevención de conflictos, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos*. 56° periodo de sesiones. 2013: párr. 57.

<sup>444</sup> Como por ejemplo mutilación genital femenina, el matrimonio infantil o forzoso, exámenes de virginidad y prácticas conexas.

<sup>445</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 31, sobre las prácticas nocivas. Adoptada de manera conjunta con el Comité de los Derechos del Niño (Observación General N° 18 de este último comité)*. 2014: párr. 15.

<sup>446</sup> *Ibidem*, párr. 55.

- Recomendación General N° 32 (2014)

Referida a la aplicación de la CEDAW al derecho de asilo consagrado en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el principio de no devolución de los refugiados y solicitantes de asilo, el derecho a la nacionalidad recogido en el artículo 9 de la CEDAW y la protección contra la apatridia. Al desarrollar esta recomendación general, el Comité CEDAW recuerda que la discriminación por motivos de sexo o género:

“[...] puede afectar a las mujeres pertenecientes a tales grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y ***prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación*** y su impacto negativo o combinado en las mujeres afectadas.”<sup>447</sup>

[Cursivas y énfasis nuestros]

Asimismo, el Comité se refiere a las graves dificultades que enfrentan las mujeres que se ven obligadas a abandonar sus hogares y buscan asilo en otros países, señalando que:

“Además de las ***formas exacerbadas o acumulativas de discriminación*** que equivalen a una forma de persecución, las mujeres son víctimas de violaciones de sus derechos durante todo el ciclo del desplazamiento. [...]. Asimismo reconoce la persistencia de otras ***formas de explotación que son concomitantes*** con el desplazamiento, como la trata con fines de explotación sexual o laboral, la esclavitud y la servidumbre.”<sup>448</sup>

A su vez, destaca la importancia de la instauración de procedimientos que garanticen que las mujeres solicitantes de asilo puedan presentar sus casos de forma equitativa y no discriminatoria, para lo cual los Estados Partes deben garantizar, por ejemplo:

“Que los entrevistadores utilicen técnicas y procedimientos que tengan en cuenta el género, la edad y otros ***motivos intersectoriales de discriminación*** y desventaja que agravan las violaciones de los derechos humanos de las que son objeto las mujeres refugiadas y solicitantes de asilo [...]”<sup>449</sup>

- Recomendación General N° 33 (2015)

Esta recomendación sobre el acceso de las mujeres a la justicia, señala que una educación con ***perspectiva de género es esencial para superar las múltiples formas de***

---

<sup>447</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 32, sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres*. 2014: párr. 6.

<sup>448</sup> *Ibidem*, párr. 14.

<sup>449</sup> *Ibid.*, párr. 50.

**discriminación** y fijación de estereotipos que tienen efectos sobre el acceso a la justicia.<sup>450</sup>

Así también, recomendó a los Estados partes faciliten el acceso de la mujer a procesos de solicitudes individuales en las oficinas de los defensores del pueblo y ofrezcan la **posibilidad de que presenten reclamaciones relativas a formas múltiples e interseccionales de discriminación.**<sup>451</sup>

- Recomendación General N° 34 (2016)

El Comité en esta recomendación referida a los derechos de las mujeres rurales, se remite a la Recomendación General N° 25 sobre medidas especiales de carácter temporal, indicando que las mujeres rurales también serán beneficiarias de aquellas por ser éstas objeto de **discriminación múltiple.**<sup>452</sup>

- Recomendación General N° 35 (2017)

Esta recomendación sobre la violencia de género contra la mujer es una actualización de la Recomendación General N° 19, reconociéndose esta vez que la **violencia de género contra las mujeres se manifiesta en una serie de formas múltiples.** Así pues, dado que las mujeres experimentan formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, la violencia por razón de género puede afectar a algunas mujeres en distinta medida, o en distintas formas, lo que significa que se requieren respuestas jurídicas y normativas adecuadas.<sup>453</sup>

- Recomendación General N° 36 (2017)

Sobre el derecho de las niñas y mujeres a la educación, establece esta recomendación como objeto, se aborden y eliminen las disparidades regionales y las desigualdades en los países que, sobre la base de **formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, impiden que las niñas y las mujeres disfruten de sus derechos a la educación.** Reconoce pues esta situación considerando además de las múltiples formas de discriminación a

---

<sup>450</sup> Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia.* 2015, párr. 30.

<sup>451</sup> Cfr. *Ibidem*, párr. 60, c).

<sup>452</sup> Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 34, sobre los derechos de las mujeres rurales.* 2016, p. 8.

<sup>453</sup> Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 35, sobre la violencia de género contra la mujer por la que se actualiza la Recomendación General N° 19.* 2017, párr. 6 y 12.

las que se enfrentan, a la violencia, la estigmatización y la pobreza, reparando especialmente en las niñas.<sup>454</sup>

Finalmente, el Comité recomienda que los Estados partes apliquen acciones positivas de conformidad con la Recomendación General N° 25 y ***destine esas medidas a las mujeres y las niñas que son objeto de formas múltiples de discriminación.***<sup>455</sup>

#### 2.1.3.5. COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Este órgano supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Como señalamos anteriormente este documento reconoce que las personas con discapacidad son víctimas de “*múltiples o agravadas formas de discriminación*”, lo que es reconocido en sus seis observaciones.

Al respecto, la ***Observación General N° 1*** del 2014, que se centra principalmente en el contenido del art. 12° de la CDPD (referido al igual reconocimiento como persona ante la ley); ha enfatizado en el reconocimiento de la capacidad jurídica como presupuesto para el disfrute de otros derechos humanos establecidos en la Convención.

“En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se reconoce que las mujeres con discapacidad pueden ser objeto de ***formas múltiples e intersectoriales de discriminación*** por motivos de género y de discapacidad. Por ejemplo, las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada, y con frecuencia se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales. Ciertas jurisdicciones tienen también tasas más altas de imposición de sustitutos en la adopción de decisiones para las mujeres que para los hombres. Por ello, es especialmente importante reafirmar que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas.”<sup>456</sup>

---

<sup>454</sup> Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Recomendación General N° 36, sobre el derecho de las niñas y mujeres a la educación*. 2017, párr. 18, 40 y 66.

<sup>455</sup> Cfr. *Ibidem*, párr. 63, j).

<sup>456</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (Comité CDPD). *Observación General N° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. 11° periodo de sesiones. 2014: párr. 31.

La **Observación General N° 2**, relativa al art. 9° de la Convención (accesibilidad), fue emitida también en el año 2014. En ese sentido, al interpretar los alcances del art. 9° de la Convención, el Comité recuerda a los Estados Partes que la denegación de acceso debe considerarse como un acto discriminatorio, independientemente de que quien lo cometa sea una entidad pública o privada.

Respecto del concepto *discriminación múltiple*, cabe señalar que si bien en esta ocasión el Comité no menciona expresamente aquel; sí alude a esta realidad al señalar que la accesibilidad debe tener especialmente en cuenta las perspectivas del género y la edad de las personas<sup>457</sup>. Además, debe asegurarse la accesibilidad a todas las personas con discapacidad sin distinción de ninguna clase<sup>458</sup>.

Será pues en su **Observación General N° 3** (2016) relativa a las mujeres y las niñas con discapacidad que el Comité se referirá en extenso a la *discriminación múltiple*, tendencia que como veremos se conservará en sus próximas observaciones.

Así pues, el Comité señala que dispone de pruebas sólidas que demuestran que las mujeres y las niñas con discapacidad afrontan obstáculos en la mayor parte de los ámbitos de la vida, los que generan formas múltiples e interseccionales de discriminación contra ellas.<sup>459</sup>

Adicionalmente repara en la forma en la que las **leyes y políticas** las han desatendido e invisibilizado, situación que **perpetúa las formas múltiples e interseccionales de discriminación** que sufren<sup>460</sup>. Posteriormente, la Comisión se refiere al art. 6° párrafo 1 de la Convención como un artículo transversal vinculado a todos los demás artículos de aquella y les recuerda a los Estados que deben adoptar medidas positivas para velar por que las mujeres con discapacidad estén **protegidas contra la discriminación múltiple** y puedan disfrutar de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás.<sup>461</sup>

El Comité se anima también a dar definiciones al respecto:

«“Discriminación múltiple”, [término] que hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una

---

<sup>457</sup> Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (Comité CDPD). *Observación General N° 2. Artículo 9: Accesibilidad*. 11° periodo de sesiones. 2014: párr. 13.

<sup>458</sup> *Ibidem*.

<sup>459</sup> Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (Comité CDPD). *Observación General N° 3. Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*. 2016: párr. 2.

<sup>460</sup> Cfr. *Ibidem*, párr. 3.

<sup>461</sup> Cfr. *Ibid.*, párr.12.

discriminación compleja o agravada. “Discriminación interseccional”, que hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. Entre los motivos de discriminación figuran la edad; la discapacidad; el origen étnico, indígena, nacional o social; la identidad de género; la opinión política o de otra índole; la raza; la condición de migrante, refugiado o solicitante de asilo; la religión; el sexo y la orientación sexual.»<sup>462</sup>

Continúa el Comité:

“El concepto de **discriminación interseccional reconoce que las personas no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo**, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales. Reconoce las vivencias y experiencias de agravamiento de la situación de desventaja de las personas a causa de formas de discriminación múltiples e interseccionales, que **requieren la adopción de medidas específicas** con respecto a la recopilación de datos desglosados, la consulta, la formulación de políticas, la ejecutabilidad de las políticas de no discriminación y la provisión de recursos eficaces.”<sup>463</sup> [Énfasis y cursivas agregados]

Finalmente, la Comisión, es sumamente clara en precisar que **los Estados partes deben combatir la discriminación múltiple**, en particular mediante: la derogación de leyes, políticas y prácticas discriminatorias, la adopción de leyes, políticas y medidas adecuadas; la reunión y el análisis de datos sobre la situación de las mujeres con discapacidad con miras a **orientar la planificación de políticas** para la aplicación del art. 6° y **eliminar todas las formas de discriminación, especialmente la discriminación múltiple e interseccional**, y la mejora de los sistemas de reunión de datos para lograr seguimiento y evaluación adecuados.<sup>464</sup>

La **Observación General N° 4** (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, además de reconocer que las personas con discapacidad pueden ser objeto de discriminación interseccional, declara también que la **discriminación interseccional y la exclusión oponen importantes barreras al ejercicio del derecho a la educación** de las mujeres y las niñas con discapacidad, razón por la cual los Estados partes deben adoptar medidas para garantizar que puedan disfrutar de sus derechos en pie de igualdad.<sup>465</sup>

---

<sup>462</sup> Ib., párr. 4, c).

<sup>463</sup> Ib., párr. 16.

<sup>464</sup> Ib., párr. 63.

<sup>465</sup> Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (Comité CDPD). *Observación General N° 4. Sobre el derecho a la educación inclusiva*. 2016: párr. 13 y 46.



En su **Observación General N° 5** (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, el Comité reconoce que Las mujeres y las niñas con discapacidad son objeto de **discriminación múltiple, interseccional y de género**, por lo que corren mayor riesgo de ser institucionalizadas y de sufrir violencia, incluida la violencia sexual, abusos y acoso.<sup>466</sup>

Finalmente, la **Observación General N° 6** (2018) sobre igualdad y no discriminación, observa que muchas leyes y políticas nacionales perpetúan la exclusión y el aislamiento de las personas con discapacidad, y no suelen reconocer la discriminación múltiple e interseccional ni la discriminación por asociación. Esta observación se preocupa también por la conceptualización del objeto de estudio. Precisa:

«La discriminación puede basarse en una característica única, como la discapacidad o el género, o en características múltiples y/o interrelacionadas. La “discriminación interseccional” se produce cuando una persona con discapacidad o asociada a una discapacidad experimenta algún tipo de discriminación a causa de esa discapacidad, **en combinación** con el color, el sexo, el idioma, la religión, el origen étnico, el género u otra condición. La discriminación interseccional puede aparecer en forma de discriminación directa o indirecta, denegación de ajustes razonables o acoso. Por ejemplo, aunque denegar el acceso a información general relacionada con la salud debido a la utilización de un formato inaccesible afecta a todas las personas en razón de su discapacidad, denegar a una mujer ciega el acceso a servicios de planificación familiar restringe sus derechos por la intersección del género y la discapacidad. En muchos casos, resulta difícil separar esos motivos. **Los Estados partes deben hacer frente a la discriminación múltiple e interseccional contra las personas con discapacidad [...]**»<sup>467</sup> [énfasis y cursivas agregados]

Así también, reconoce que las mujeres, niñas y niños con discapacidad experimentan con mayor frecuencia discriminación múltiple e interseccional. Precizando que **el art. 6° de la Convención es un artículo transversal** y debe tenerse en cuenta en relación con todas las disposiciones de la Convención, por lo que aunque el término “múltiples formas de discriminación” solo se menciona en dicho artículo este tipo de discriminación puede ocurrir con *cualquier* combinación de dos o más motivos. La Comisión aprovecha para recalcar que el art. 6° es un artículo

---

<sup>466</sup> Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (Comité CDPD). *Observación General N° 5. Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*. 2017: párr. 72.

<sup>467</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (Comité CDPD). *Observación General N° 6. Sobre la igualdad y la no discriminación*. 2018, párr. 19.

vinculante y obliga a los Estados partes a promover la igualdad tanto de oportunidades como de resultados y que al igual que el art. 7°, tiene carácter ilustrativo y no exhaustivo, **y establece obligaciones en relación a la discriminación múltiple e interseccional.**<sup>468</sup>

## 2.2. SISTEMA INTERAMERICANO

Existen actualmente tres tratados del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos que se refieren expresamente al concepto *discriminación múltiple*: la “Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”; la “Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”; y la “Convención Interamericana para la protección de los derechos de las Personas Mayores”.

Al respecto, el Perú suscribió las dos primeras el 25 de octubre de 2016, pero aún no las ha ratificado. Ahora bien, aunque formalmente ambas Convenciones aún no entran en vigor para el estado peruano, la sola firma constituye un avance significativo e importante porque fortalecen y dotan de contenido a la normativa nacional; además de brindar un aporte sustancial en la consolidación de estándares para la lucha contra toda forma de discriminación. Con relación a ellas, es importante señalar que ambos instrumentos reconocen que los factores de discriminación que afectan a determinados colectivos pueden combinarse.

### 2.2.1. TRATADOS Y DECLARACIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO

La **Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia** expresa entre sus considerandos que los Estados Partes de dicha Convención están:

“CONVENCIDOS de que ciertas personas y grupos pueden vivir formas múltiples o agravadas de racismo, discriminación e intolerancia, motivadas por una combinación de factores como la raza, el color, el linaje, el origen nacional o étnico u otros reconocidos en instrumentos internacionales [...]”<sup>469</sup> [Subrayado y cursivas agregados]

---

<sup>468</sup> Cfr. Ibídem, párr. 36, 37 y 67 d).

<sup>469</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*. Preámbulo.

De manera similar, en el preámbulo la **Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia**, los Estados Partes manifiestan estar:

“CONVENCIDOS de que ciertas personas y grupos son objeto de formas múltiples o agravadas de discriminación e intolerancia motivadas por una combinación de factores como sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, discapacidad, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, así como otros reconocidos en instrumentos internacionales; [...].”<sup>470</sup> [Subrayado y cursivas agregados]

Es importante destacar que estos dos tratados contienen en su primer capítulo una sección de definiciones en la que se incluye expresamente el concepto. Tanto el artículo 1.3 de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; como el artículo 1.3 de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, definen la discriminación múltiple de la siguiente manera:

***“Discriminación múltiple o agravada es 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 tenga 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.”*** [Cursivas y énfasis nuestros]

Definición que repara sobre la característica diferenciadora del fenómeno, vale decir, que es la forma “concomitante” en que interactúan dos o más motivos de discriminación, lo que distingue un supuesto de discriminación múltiple de otros tipos de discriminación.<sup>471</sup>

Además de proponer una definición, estos dos tratados establecen obligaciones que guardan relación con la figura. Así, según el artículo del 4° de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia: ***“Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas***

---

<sup>470</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*. Preámbulo.

<sup>471</sup> Al respecto, nos hemos adentrado en el apartado 6. del capítulo I de este trabajo.

constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia, incluyendo:

[...] vii. Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia aplicada a las personas con base en su condición de víctima de discriminación múltiple o agravada, cuyo objetivo o resultado sea negar o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales, así como su protección, en igualdad de condiciones.” [Subrayado nuestro]

En consecuencia, de entrar en vigor, los Estados Partes quedarían obligados a realizar todas las acciones que sean necesarias para prevenir, eliminar, prohibir y sancionar cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia aplicada a cualquier persona o grupo de personas debido a su condición de víctimas de discriminación múltiple o agravada. El artículo 4 de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia contiene una disposición similar.

Adicionalmente, ambos instrumentos prevén, en su artículo 11, el compromiso de los Estados de considerar en su derecho interno una agravante para los actos que conlleven un supuesto de discriminación múltiple:

“Los Estados Partes se comprometen a considerar como agravantes aquellos actos que conlleven una discriminación múltiple o actos de intolerancia, es decir, cuando cualquier distinción, exclusión o restricción se base en dos o más de los criterios enunciados en los artículos 1.1 y 1.3 de esta Convención”. [Cursivas y subrayado agregados]

Otro importante instrumento internacional que alude de manera expresa al concepto discriminación múltiple es la **Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores**. Esta Convención fue adoptada en la ciudad de Washington D.C., durante el cuadragésimo quinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015.

En la citada Convención, el artículo 5 se refiere específicamente al derecho a la igualdad y no discriminación por razones de edad, estableciendo lo siguiente:

“Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las

mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.” [Cursivas y subrayado agregados]

Consolidándose el reconocimiento de la discriminación múltiple en el ámbito del Sistema Interamericano y reafirmando la obligación de los Estados Partes de establecer medidas para combatirla a través de políticas, planes, normas, etc.

Finalmente, es importante señalar un instrumento actualmente en vigor en el Sistema Interamericano, que si bien no contiene una mención expresa al concepto, resulta relevante pues su interpretación ha servido de sustento para fijar un estándar vinculado al análisis de este tipo de discriminación. Se trata de la ***Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*** o “Convención de Belém do Pará” (1994)<sup>472</sup>, en cuyo artículo 9 se establece:

«Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo [que lleva por título “Deberes de los Estados”], los Estados Partes tendrán especialmente 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. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.»

De modo que aunque no se refiere expresamente a la discriminación múltiple, el artículo 9 al considerar todas estas situaciones de vulnerabilidad recoge la especial preocupación que los Estados Partes deberían tener respecto de ellas al adoptar medidas. Al respecto la CIDH ha interpretado que este deber de los Estados debe “[...] *tomar en consideración las distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer en el goce de sus derechos en razón de*

---

<sup>472</sup> Esta Convención fue adoptada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. En el Perú, fue aprobada por Resolución Legislativa N° 26583 del 22 de marzo de 1996. Su instrumento de ratificación, de fecha 2 de abril de 1996, fue depositado el 4 de junio de 1996. Entró en vigencia el 4 de julio de 1996.

*múltiples factores combinados con su sexo como la raza, etnia, condición socioeconómica y otros*”.<sup>473</sup> De ahí que el concepto discriminación múltiple se haya ido incorporando en los documentos aprobados por este órgano del Sistema Interamericano, como se verá más adelante.

## 2.2.2. INTERSECCIONALIDAD EN LA CORTE IDH

El 2015, el Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador introdujo por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana el debate sobre la discriminación múltiple e interseccionalidad en el marco de las obligaciones estatales derivadas de la igualdad y no discriminación. Hito relevante para el Perú, puesto que en mérito a los preceptos constitucionales, particularmente al art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, permite interpretar los derechos reconocidos en la Constitución conforme no sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos sino también de conformidad con las decisiones de los tribunales internacionales, como la de la presente cuestión.

El caso, relacionado con la afectación a la vida digna e integridad personal de Talía González Lluy, como consecuencia del contagio con VIH vía transfusión sanguínea cuando tenía tres años de edad; se refirió, entre otros, al *alcance de la discriminación* ocurrida en el acceso a la educación, sentenciando:

“La Corte constata que la discriminación contra Talía ha estado asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió.”<sup>474</sup>

Reconociendo la existencia del fenómeno de la discriminación múltiple y sus gravísimas consecuencias, el tribunal apuntó:

«La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. En ese sentido, la

---

<sup>473</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 59. Informe Temático. 2011: párr. 41.

<sup>474</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C Núm. 298, párr. 285.

Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que “la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres”<sup>475</sup>. En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos).»<sup>476</sup> [El subrayado es nuestro]

La Corte admite también en su sentencia la *particular herida que la discriminación múltiple genera* y cómo potencia de especial forma la discriminación que sufrió la víctima, hablando desde un enfoque interseccional sentencia:

“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<sup>477</sup>. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el

---

<sup>475</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, Rashida Manjoo, 2 de mayo de 2011. párr. 67. Citado en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy...* Ob. Cit., párr. 288.

<sup>476</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy...* Ob. Cit., párr. 288.

<sup>477</sup> La Corte hace una anotación en la sentencia que nos parece importante incluir: «Al respecto, Talía ha declarado: “¿Cómo tener un amigo, un enamorado, qué le iba a decir, cómo contarle de mis sentimientos,

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.<sup>478</sup> [El subrayado es nuestro]

Para el abogado de la Corte IDH, Edward Jesús Pérez<sup>479</sup>: «pareciera que, partiendo de la obligación de los Estados de implementar medidas de “diferenciación positiva”, [en estos casos] existiría una *obligación reforzada* del Estado para promover la igualdad de estas personas y su integración a la sociedad»; «no sólo por su condición de persona con VIH, sino por el resultado de la *interrelación de los distintos factores de vulnerabilidad* presentes en su caso». [Énfasis nuestro]

Definitivamente, iniciar el debate sobre las consecuencias jurídicas de la discriminación múltiple permitirá identificar a los Estados sus obligaciones especiales sobre el cumplimiento de su obligación positiva de respetar y garantizar la igualdad y no discriminación, además de posibilitar dirigirse y atender de una forma más particularizada el fenómeno; y por tanto mejor.

### 2.2.3. INFORMES TEMÁTICOS DE LA CIDH

El concepto discriminación múltiple se ha incorporado también en el discurso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha destacado la obligación de los Estados de adoptar medidas para la protección de las mujeres que se encuentran en particular riesgo debido a su pertenencia a dos o más grupos discriminados. Así, por ejemplo, desde el informe temático de 2006 “*Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*”, la Comisión manifestó su preocupación por el grave impacto que el conflicto armado tuvo particularmente sobre la situación que enfrentan las mujeres indígenas y afrocolombianas:

“La CIDH ha podido corroborar que la situación de las mujeres indígenas y afrocolombianas es particularmente crítica al ser **víctimas de múltiples formas de**

---

darle un beso? Tenía y tengo mucho miedo, ¿cómo le cuento a un enamorado que tengo VIH, que no fue mi culpa, que no me huya, que no tenga miedo, que soy una persona con sentimientos y que como cualquier otra puedo amar y quiero ser amada? [...] anhelo [...] tener lo que necesito para poder hacer en mi vida lo que quiero, irme donde yo quiera, viajar [...] estudiar lo que me gusta, que, en medio de mi soledad, como niña, adolescente, mujer joven, si no puedo disfrutar de una buena amistad, un esposo, unos hijos, por lo menos mi vida sola sea lo mejor posible”. Declaración ante fedatario público de Talía Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 1101, 1103 y 1104).» En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy...* Ob. Cit., párr. 290.

<sup>478</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy...* Ob. Cit., párr. 290.

<sup>479</sup> PÉREZ. *La igualdad y no discriminación...* Ob. Cit., p. 58.



**discriminación** por causa de su raza, etnia y por el hecho de ser mujeres, situación que se agrava dentro del ámbito del conflicto armado [...] Al estar expuestas históricamente a dos formas de discriminación, son **doblemente vulnerables** a ser abusadas y victimizadas por los grupos armados en su lucha por controlar recursos y territorios.”<sup>480</sup> [Cursivas y énfasis nuestros].

El “Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los derechos humanos en las Américas”, publicado ese mismo año, reparó sobre en caso de las mujeres indígenas y afrodescendientes defensoras de derechos humanos:

“La Comisión también encuentra que la situación de las mujeres indígenas y afrodescendientes, incluidas aquellas mujeres que se destacan en liderar las campañas de reivindicación de sus derechos, es particularmente crítica al ser *víctimas de múltiples formas de discriminación* [...] Al estar expuestas a dos formas de discriminación históricamente, son *doblemente vulnerables* a ser abusadas y victimizadas”.<sup>481</sup> [Las cursivas son nuestras]

El informe del 2010 “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos” repara, a su vez, sobre las mujeres pobres, indígenas y/o afrodescendientes, que en su mayoría residen en zonas rurales, quienes con mayor frecuencia no disfrutaban plenamente de sus derechos humanos respecto de la salud materna. En la que la Comisión reconoce una vez más que estos grupos “[...] *sufren de la interrelación de múltiples formas de discriminación que limitan su acceso a estos servicios.*”<sup>482</sup> [Las cursivas son nuestras]

El año siguiente (2011) la Comisión emitió nuevos informes que hacen referencia al concepto *discriminación múltiple*. El primero de ellos se titula “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación”. Este informe tiene entre sus objetivos promover que los órganos jurisdiccionales de la región hagan un uso continuo de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, constituyéndose como una guía para los Estados

---

<sup>480</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II.Doc. 67. 2006: párr. 102.

<sup>481</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1. 2006: párr. 231.

<sup>482</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*. OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69. 2010: párr. 11.

Miembros de la OEA; donde uno de estos estándares consiste precisamente en “[...] **el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diversos factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros**”<sup>483</sup>. [Énfasis nuestro]

Como lo habíamos señalado anteriormente, según la CIDH este principio ha sido establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, y pese a que no menciona expresamente el concepto, sí ha establecido en su artículo 9° que los Estados Partes deben tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad que pueden sufrir las mujeres.

Al haberse fijado como un estándar, la Comisión analizará esta cuestión en otros informes temáticos del mismo año: *“El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”*, *“Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”*, *“La situación de las personas afrodescendientes en las Américas”*, *“Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en la Américas”* y *“Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud”*.

De igual manera, la importancia de que los Estados tengan en cuenta la intersección de distintas formas de discriminación figura en el desarrollo de otros dos informes publicados el 2013 *“Violencia contra los periodistas y trabajadores de medios: Estándares interamericanos y prácticas nacionales sobre prevención, protección y procuración de la justicia”* y *“Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”*.

En el año 2015 la Comisión publicó el informe *“Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá”*. En este informe la CIDH reitera que las mujeres indígenas son frecuentemente víctimas de múltiples formas de discriminación por causa de su raza, etnia y por el hecho de ser mujeres. En ese sentido, reconoce, como lo había hecho en anteriores ocasiones, que *“[e]llas enfrentan dos estratos de discriminación desde que nacen: el primero por pertenecer a su grupo racial y étnico y el segundo por su sexo.”*<sup>484</sup>

---

<sup>483</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación*. 2011: párr. 28.

<sup>484</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá*. 2015: párr. 142.

En la actualización 2011-2014 del informe *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación*, denominado: “*Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*” (2015), se le dedicó una sección<sup>485</sup>. Los informes del mismo año, “*Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas*”, y “*Violencia contra personas LGBTI*” también se referirían al respecto.

En el 2016, los informes “*Violencia, niñez y crimen organizado*”, “*Movilidad Humana, Estándares Interamericanos*” y “*Zonas Silenciadas: regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión*” hicieron lo propio. Posteriormente, el informe del 2017 “*Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva*” señaló en su párrafo 45:

*“urge a los Estados a considerar los estándares aplicables en materia de derechos humanos, y a incluir: a) perspectiva de género; b) enfoque diferenciado considerando raza, etnia, edad, orientación sexual, identidad y expresión de género, discapacidad, interculturalidad y **interseccionalidad**, y c) protección especial respecto de niños, niñas, y adolescentes.”* [Cursivas y énfasis nuestros]

En el mismo año el informe temático “*Mujeres Indígenas*” erigió a la interseccionalidad como su segundo principio rector, además de ello la CIDH reconoció que: “Esta superposición de varias capas de discriminación -la interseccionalidad- lleva a una **forma de discriminación agravada** que se expresa en experiencias manifiestamente diferentes [...]”<sup>486</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Respecto del mismo año (2017) podemos observar la integración del concepto discriminación múltiple en los informes: “*Pobreza y derechos humanos*”, “*Garantía de derechos: niñas, niños y adolescentes*” y “*Políticas integrales de protección de personas defensoras*”.

Del mismo modo, el 2018 los informes temáticos “*Mujeres periodistas y libertad de expresión*” y “*Violencia policial contra afrodescendientes en Estados Unidos*”, reparan sobre el concepto. Al respecto, debemos resaltar que el primero de estos reconoce en su párrafo 12 que:

*“En efecto, la intersección de múltiples identidades puede aumentar el riesgo de ciertas mujeres a enfrentar obstáculos o dificultades para el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión o pueden generar un efecto diferenciado en determinados grupos de mujeres.”* [Cursiva agregadas]

---

<sup>485</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*. 2015, pág. 22 y ss.

<sup>486</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Mujeres indígenas*. 2017, párr. 38.

Y agrega: “Integrar una perspectiva de género en la protección de periodistas implica [...] [se] observe los principios de atención preferencial, **interseccionalidad**, transparencia y participación.”<sup>487</sup> [Énfasis nuestro]

Finalmente, en el 2019 el informe “Reconocimiento de los derechos de personas LGBTI”, la CIDH cita a la Corte IHD y señala que “esas múltiples formas de discriminación pueden tener efectos a nivel individual, pero también en el plano social [...]”<sup>488</sup>; razón por la cual recomienda que:

“Desarrollar estrategias coordinadas de forma intersectorial, articulando temas con base en múltiples factores, tales como educación, trabajo y seguridad social, alimentación, vivienda y salud, orientadas a garantizar la participación democrática y el empoderamiento de las personas LGBTI. [Las que] deben llevar en consideración la **interseccionalidad** con otros factores que generan realidades en las cuales las violaciones de derechos humanos son más profundizadas, como: etnia; raza; sexo; género; condición migratoria y situación de desplazamiento; edad; situación de defensor de derechos humanos; situación de privación de libertad; situación socioeconómica, entre otros.”<sup>489</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Así, como podemos apreciar, son 26 informes temáticos que hacen referencia a este tema en los últimos 13 años. Podemos decir entonces que con todo lo reseñado, la integración de la discriminación múltiple como concepto y estándar en los sistemas de protección universal e interamericano es evidente.

Ahora bien, una vez, revisada la literatura disponible, y habiendo validado la integración de la discriminación múltiple dentro de los estándares internacionales de protección de derechos humanos; pasaremos a ocuparnos del documento potencia en el que creemos sería vital la incorporación del enfoque interseccional en nuestro país.

---

<sup>487</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Mujeres periodistas y libertad de expresión*. 2018, párr. 102.

<sup>488</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Reconocimiento de los derechos de personas LGBTI*. 2019, párr. 209.

<sup>489</sup> *Ibidem*, pág. 136.

### 3. EL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DEL PERÚ

Dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDDHH) tiene a su cargo la dación del Plan Nacional de Derechos Humanos -o PNDH por sus siglas-; este documento, como señala su propio portal institucional, *“es el primer instrumento de política pública que busca impregnar el enfoque de derechos humanos de manera transversal en toda la gestión del Estado [el mismo que, para un trabajo articulado, es] ratificado por todos los sectores”*<sup>490</sup>; -característica que hace de éste un instrumento especialmente potente-.

El PNDH tiene la misión de *“incrementar el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos, a través de la promoción de una cultura de respeto a la dignidad en todos los sectores de la sociedad y la incorporación del enfoque de derechos en las políticas públicas. [Mientras que su visión es] contar con una sociedad en la que se encuentre plenamente garantizada la efectiva vigencia de los derechos humanos y cuyos miembros se reconozcan libres e iguales en dignidad”*<sup>491</sup>.

A la fecha se han promulgado tres planes: el PNDH 2006-2010 cuya vigencia se extendió hasta 2011, el denominado PNDH 2014-2016, y el PNDH 2017-2021, relanzado posteriormente como PNDH 2018-2021, actualmente en vigencia.

Las reacciones en torno a ellos han sido variadas. Si bien como iniciativa ha sido aplaudida y reconocida<sup>492</sup>; no podemos desconocer la sensación de descontento en la sociedad civil por las expectativas que generó como marco legal que planteara un camino para el cumplimiento de múltiples derechos aún insatisfechos. Las posturas más críticas han señalado que el instrumento no ha alcanzado a ser un plan nacional de derechos humanos consensuado, y que no se vislumbra la voluntad política estatal requerida para desarrollar una verdadera política de Estado en materia de protección y promoción integral de los derechos humanos<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> Cfr. Portal institucional: <https://www.minjus.gob.pe/plan-nacional-de-derechos-humanos/> Revisado por última vez el: 28/12/2018. También en: [https://ogi.minjus.gob.pe/pnddhh\\_web/Invitado\\_verInicio](https://ogi.minjus.gob.pe/pnddhh_web/Invitado_verInicio) Revisado por última vez el: 02/06/2019.

<sup>491</sup> En: <https://www.minjus.gob.pe/pnddhh/> Revisado por última vez el: 09/04/2019.

<sup>492</sup> Su existencia como avance en la promoción de derechos es reconocida en el documento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado: *Medidas adoptadas por el Estado Peruano en relación a la implementación de la Resolución “Protección de los migrantes” (A/RES/ 69/167)* p. 3 y ss. Revisado por última vez el: 02/06/2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/GA70thSession/States/Peru.pdf>

<sup>493</sup> COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual 2014-2015*. 2015: p. 105 y ss. Disponible en: [http://derechoshumanos.pe/informe2014\\_15/Plan\\_Nacional\\_DDHH\\_2014\\_15.pdf](http://derechoshumanos.pe/informe2014_15/Plan_Nacional_DDHH_2014_15.pdf) Revisado por última vez el 09/04/2019.

“[E]l Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) debería ser un instrumento de política estatal para reforzar la protección de nuestros derechos, garantizar la adecuación de las normas internas a los compromisos y estándares internacionales asumidos por el Estado, orientar estrategias generales para proteger a los colectivos más excluidos y discriminados de la sociedad, y establecer compromisos soportados por el máximo de los recursos disponibles, con cronogramas, mecanismos de verificación y participación efectiva de la sociedad civil”<sup>494</sup>.

Por lo que, a puertas de llegar al Bicentenario, debemos preocuparnos por esgrimir los lineamientos que verdaderamente materialicen los contenidos sustanciales en materia de derechos humanos a la realidad de todas y todos los peruanos. Razón por la cual planteamos como necesaria la inclusión del enfoque interseccional que plantea la *discriminación múltiple*, en la agenda nacional para visibilizar la problemática a la que se enfrentan todos los días miles de personas que ven violentados sus derechos y libertades en razón a las especialísimas formas componentes de su identidad; vivencias que no entendemos ni anticipamos y que el Estado Peruano no ha tomado aún en cuenta para la resolución de casos, la producción legislativa o en políticas públicas.

### **3.1. HISTORIA DE LA APARICIÓN DE LOS PLANES DE ACCIÓN EN DDHH**

“Fue después de la entrega del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, y a pocos meses de promulgadas las normas del proceso de reparación de víctimas del conflicto armado, que el Estado peruano asume como política estatal un Plan Nacional que incluyera una agenda de derechos integrales, de grupos específicos y de medidas para la organización de políticas públicas basadas en principios de derechos humanos.”<sup>495</sup>

Así, el Plan Nacional de Derechos Humanos se constituyó como uno de los hitos más importantes en el armazón institucional peruano para lograr un compromiso político de los poderes del

---

<sup>494</sup> *Ibidem*.

<sup>495</sup> BREGAGLIO LAZARTE, Renata et al. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú. El Plan Nacional de Derechos Humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y, Konrad Adenauer Stiftung. 2014, p. 11.

Estado vinculado a la agenda pendiente de los derechos humanos, sobre todo luego de veinte años de violencia política y destrucción del Estado de derecho en el Perú.<sup>496</sup>

Este esfuerzo se encajó además con una corriente internacional que reparaba en la necesidad de que los Estados cuenten con dispositivos que les permitan desarrollar el enfoque de derechos humanos en sus políticas. De tal modo, en el afán de cumplir con sus obligaciones internacionales en el campo de los derechos humanos, se propuso a los estados contar con una política transversal que pudiera ser *medida* y por tanto monitoreada de manera más eficaz. Así pues, en la “Conferencia mundial sobre derechos humanos” organizada en la ciudad de Viena en 1993, específicamente en su *Declaración y Programa de Acción*, se recomendó que todos los Estados adoptasen una medida: la creación de Planes de acción en derechos humanos.

No obstante, en el desarrollo de la conferencia se establecieron también otros puntos vitales como la interdependencia de la democracia, el desarrollo económico y los derechos humanos. *La Declaración y Programa de Acción de Viena* (su principal producto) introdujo además el principio fundamental: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*” -Parte I, párrafo 5-, reemplazando la antigua división entre derechos civiles y políticos, y; derechos económicos, sociales y culturales. La Declaración exige también a todos los países, ratificar plenamente todos los tratados sobre derechos humanos en la medida de lo posible y garantizar un sistema jurídico eficaz para castigar las violaciones de dichos derechos; remarca a su vez, el derecho al desarrollo de los países en desarrollo, precisando que el subdesarrollo no es justificación para la violación de los derechos humanos.

Empero, el párrafo 71 de la segunda parte de este documento trae a colación el punto que nos interesa:

*“La Conferencia Mundial de Derechos Humanos recomienda que cada Estado considere la posibilidad de elaborar un plan de acción nacional en el que se determinen las medidas necesarias para que ese Estado mejore la promoción y protección de los derechos humanos.”* [Subrayado nuestro]

Así pues, la *Declaración y Programa de Acción de Viena* se convirtió en el punto de partida para estas nuevas herramientas de control que han ingresado invariablemente en el plano institucional de los Estados.

---

<sup>496</sup> *Ibidem*.



Para 1999, en el marco de una reunión organizada en Quito por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; los Estados Andinos habían reiterado este compromiso. Así en el documento titulado *“Conclusiones de la reunión sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la región de américa latina y el caribe”* los Estados participantes, -entre ellos el Perú-, reafirmaron: “[...] la importancia de los Planes Nacionales de Acción en Derechos Humanos para la promoción y protección de los derechos humanos como lo recomendara la Declaración y el Programa de Acción de Viena.<sup>497</sup> [Énfasis nuestro]

A su vez, se destacó la importancia de la promoción y la protección de los derechos humanos de la mujer y de la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas y programas de cooperación; como también la necesidad de brindar una total protección y promoción de los derechos de la niñez, los jóvenes y las poblaciones indígenas, así como también de otros grupos vulnerables.

Del mismo modo, se reconoció la conveniencia del desarrollo de Planes Nacionales de Acción en materia de derechos humanos y se invitó a todos los gobiernos que considerasen la posibilidad de elaborarlos, de acuerdo con sus prioridades nacionales y por medio de procesos de consulta con las instancias nacionales. Finalmente los Estados participantes concluyeron en: “[...] la puesta en marcha de Planes Nacionales de Acción en materia de derechos humanos”<sup>498</sup> para los Estados Andinos.

Posteriormente, en el año 2002, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos publicó un manual que, recopilando las experiencias existentes hasta ese momento, sirviera de guía para la dación de estos nuevos instrumentos, titulado: *“Handbook on National Human Rights Plans of Action”*<sup>499</sup>.

Según dicho manual, un Plan no era, ni podía tener la vocación de ser un programa de gobiernos o de legislatura adaptada al tema de derechos humanos<sup>500</sup>. Como recalca Fernando Rey Martínez:

«El manual advierte seriamente contra ello: “El proceso de consulta es crucial para la credibilidad y efectividad del Plan”, el cual “debe responder a un compromiso nacional

---

<sup>497</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – ACNUDH. *Conclusiones de la reunión sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la región de américa latina y el caribe* 1999, párr. 2, 5 y 9 respectivamente.

<sup>498</sup> *Ibidem*, párr. 21.

<sup>499</sup> Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training10en.pdf> Revisado por última vez el 02/06/2019.

<sup>500</sup> Cfr. REY MARTINEZ, Fernando. *Introducción*. En: REY MARTINEZ, Fernando (Dir.) “Los derechos humanos en España: Un balance crítico”. Valencia: Tirant lo Blanch; 2015, p.22.



verdadero, implicando a toda la sociedad: debe ser propiedad de todos” (pp. 14 y 20); “sin una amplia participación se corre el peligro de que el Plan sea un gesto retórico y de que su ejecución *will run into the sand*.” (p. 42); y “Debe evitarse que el Plan Nacional sea un ejercicio vinculado sólo al Gobierno” (p. 58)». <sup>501</sup> [Énfasis en el original]

Por todo ello, resulta de vital importancia conceptualizar qué es y qué significa un Plan de Derechos Humanos. Así pues,

*“los planes nacionales de acción en derechos humanos buscan asegurar intervenciones óptimas y duraderas que garanticen la vigencia de estos derechos universales, haciendo posible, cambios que redunden en el bienestar de las personas; todo ello como un resultado inmediato de decisiones de gobierno. La responsabilidad estatal en relación con los derechos fundamentales de quienes habitan en el país es exigible, por lo que es indispensable propiciar la articulación de los organismos estatales a la hora de implementar políticas públicas eficaces.”*<sup>502</sup>

Aunque el Plan va dirigido a mejorar la situación de los derechos humanos en general, el Manual señala que *“debe estar orientado a la acción: no debe incluir vagas promesas”*<sup>503</sup>, y que sus objetivos deben ser *“realistas, razonablemente precisos y obtenibles en un plazo determinado”*<sup>504</sup>; reiterando que *“es mejor no incluir un objetivo en un Plan a menos que exista una genuina voluntad de llevarlo a cabo y alguna razonable posibilidad de éxito”*<sup>505</sup>.

Ello en razón de que un Plan no puede solucionar todos los problemas de derechos humanos en poco tiempo, sino que se trata más bien de un “proceso continuo”<sup>506</sup> de evolución. Un Plan debe venir acompañado pues de altas dosis de modestia, realismo y pragmatismo.<sup>507</sup>

El manual claramente atribuye la responsabilidad final del Plan al Gobierno, y llama “agencia focal” al órgano gubernamental encargado de dirigir el proceso de elaboración, figura que en el caso peruano ha sido asumida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, específicamente por la Dirección General de Derechos Humanos - DGDH.

---

<sup>501</sup> *Ibíd*em, pp. 22-23.

<sup>502</sup> Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, p. 9. Versión en línea, revisado por última vez el 02/06/2019. Disponible en: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/PNDH\\_1\\_80.pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/PNDH_1_80.pdf)

<sup>503</sup> OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS - OHCHR. *Handbook on National Human Rights Plans of Action*. 2002, p.18. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training10en.pdf>

<sup>504</sup> *Ibíd*em, p.74.

<sup>505</sup> *Ibíd.*, p.76.

<sup>506</sup> *Id.*, p.20.

<sup>507</sup> Cfr. REY MARTINEZ. *Introducción...* Ob. Cit., p.23.

### 3.2. DESARROLLO DE LOS PLANES DE ACCIÓN EN DDHH EN EL PERÚ

Haciendo un recuento general, la dación del primer Plan Nacional de Derechos Humanos fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2005-JUS el 11 de Diciembre 2005, el mismo que correspondió al periodo 2006-2010. A través de este documento se dio inicio al proceso de planeamiento que compromete desde hace más de una década al Estado peruano y a la sociedad civil en un esfuerzo por la plena vigencia de los derechos humanos en nuestro país.

El Plan fue elaborado por el Consejo Nacional de Derechos Humanos, órgano encargado de promover, coordinar y asesorar al Poder Ejecutivo en la tutela y vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona (adscrito al MINJUS). Este documento buscó asegurar la vigencia de los derechos humanos en condiciones de igualdad de trato y no discriminación e implementar políticas afirmativas a favor de la población más vulnerable de nuestro país.<sup>508</sup> Su población objetivo incluyó mujeres, pueblos indígenas y afroperuanos, personas con discapacidad, niñez y adolescencia; adultos mayores, migrantes, personas viviendo con VIH/SIDA, además de considerar un grupo denominado *personas objeto de trato denigrante o violento por motivos de orientación/índole sexual*.

Así, con el objetivo de garantizar la más amplia participación ciudadana en la formulación del PNDH se establecieron 13 audiencias públicas macroregionales y cinco audiencias públicas en Lima y Callao para la realización de un diagnóstico situacional del país, cuyo objetivo general fue:

*“reforzar los mecanismos nacionales para promover y proteger los derechos humanos y garantizar la conformidad de la legislación y prácticas nacionales con las obligaciones derivadas de las normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario que obligan al Estado peruano.”<sup>509</sup>*

Finalmente, se establecieron 4 Lineamientos Estratégicos (LE) para ello: LE1, Institucionalizar y transversalizar el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas; LE2, Contribuir a la difusión del enfoque de derechos humanos; LE3, Asegurar la plena vigencia de los derechos humanos de los derechos humanos integrales; y, LE4, Implementar políticas afirmativas a favor

---

<sup>508</sup> Cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010*, apartado 1.8.2. y siguientes. Disponible en: [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/plan\\_ddhh\\_2006\\_2010.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/plan_ddhh_2006_2010.pdf) Revisado por última vez el 14/06/019.

<sup>509</sup> *Ibidem*, apartado 4.

de los sectores de la población en condición de mayor vulnerabilidad, en condiciones de igual trato y sin discriminación. Además de 16 Objetivos Estratégicos.

Posteriormente, tras cuatro años de silencio, se aprobó mediante Decreto Supremo N° 005-2014/JUS de fecha 04 de julio de 2014, del Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016. Reafirmando el compromiso del Perú para con el respeto, promoción y efectiva vigencia de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución y aquellos tratados internacionales de los que el Estado peruano es parte.

Rememora el propio documento que el contexto es distinto respecto del primer Plan: *“En aquel entonces, gran parte de los lineamientos y actividades estaban centrados en la adopción de reformas legales así como en medidas para consolidar nuestras instituciones democráticas.”*<sup>510</sup> De modo que *“[...] casi ocho años después de este primer esfuerzo la promoción y protección de los derechos humanos, en el Perú actual, debe tener como eje prioritario la transversalización del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas.”*<sup>511</sup>

En este caso, el PNDH 2014-2016 se organizó en torno a cuatro Lineamientos Estratégicos: LE1, Promover una cultura de derechos humanos en el país; LE2, Diseñar y fortalecer las políticas públicas de promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; LE3, Diseñar y ejecutar políticas a favor de los grupos de especial protección; y, LE4, Fortalecer el ordenamiento jurídico interno, a través de la implementación de instrumentos internacionales, para la promoción y protección de los derechos humanos.

Cabe resaltar que dentro del LE3 reconoció como grupos de especial protección 11 grupos: Personas adultas mayores, Población Afroperuana y Minorías Étnico-Raciales, Personas con Discapacidad; Personas migrantes, desplazadas, víctimas de trata y sus familias; Mujeres; Niños, Niñas y Adolescentes, Personas privadas de la libertad, Pueblos indígenas, Personas víctimas de la violencia ocurrida en nuestro país entre 1980 y el 2000, Personas afectadas por el VIH-SIDA, Personas afectadas por la tuberculosis<sup>512</sup>.

---

<sup>510</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016*. Presentación. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B84A6C97351E26E605257F6900551632/\\$FILE/Plan\\_Nacional\\_de\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B84A6C97351E26E605257F6900551632/$FILE/Plan_Nacional_de_Derechos_Humanos.pdf) Revisado por última vez el 14/06/2019.

<sup>511</sup> *Ibidem*.

<sup>512</sup> Ha de notarse que el grupo denominado *personas objeto de trato denigrante o violento por motivos de orientación/índole sexual* incluido en el anterior Plan, no fue considerado en esta ocasión.

Con 50 Objetivos Estratégicos mapeados, introduce indicadores para medir el avance de estos, así, considera 12 indicadores generales para el PNDH, 3 para el LE1, 13 para el LE2, 8 y 4 indicadores para los lineamientos 3 y 4, respectivamente; haciendo un total de 40 indicadores.

La elaboración del PNDH tuvo cuatro fases y contó con varias fuentes para su construcción<sup>513</sup>:

- La primera fase consistió en un proceso de evaluación del PNDH 2006-2011.
- La segunda fase se centró en la actualización del diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en nuestro país.
- La tercera fase consistió en la realización de 21 audiencias regionales realizadas con miembros de la sociedad civil y del Estado.
- La cuarta fase, consistió en la realización de talleres de validación con miembros de la sociedad civil y del Estado respecto al lineamiento estratégico III.

La elaboración de indicadores relacionados a los derechos humanos se constituyó como una iniciativa trascendental para llegar a un acuerdo común sobre una metodología de monitoreo de derechos basada en indicadores, cuyo objetivo es contar con indicadores homogéneos para todos los Comités del Sistema Universal, tal y como se ha señalado en el *“Informe sobre Indicadores para Vigilar el Cumplimiento de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos”*. En este aspecto, la CIDH ha definido en el documento *“Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”* tres tipos de indicadores, partiendo del modelo de indicadores propuestos en el ámbito de la ONU en el mencionado informe: i) estructurales; ii) de proceso y iii) de resultados.<sup>514</sup>

El PNDH 2014-2016 ha entendido que:

“La elaboración de índices en el PNDH responde a la lógica propuesta por el economista hindú Amartya Sen, que propuso en su Índice de Desarrollo Humano (IDH), una combinación de indicadores tales como: salud, educación y estándar de vida. La apuesta del PNDH es tener índices de políticas ya aprobadas vinculadas a temas específicos como el Plan Nacional de Acción del Medioambiente 2012-2021, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 y las metas emblemáticas identificadas por el MIDIS respecto a población en proceso de inclusión al 2016. Al ser el PNDH un plan estratégico nacional, se *centrará principalmente en la dimensión de resultado o impacto,*

---

<sup>513</sup> *Ibíd.*, Metodología.

<sup>514</sup> *Id.*

ya que considera que los indicadores de proceso o estructurales pueden encontrarse en otro tipo de iniciativas de política.”<sup>515</sup> [Cursivas agregadas]

Empero, y como habíamos adelantado, el PNDH 2014-2016 fue visto como un documento que no recogió el proceso previo de formulación; y que no cumplió con las expectativas respecto de su carácter como marco legal que planteara un camino para el cumplimiento de múltiples derechos aún insatisfechos.

Es en estas circunstancias que, luego de otro vacío de dos años se aprobó el Plan Nacional de derechos humanos 2018-2021.

### **3.3. EL PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2018-2021**

El 31 de enero de 2018, fue publicado en el diario El Peruano el Decreto Supremo N° 002-2018-JUS, mediante el cual el Poder Ejecutivo anunciaba la aprobación del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021. Como indica el mismo documento, se trata de una herramienta

*“estratégica, multisectorial e integral, destinada a asegurar la gestión de políticas públicas en materia de derechos humanos en el país. [Instrumento que,] por su carácter transversal, compromete a todos los sectores y niveles de gobierno, y permite proyectar el enfoque de derechos humanos en la intervención de las entidades estatales.”<sup>516</sup>*

Característica que no nos cansamos de resaltar, puesto que permitirá que las carteras ministeriales se ciñan a diseñar herramientas respecto de temas ya mapeados por el Plan; el que, a modo de guía, definirá el curso del avance en materia de derechos humanos con la potencia del sector público unido.

Así, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conduce, a través de la dación de este Plan, un proceso de gestión de políticas públicas integral y multisectorial que inicia con la elaboración del instrumento y se concreta con la implementación, el monitoreo y la evaluación de los compromisos allí asumidos por las entidades del Estado peruano.

---

<sup>515</sup> Ib. Elaboración de indicadores relacionados a los derechos humanos.

<sup>516</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*. Antecedentes. 2018, Pág. 9. Disponible en: [http://spij.minjus.gob.pe/content/banner\\_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/banner_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf) Revisado por última vez el 14/06/2019.

Este documento basando tanto su contenido como diseño metodológico en el “*Handbook on National Human Rights Plans of Actions*”, acoge los ejes estratégicos diseñados anteriormente, y adiciona un nuevo lineamiento estratégico: empresas y los derechos humanos. Los grupos de especial protección considerados en los procesos de planeamiento anteriores también se incrementan en número, incorporándose los grupos de trabajadoras y trabajadores del hogar, las personas LGBTI y, los defensores y defensoras de derechos humanos.

Además de ello, en este instrumento se hace hincapié en las dos perspectivas que orientan el desarrollo del plan: la normativa y la estratégica. Donde -señala- la pauta normativa queda trazada por los estándares internacionales de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos, así como por las recomendaciones de los órganos de vigilancia de los tratados de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano; mientras que, la pauta estratégica la marca el modelo de gestión pública por resultados, que como señala el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) promueve la armonización de las políticas públicas, los planes estratégicos y operativos, a nivel sectorial y territorial, hacia el logro de resultados a favor de la población<sup>517</sup>.

Ahora bien, el proceso de elaboración del PNDH tuvo cuatro etapas esenciales: la etapa inicial de elaboración del diagnóstico estratégico y coordinación interinstitucional, una segunda etapa de elaboración de la Estrategia y del Sistema de monitoreo y evaluación del PNDH, en esta se establecieron objetivos, acciones estratégicas e indicadores a través de matrices que permitieran supervisar los alcances del PNDH. La tercera etapa referida al diálogo ampliado entre sectores del Estado y organizaciones de la sociedad civil y finalmente, una cuarta etapa concentrada en la redacción y aprobación del PNDH, proceso que llegó a su culminación al concretarse la redacción del documento que consolida el desarrollo del marco conceptual y las matrices estratégicas de los cinco lineamientos estratégicos del instrumento. La misma que fue sometida a la opinión del Consejo Nacional de Derechos Humanos el 11 de diciembre de 2017, siendo aprobada por el Consejo de Ministros.

Con relación al contenido del PNDH, como mencionamos anteriormente, se observa que este incluye por primera vez cinco lineamientos estratégicos. LE1: Promoción de una Cultura de Derechos Humanos y la Paz en el Perú; LE2: Diseño y fortalecimiento de la Política Pública de

---

<sup>517</sup> Cfr. CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO (CEPLAN). Directiva N°001-2017-CEPLAN/PCD, Directiva para la Actualización del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional. 2017. Citado por MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021. Diseño metodológico. 2018, Pág. 10. Disponible en: [http://spij.minjus.gob.pe/content/banner\\_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/banner_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf) Revisado por última vez el 14/06/2019.

Promoción y Protección de los Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales; LE3: Diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos de especial protección; LE4: Fortalecimiento del Ordenamiento Jurídico Interno, a través de la implementación de Instrumentos Internacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos; y LE5: Implementación de Estándares Internacionales sobre Empresas y Derechos Humanos.

Destacando, la incorporación del quinto lineamiento, referido a la implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos y que reconoce la necesidad de que las empresas públicas y privadas respeten los derechos humanos en sus ámbitos de protección, planteando el compromiso de diseñar un Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos.

Resumiendo, el PNDH 2018-2021 recoge 13 grupos de especial protección<sup>518</sup>, objetivos estratégicos divididos en acciones estratégicas, y 289 indicadores; además de considerar un Sistema de Monitoreo y Evaluación del Plan Nacional de Derechos Humanos (SIMEDH).

### **3.3.1. SUSTENTO DEL PNDH 2018-2021**

El propio PNDH 2018-2021 repasa sobre el marco conceptual que dota de contenido al documento. Así, temas como la dignidad humana, la concretización de los derechos humanos y la democracia como marco político para el pleno respeto de aquellos son abordados como marco constitucional.

En ese sentido, la obligación de promover, respetar y garantizar los derechos humanos sustentada en el artículo 1 de la Constitución, queda íntimamente vinculada a esa igual valía de todos los seres humanos. Adicionalmente, los deberes de hacer y no hacer de los Estados constituirán exigencias concretas para la vigencia de los derechos humanos y garantía de su dignidad. Así, el compromiso político del estado peruano para elaborar un PNDH se sustentará -además de en el artículo 1- en el artículo 44 de la Constitución y su Cuarta Disposición Final y Transitoria.

---

<sup>518</sup> Personas adultas mayores, Población Afroperuana, Personas con Discapacidad, Mujeres, Niños, Niñas y Adolescentes; Personas privadas de la libertad, Personas afectadas por el VIH/SIDA y Personas afectadas por la tuberculosis; Trabajadoras y trabajadores del hogar, Personas LGTBI, Defensores y defensoras de derechos humanos, Pueblos indígenas, Personas en situación de movilidad, y Personas víctimas de la violencia ocurrida entre los años 1980 y 2000.

Por su parte, la Carta de la OEA establece tres principios que resultan fundamentales en este punto: *la solidaridad de los Estados americanos* (art. 3, d.); *la proclamación de los derechos humanos sin distinción* (art. 3, l.); así como *la eliminación de la pobreza crítica como parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa* (art. 3, f.). Aplicables para nuestro país y su actuación estatal.

Adicionalmente, para la dación de este documento se han considerado los lineamientos del CEPLAN, las políticas nacionales, el Acuerdo Nacional, el Plan Bicentenario, los planes nacionales sectoriales, los PESEMS (Plan Estratégico Sectorial Multianual), y compromisos internacionalmente asumidos como los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Agenda 2030, entre otros.

Asimismo, el nuevo Plan ha procurado realizar un esfuerzo en la mejora de la cadena lógica en el diseño de los objetivos estratégicos y sus respectivas acciones estratégicas, considerando el ya mencionado enfoque de gestión por resultados, siendo que este no es el único enfoque que permea este instrumento, sus objetivos o los resultados esperados.

### **3.3.2. EL PNDH 2018-2021 COMO POLÍTICA PÚBLICA**

Por otra parte, si bien una política pública puede estudiarse según su proyección temporal, nivel de coordinación o su nivel de gobierno -categorías no excluyentes-, cualquiera sea su tipo, “todas generan dispositivos que guían su implementación y/o ejecución, y pueden ser de carácter aspiracional, operacional (es decir, que constituyen herramientas para su desarrollo e implementación) o servir como guías o marcos generales. En ese sentido, podemos afirmar que las políticas públicas son ante todo un canal de acción y un flujo de información que guía los procesos de toma de decisión, de encauzamiento institucional, de adjudicación de recursos y de control de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y competencias.”<sup>519</sup>

Precisamente, el PNDH 2018-2021 fue diseñado como una política pública guía, como marco general de encauzamiento institucional respecto de la toma de decisiones del ejecutivo; en tanto “la política pública se ejerce desde la capacidad coercitiva del Estado bajo el ejercicio de su

---

<sup>519</sup> BREGAGLIO LAZARTE, Renata et al. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú...* Loc. Cit., p. 15.



autoridad. Razón por la cual los planes de derechos humanos [...] requieren de diseños de programas y proyectos para su implementación y evaluación periódica”<sup>520</sup>.

De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)<sup>521</sup>, las políticas públicas están asociadas a cómo un gobierno toma decisiones y cómo se vincula con la sociedad. Subrayando que los problemas públicos deben ser tratados de acuerdo con su especificidad y circunstancia (por ejemplo sea de carácter regional o local). Es así que el accionar estatal deberá tomar en cuenta estas particularidades con el fin de hacer frente a dichos problemas.

Así pues, el Plan Nacional de Derechos Humanos no es sino una política pública de carácter nacional, la que como parte de su diseño lleva impregnada una serie de enfoques que no sólo dirigen sus intereses sino también los objetivos que pretende como tal. Y es que las políticas públicas son los cursos de acción que desarrolla el Estado para un objetivo determinado cuyo propósito será crear o transformar las condiciones en las que se desenvuelven las personas para la adecuada vigencia de sus derechos<sup>522</sup>.

### 3.3.3. ENFOQUES TRANSVERSALES EN LA POLÍTICA PÚBLICA

Desde hace algún tiempo tanto a nivel nacional como internacional, se vienen empleando diversos “enfoques” o “perspectivas”, a manera de herramientas metodológicas, operativas y prácticas que buscan dar respuestas cada vez más adecuadas a las necesidades, intereses y derechos de los grupos en condición de desventaja, exclusión o marginalidad, que históricamente han sido privados del acceso a los recursos y la protección de sus derechos fundamentales<sup>523</sup>.

Entre los enfoques más difundidos podemos destacar el enfoque de derechos humanos, el enfoque de género así como el enfoque de interculturalidad. Estos tres enfoques se encuentran actualmente recogidos en diversos instrumentos de política pública (por ejemplo en el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021), entre ellos en el Plan Nacional de Derechos

---

<sup>520</sup> ALZA, C. *Diseño de políticas públicas en derechos humanos*. Citado por: BREGAGLIO LAZARTE, Renata et al. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú...* Ob. Cit., p. 16.

<sup>521</sup> PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). *Por una densidad del Estado al servicio de la gente*. Lima, Perú. 2009. Citado por MINJUSDDHH. PNDH 2014-2016. 2014, p. 29.

<sup>522</sup> Cfr. GARRETÓN, Roberto. *La perspectiva de los derechos humanos en el diseño y ejecución de políticas públicas*. En: GARRETÓN, R. et al. “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas”. Lima: Comisión Andina de Juristas; 2004, p. 31.

<sup>523</sup> Cfr. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) y otros. *Ampliando la mirada: La integración de los enfoques de género, interculturalidad y derechos humanos*. Santiago de Chile: UNFPA, PNUD, UNICEF, ONU Mujeres. 2012, p. 6. Citado por SALOMÉ RESURRECCIÓN. Loc. Cit.

Humanos 2018-2021, el que considera además los enfoques de discapacidad, etario, territorial y el enfoque diferenciado.

Todos ellos son enfoques transversales que implican la convergencia o corresponsabilidad de distintos programas, políticas e instituciones para lograr objetivos y resultados enfocados a alcanzar una cobertura integral de derechos, considerando a diversos grupos que estadísticamente venían siendo relegados (“minorías”). De manera que al integrar los enfoques transversales se obtengan políticas públicas que eliminen las brechas entre poblaciones.

Ahora bien, el concepto de *transversalidad* implica una visión organizativa que orienta la creación de políticas públicas integrales, que incluya poblaciones y temas históricamente relegados y plantee acciones puntuales frente a necesidades específicas; de modo que se reconozca la naturaleza multifactorial del problema público así como la responsabilidad de los diferentes sectores.

En otras palabras, mientras que la transversalidad es un instrumento de diseño en la gestión pública; los diferentes enfoques (de género, etario, social, intercultural, interseccional, etc.) son herramientas metodológicas que se sirven de la transversalidad para calar en el diseño de las políticas públicas.

Veámos pues ahora, los enfoques que el tercer PNDH ha considerado en su diseño.

### 3.3.3.1. ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS (EBDH)

Respecto del enfoque basado en derechos humanos (EBDH), éste “plantea una unificación de criterios que permite promover un desarrollo humano orientado a la repotenciación de las capacidades, pero desde una perspectiva de satisfacción de derechos. Resulta, por tanto, necesario considerar las relaciones existentes entre derechos humanos, pobreza y desarrollo.”<sup>524</sup>

Según la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>525</sup> (OHCHR, por sus siglas en inglés), el enfoque basado en derechos humanos:

---

<sup>524</sup> BREGAGLIO LAZARTE, Renata et al. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú...* Ob. Cit., p. 18.

<sup>525</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos*. Ginebra y Nueva York. 2006, p. 15.

“[...] es un *marco conceptual* para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está *basado en las normas internacionales de derechos humanos* y desde el punto de vista operacional está *orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos.*” [Cursivas agregadas]

Por lo que, contar con un enfoque de derechos humanos significa que “[...] *los planes, las políticas y los procesos de desarrollo están anclados en un sistema de derechos y de los correspondientes deberes establecidos por el derecho internacional.*”<sup>526</sup>

Así pues, analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo serán la finalidad de esta herramienta<sup>527</sup>.

Atendiendo a estas consideraciones, las políticas públicas en un Estado democrático deberán tener un enfoque de derechos y tomar en cuenta el mandato de no discriminación contemplado en las diversas normas nacionales e internacionales.

Para ejemplificar la estrategia, el segundo PNDH presentaba el siguiente esquema<sup>528</sup>:



Fig. 1

El EBDH “impone así un nuevo examen de los fines y medios de desarrollo, y enfatiza en la realización de las libertades de la persona, de las condiciones para el disfrute de los derechos y del fomento de sus capacidades como los objetivos principales de las políticas de desarrollo.”<sup>529</sup> Vale decir, va más allá del *objetivo per se*, prefiriendo el proceso mismo, el “cómo” de aquel.

Así pues, “esta transformación en el campo de la intervención para el desarrollo tiene implicaciones particulares en la elaboración de las políticas públicas, pues supone sumarle al paradigma tradicional de la eficiencia, propio de la gestión pública, indicadores vinculados al

<sup>526</sup> *Ibidem.*

<sup>527</sup> *Ibid.*

<sup>528</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016*. Ob. Cit., p.31.

<sup>529</sup> BREGAGLIO LAZARTE, Renata et al. *Políticas públicas con enfoque de derechos...* Ob. Cit., p. 21.

goce de derechos relacionados con los principios de participación, no discriminación y la rendición de cuentas como ejes transversales a cualquier intervención pública.”<sup>530</sup>

En este estado de cosas, existe un punto que merece una especial mención. Existen algunos derechos humanos que pueden ser operativizados en relación con otros derechos, los que cumplen un rol especialmente importante en el EBDH. Esto no quiere decir que existan jerarquías entre los derechos humanos, más aún cuando se considera su carácter universalista e interdependiente; sino que gracias a dicha operatividad pueden ser transversalizados en cualquier intervención, programa, proyecto o política. Tales derechos serán denominados como los principios del EBDH, y son: Igualdad y no discriminación, Participación e inclusión, Acceso a la información y Acceso a la justicia<sup>531</sup>.

Es así como una vez más, vemos el rol preponderante que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene en el andamiaje del Derecho. Respecto del EBDH este principio implica que la intervención no puede aplicarse y/o excluir arbitrariamente a diferentes beneficiarios. La identificación de los beneficiarios debe darse a través de criterios objetivos y previamente determinados. Asimismo, es importante tener en cuenta posibles medidas o intervenciones de aplicación neutra, pero que pudieran terminar generando un impacto adverso en un determinado grupo social (discriminación por indiferenciación).

### 3.3.3.2. OTROS ENFOQUES CONSIDERADOS

Respecto del Enfoque de género, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables -ente rector de la materia en nuestro país- ha señalado que:

“Pone en evidencia desigualdades sociales y relaciones asimétricas de poder de varones y mujeres, las cuales han determinado históricamente la subordinación de las mujeres, la violencia contra ellas y limitado sus posibilidades de realización y autonomía. Señala que roles, atributos, comportamientos, posiciones jerárquicas, asumidos de manera distinta y excluyente por hombres y mujeres no son naturales, sino construidos social y culturalmente [...]. [En tal sentido,] plantea desterrar cualquier relación jerárquica

---

<sup>530</sup> *Ibíd.*

<sup>531</sup> *Ibíd.*, pp.23-24.

basada en las diferencias sexuales y asegurar el ejercicio pleno de derechos para hombres y mujeres.”<sup>532</sup>

A su vez, se entiende al enfoque intercultural como *“una herramienta que ayuda a analizar las relaciones entre grupos culturales distintos, considerando la distribución del poder en la toma de decisiones y el nivel de reconocimiento de sus diferencias, [ayudando] a generar políticas para garantizar los derechos de los diversos grupos culturales.”*<sup>533</sup> Para la Defensoría del Pueblo:

“La interculturalidad se define como el reconocimiento y respeto de las diferencias existentes, bajo la concepción de que las culturas pueden ser diferentes entre sí, pero igualmente válidas, no existiendo culturas superiores ni inferiores. Este relacionamiento está basado en el diálogo en donde ambas partes se escuchan y enriquecen mutuamente, o sencillamente respeta[n] sus particularidades. No se trata, pues, de imponer sino de dialogar para buscar concertar o articular”<sup>534</sup>.

Como hemos señalado, el vigente Plan mantiene estos enfoques en su diseño, reparando también en otros como el enfoque de discapacidad, el enfoque etario, el enfoque territorial y el enfoque diferenciado. Al respecto, el propio documento define cada uno como sigue:

**“Enfoque de discapacidad.-** A partir del modelo social, las políticas públicas deben adoptar todas las medidas necesarias para eliminar las múltiples barreras que impiden la inclusión de una persona con discapacidad. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en su artículo 2, establece que se entenderá por "discriminación por motivos de discapacidad cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo". Para evitarla discriminación, los Estados deben realizar los ajustes razonables correspondientes: tomar las medidas, realizar las modificaciones y adaptaciones necesarias para garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

---

<sup>532</sup> MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. *Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021*. 2016, sección II.2 Enfoques del Plan Nacional contra la Violencia de Género.

<sup>533</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La defensa del derecho de los pueblos indígenas amazónicos a una salud intercultural*. Informe Defensoría N° 169. Lima: Programa de Pueblos Indígenas. 2015, p.104.

<sup>534</sup> *Ibíd*em, p. 26.

**Enfoque etario.**- La vulneración de derechos humanos impacta a hombres y mujeres de todas las edades en formas diferentes. La distinción de los impactos que afectan a las víctimas, así como la valoración de grupos etarios que realizan violencia, posibilita mejores enfoques en la percepción de riesgos, en los factores protectores y sobre todo en la prevención. La existencia de hogares disfuncionales, la violencia intrafamiliar, el bullying, el machismo, la discriminación y la legitimación de la violencia afecta el desarrollo de las personas en las diferentes edades de su ciclo de vida, de modo distinto.

**Enfoque territorial.**- El fortalecimiento de las relaciones entre los actores de un territorio (gobierno regional/gobierno local) en el marco de las políticas públicas deben promover la creación y desarrollo de mecanismos que posibiliten el intercambio de opiniones y experiencias entre las organizaciones productivas y con los diferentes niveles de gobierno [...]

**Enfoque diferencial.**- El enfoque diferencial es un desarrollo progresivo del principio de igualdad y no discriminación. Aunque todas las personas son iguales ante ley, esta afecta de manera diferente a cada una, de acuerdo con su condición de clase, género, grupo étnico, edad, salud física o mental y orientación sexual, por ello, para que la igualdad sea efectiva, el reconocimiento, el respeto, la protección, la garantía de derechos y el trato deben estar acordes con las particularidades propias de cada individuo. Las acciones del Estado para este fin deben atender la diferencia. Inicialmente este enfoque fue acuñado para la atención a víctimas del conflicto armado.”<sup>535</sup>

---

<sup>535</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021. Ob. Cit., pp. 22-23.

#### 4. PERTINENCIA DE LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL EN POLÍTICAS PÚBLICAS

Analizar la posible aplicación del enfoque interseccional en el ámbito de las políticas públicas parece necesario como parte del deber de los Estados de contribuir a que los derechos fundamentales y los valores que representan sean verdaderamente efectivos.

Por lo que, si la discriminación múltiple describe una situación en que la coexistencia de varios motivos de discriminación produce una forma única y nueva de discriminación -que no es posible analizar por separado-, revisar una realidad que se muestra mucho más compleja es vital. Sobre todo si esta perspectiva evidencia que la discriminación no afecta de manera homogénea a los grupos en desventaja, y que existen personas aún más vulnerables dentro de aquellos ya considerados como vulnerables, personas más expuestas al menoscabo de sus derechos. Razón por la cual tal incursión merece este esfuerzo no solo a nivel académico sino también estatal.

En esta medida, la incorporación del concepto *discriminación múltiple* en el ámbito de las políticas públicas, como ha sido señalado por el profesor español Fernando Rey Martínez<sup>536</sup>, constituye un desafío pues supone una profunda crítica y corrección de los modelos y estrategias de igualdad que se han propugnado hasta la fecha.

Sintetizando la idea, “[...]a incorporación del concepto «discriminación múltiple» en el ámbito de las políticas públicas tiene como sustento el derecho fundamental de toda persona a no ser discriminada y la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho.”<sup>537</sup> Especialmente, si se considera la doble dimensión de los derechos fundamentales; en palabras de César Landa: “[...] como derechos subjetivos de la persona y como fundamento valorativo del orden constitucional”<sup>538</sup>. Por lo que, respecto de este carácter objetivo “[...] requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así una nueva relación entre los derechos fundamentales y la legislación”<sup>539</sup>.

En el mismo sentido, Luis Castillo Córdova afirma que el ámbito objetivo o institucional de estos derechos “[...] contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias

---

<sup>536</sup> Cfr. REY MARTINEZ. *La discriminación múltiple: un concepto...* Loc. Cit., p. 271.

<sup>537</sup> SALOMÉ RESURRECCIÓN. *La discriminación múltiple como concepto jurídico...* Loc. Cit., p. 147.

<sup>538</sup> LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores. 2007, p. 552.

<sup>539</sup> *Ibidem*, pp. 552-553.

*a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad*"<sup>540</sup>.

Queda claro entonces que la incorporación de este concepto en el ámbito de las políticas públicas se sustenta en la obligación positiva que tienen los Estados de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y no discriminación, y dentro de aquel a la prohibición de la discriminación múltiple. Incorporación que significaría el replanteamiento del modelo institucionalizado de igualdad y un acercamiento a los más altos estándares de protección que la jurisprudencia internacional ha recomendado. Así pues, la mirada rigurosa e integral que ofrece el enfoque interseccional respecto de este "*sistema complejo de estructuras de opresión [...] múltiples y simultáneas*"<sup>541</sup>, permitirá diseñar mejores herramientas para combatirla.

Razón por la cual creemos que establecer políticas públicas de igualdad que tomen en cuenta el concepto discriminación múltiple efectivizarían el pleno ejercicio y eficacia de los derechos fundamentales; y si bien el concepto podría entrañar dificultades, consideramos su inclusión en las políticas públicas y en específico en el Plan Nacional de Derechos Humanos, como esencial para aproximarnos a esta realidad tan compleja que pasa desapercibida y por tanto desprotegida.

---

<sup>540</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores. 2005, p.308.

<sup>541</sup> MUÑOZ CABRERA, P. *Violencias Interseccionales .Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres en Latinoamérica*. Citado por: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) y otros. *Ampliando la mirada: La integración de los enfoques de género, interculturalidad y derechos humanos*. Santiago de Chile: UNFPA, PNUD, UNICEF, ONU Mujeres. 2012, p.27.



## 5. FINALIDAD DE LA TRANSVERSALIZACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL EN LOS PNDH

Como hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, la construcción de una sociedad sin discriminación requiere tanto de esfuerzos legales como de la adopción de medidas especiales para garantizar el pleno ejercicio de derechos por parte de la población.

De modo que como parte de estos esfuerzos institucionales, el desarrollo de políticas públicas coherentes será fundamental. Si bien la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR) reconoce que no existe una receta universal para el enfoque basado en derechos, los organismos de las Naciones Unidas han acordado un conjunto de principios que deben ser observados permanentemente, entre los que figuran los siguientes: “[...] *universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación; no discriminación e igualdad; participación e inclusión; rendición de cuentas e imperio de la ley*”<sup>542</sup>.

De tal forma que la aplicación simultánea de múltiples enfoques o perspectivas será parte de los esfuerzos institucionales por el desarrollo de políticas públicas coherentes y sobre todo eficaces.

En este sentido, consideramos que la inclusión del enfoque interseccional y el concepto discriminación múltiple en herramientas tan potentes como un Plan de Acción en Derechos Humanos constituirá un punto de inflexión en la forma de abordar el problema de la discriminación del país, el mismo que irradiando el enfoque desde este instrumento permitirá que las políticas sectoriales alineen a su vez sus prioridades y su accionar, orientando múltiples herramientas hacia esta problemática *multiofensiva* y generando mayores posibilidades de contrarrestarla.

Por estas razones, analizaremos a continuación el sustento de la aplicación del enfoque interseccional y el concepto discriminación múltiple en políticas públicas desde la óptica de lo constitucional así como del Derecho internacional público.

---

<sup>542</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos*. Ob. Cit., p. 36.

## 6. APLICABILIDAD DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL Y EL CONCEPTO DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL PNDH

### 6.1. SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE SU APLICABILIDAD

En el Perú la prohibición de la *discriminación múltiple* no ha sido reconocida expresamente por la Constitución Política de 1993, tampoco por sus predecesoras, ni por otras normas de inferior jerarquía; y es que como venimos desarrollando aunque se trate un fenómeno de larga data, su tratamiento académico es reciente motivo por el cual su inclusión en las legislaciones y políticas está en desarrollo. Empero, esta falta de prohibición explícita no ha sido óbice para su inclusión dentro de los enfoques de una norma muy potente, la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; tratándose esta de la única excepción.

Ahora bien, dentro del análisis constitucional de su aplicación y como hemos señalado anteriormente, consideramos que su prohibición se sustenta tácitamente en el artículo 2°, inciso 2 de la Constitución, leído en concordancia con los artículos 1°, 3°, 44°, 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo texto normativo<sup>543</sup>, además del art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Esto en razón de que la lista de causales prohibidas recogidas en el artículo 2°.2 sólo es ejemplificativa. Afirmamos esto pues a la enumeración de motivos considerada por la Constitución, se añade una cláusula abierta para dar cabida a otros criterios de discriminación no recogidos expresamente. Esta forma de entender este precepto constitucional ha sido aceptada por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 05157-2014-PA/TC, en la que para el TC la expresión "*de cualquier otra índole*" es una fórmula adoptada por el constituyente que permite actualizar el contenido de la Constitución frente al surgimiento de nuevas situaciones de vulnerabilidad. De esta forma, lejos de ser una cláusula *numerus clausus*, el artículo 2°.2 habilita la posibilidad de reconocer e identificar que existen colectivos que, por su particular situación, ameritan no sólo protección sino además la adopción de medidas especiales por parte de todo el aparato estatal<sup>544</sup>.

---

<sup>543</sup> Revisar la sección 3. del capítulo II, *Discriminación Múltiple en el Perú: La protección ampliada de la cláusula abierta del art. 2.2. en la Constitución de 1993*

<sup>544</sup> Cfr. STC Exp. N° 05157-2014-PA/TC, F.J. 19.

Por lo que, esta manera de consagrar constitucionalmente una lista abierta, enunciativa, no taxativa de factores de discriminación, posibilita una interpretación flexible de la prohibición de discriminación contenida en nuestra Constitución; flexibilidad que en el marco de los principios de razonabilidad y proporcionalidad permite interpretar que esta prohibición incluye también a la *discriminación múltiple*, ya que no sería lógico que la protección antidiscriminación se active frente a un motivo prohibido del listado (raza, sexo, condición económica...) pero no lo haga cuando tales factores actúen simultáneamente.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal constitucional español, señalando que dicha cláusula puede generalizarse a fin de prohibir supuestos no recogidos por la norma. De tal suerte que se ha interpretado que la prohibición de la *discriminación múltiple* constituye un contenido implícito de listas enunciativas semejantes a la contenida en el artículo 2º.2 de nuestra Constitución -como el artículo 14º de la Carta española-<sup>545</sup>.

Así también, en el ámbito internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha seguido un razonamiento similar en su Observación General N° 20 del 2009, al interpretar el artículo 2º, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-PIDESC. Para el Comité DESC, la discriminación basada en “otra condición social” admite una interpretación flexible que permite incluir en esta lista enunciativa otras formas de trato diferencial que no se justifican de forma razonable y objetiva, comprendiendo -entre otros supuestos- “*la intersección de dos causas prohibidas de discriminación*”, expresión con la que el Comité DESC hace referencia a una situación de discriminación múltiple.

## **6.2.SUSTENTO DE SU APLICABILIDAD DESDE EL DIP**

Gracias al creciente desarrollo que ha tenido el concepto discriminación múltiple en el ámbito internacional<sup>546</sup>, desde el derecho internacional público se nos obliga a considerar a la discriminación múltiple y su enfoque interseccional dentro de los parámetros de interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Obligación que deriva de nuestro acogimiento voluntario a los Sistemas de Protección de Derechos Humanos y que ha sido

---

<sup>545</sup> Profundizamos más al respecto en la sección 3. del capítulo II, *Discriminación Múltiple en el Perú: La protección ampliada de la cláusula abierta del art. 2.2. en la Constitución de 1993*

<sup>546</sup> Revisar la sección segunda de este capítulo: *Integración de la discriminación múltiple en los estándares de protección.*

positivizada tanto en la Constitución como en nuestro Código Procesal Constitucional (art. V, del Título Preliminar).

Así, a nivel de los tratados ratificados por el Estado peruano resulta de especial interés la ya mencionada *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ratificada por el Estado peruano y en vigor desde el año 2008, la misma que se ha preocupado por las “múltiples formas de discriminación” que enfrentan las personas con discapacidad; siendo que, como lo señala su artículo 6°, los Estados Partes se comprometen a *adoptar medidas* para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos sus derechos.<sup>547</sup>

Adicionalmente, otros dos instrumentos internacionales del sistema Universal también resultan relevantes son la Declaración de Beijing (1995) y la Declaración de Durban (2001); los que aun careciendo de efectos jurídicos vinculantes (*soft law*), se deberían observar a modo de criterios persuasivos, puesto que es reconocida la fuerza moral de estos instrumentos<sup>548</sup>.

A nivel del Sistema Interamericano tres tratados se refieren expresamente al concepto *discriminación múltiple* y establecen el compromiso de los Estados Partes de adoptar medidas para combatirla: la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia; y, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores. Aunque a la fecha, no resulten vinculantes para nuestro país por no haber sido ratificados, en este punto y a modo de comentario recordaremos pues que el propio TC se amparó en la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores para resolver un caso sobre discriminación por motivo de edad.

Respecto de su inclusión y reconocimiento por parte de los Órganos de los Tratados ya hemos dedicado varias páginas en este capítulo, así son una Observación General del Comité de Derechos Humanos, 7 del Comité DESC, 9 Recomendaciones Generales del Comité CERD, 12 del Comité CEDAW y en las 6 Observaciones Generales del Comité PCD que han considerado la necesidad de la inclusión del concepto.

---

<sup>547</sup> Art. 6.1: “Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

<sup>548</sup> Cfr. STC Exp. N° 0024-2009- PI/TC, F.J. 14. Ley de ampliación de la frontera agrícola.

### 6.2.1. OBLIGATORIEDAD DESDE LAS OBSERVACIONES AL ESTADO PERUANO

El 23 de mayo de 2018, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD) en las Observaciones finales sobre los informes periódicos 22° y 23° combinados del Perú, reiteró el Estado peruano tome en cuenta su Recomendación General N° 25 del año 2000 sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género (art. 5°); señalando:

“El Comité reitera su anterior recomendación e insta al Estado parte a que incluya una perspectiva de género en todas las políticas y estrategias contra la discriminación racial para eliminar la **discriminación múltiple** e intersectorial que enfrentan las mujeres pertenecientes a pueblos indígenas y afroperuanas. Además, le recomienda que adopte medidas [...]”<sup>549</sup> [Énfasis agregado]

Puesto que como expresa en el mismo documento:

“**Preocupan al Comité las múltiples formas de discriminación que continúan enfrentando las mujeres afroperuanas e indígenas** en el Estado parte, lo cual se refleja en el limitado acceso al trabajo, educación y salud, así como las limitadas oportunidades de participación política. Asimismo, continúa preocupado porque el alto índice de violencia contra la mujer afecta de manera desproporcionada a las mujeres indígenas y afroperuanas (arts. 5 y 6).”<sup>550</sup> [Énfasis agregado]

Así también, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), en sus dos últimas Observaciones Finales al Perú se ha referido a las múltiples formas de discriminación que enfrentan algunos grupos. Primero, en el año 2007, el Comité CEDAW expresó su preocupación por la situación de las mujeres de las zonas rurales, las mujeres indígenas y las que pertenecen a minorías; que con frecuencia enfrentan dificultades en el acceso a la justicia, la atención de salud, la educación, las facilidades de crédito y los servicios comunitarios. Asimismo, se refirió al racismo y las “*múltiples formas de discriminación*” contra las mujeres afroperuanas<sup>551</sup>.

Posteriormente, en el año 2014, el Comité CEDAW reiteró su preocupación por el hecho de que “[...] *determinados grupos de mujeres, además de verse afectados por los estereotipos de*

---

<sup>549</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (Comité CERD). *Observaciones finales sobre los informes periódicos 22° y 23° combinados del Perú*. 2018, párr. 35.

<sup>550</sup> *Ibidem*, párr. 34.

<sup>551</sup> Cfr. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Observaciones finales*. 2007, párr. 36.

*género, tengan que hacer frente a **múltiples formas de discriminación** y violencia en razón de la pobreza, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o la ascendencia africana o bien la orientación e identidad de género*<sup>552</sup>.

En ese sentido, lamentó la falta de información específica sobre las medidas dirigidas a abordar la discriminación y la violencia que enfrentan:

“[...] las mujeres que viven en una difícil situación económica, las mujeres indígenas y afroperuanas, las migrantes, las mujeres de edad, las mujeres con discapacidad, las reclusas, las mujeres lesbianas, bisexuales y trans, y otras **mujeres que afrontan formas múltiples e interrelacionadas de discriminación.**”<sup>553</sup> [Énfasis agregado]

Por último, recomendó al Estado peruano que, en su próximo informe periódico, facilite información y datos estadísticos exhaustivos sobre la situación de estos grupos y la *aplicación de los instrumentos de política existentes para abordar sus especificidades*<sup>554</sup>.

A su vez, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CDPD) emitió, por primera vez en el 2012, sus Observaciones Finales al Perú; dirigiendo la siguiente recomendación:

“[...] El Comité recomienda al Estado parte que preste **especial interés a la formulación de políticas y programas** sobre las personas con discapacidad pertenecientes a grupos indígenas y de minorías, en particular las mujeres y los niños con discapacidad que viven en zonas rurales, así como los afrodescendientes, **a fin de acabar con las múltiples formas de discriminación**] de las que estas personas pueden ser objeto.”<sup>555</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Puesto que al Comité le preocupa que:

“[...] pese a la existencia de un gran número de diferentes grupos étnicos en el Perú, no se considere que las personas con discapacidad pertenecientes a grupos indígenas y de minorías corran un **alto riesgo de sufrir múltiples discriminaciones** y que no existan

---

<sup>552</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (Comité CEDAW). *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú. Aprobadas en su 58° periodo de sesiones.* 2014, párr. 17.c).

<sup>553</sup> *Ibidem*, párr. 39.

<sup>554</sup> *Ibid.*, párr. 40.

<sup>555</sup> COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (Comité CDPD). *Observaciones finales del Comité CDPD. Perú. 7° periodo de sesiones.* 2012, párr. 13.

datos sobre el número de estas personas ni sobre su situación.”<sup>556</sup> [Cursivas y énfasis nuestros]

Finalmente, el Comité recordó al Estado peruano “[...] **que las mujeres pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación** [...]”<sup>557</sup>. [Énfasis agregado]

Finalmente, la sumatoria de las opiniones a favor de su inclusión expresadas por los distintos Comités del sistema de protección universal, así como las observaciones y recomendaciones finales dirigidas al Estado peruano respecto de la discriminación múltiple devendrían en el fundamento último de su exigencia y aplicabilidad en el Perú.

---

<sup>556</sup> *Ibidem*, párr. 12.

<sup>557</sup> *Ibid.*, párr. 14.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El ideal de igualdad históricamente entronizado como una concepción propia del Estado Democrático y Social de Derecho, actualmente se ha visto relegado como un ideal político muerto. Una especie en extinción, debido a su postergación en la discusión política e intelectual sería por haber sido asumidos como claros e invariables los conceptos que moldean este principio-derecho. Donde dicho entumecimiento académico ha significado la mecanización de su esencia y, en definitiva, su desprotección.

Como piedra angular de la democracia y el estado de Derecho, la igualdad se constituye como presupuesto indispensable para el pleno ejercicio de todos los demás derechos; confrontándonos al fundamento último de la existencia de aquellos: la dignidad humana. De tal modo, el examen sobre la vulneración del principio-derecho de igualdad, deberá tratar a través de todos los medios posibles, contener una visión holística sobre *todos* los fenómenos que la perturban.

**SEGUNDA:** La “*discriminación múltiple*” parte de la idea de reconocer que las personas pueden sufrir simultáneamente de los prejuicios y otros menoscabos asociados a los varios grupos en desventaja que conforman, y no así experimentar, exclusivamente unos u otros; configurándose una experiencia que no puede ser aprehendida desde la mirada tradicional de protección de la igualdad, históricamente basada en el análisis de un solo eje o factor de discriminación (*single ground analysis*).

**TERCERA:** En el Perú el reconocimiento e integración de la “*discriminación múltiple*” se encuentra en etapa embrionaria, empero, consideramos que su prohibición en nuestro ordenamiento se encuentra tácitamente sustentada en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución, leído en concordancia con los artículos 1 y 3 del mismo texto normativo. En razón de que el 2.2 de nuestra Constitución consagra una lista abierta, no taxativa de factores de discriminación, posibilitando una interpretación flexible de la citada disposición constitucional.

Por lo que, si la Constitución prohíbe la discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc., no podría luego admitir como *legal* o *no violatorio* un supuesto de discriminación en el que concurren varios de estos factores *a la vez*. De modo que la cláusula abierta introducida en el 2.2 ofrece una protección ampliada al derecho a la igualdad y no discriminación. Prohibiendo cualquier forma de discriminación, entre ellas la “*discriminación múltiple*” en conformidad con la noción de dignidad humana que fundamenta e inspira nuestro ordenamiento.



**CUARTA:** En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el reconocimiento teórico-jurídico de la discriminación múltiple ha significado su integración progresiva en instrumentos internacionales como la Declaración de Beijín (1995), la Declaración y Programa de Acción de Durban (2001) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Adicionalmente, los Comités del sistema de las Naciones Unidas (Comité CERD, Comité CEDAW, Comité DESC, y el Comité CDPD) se han referido al concepto jurídico “*discriminación múltiple*” en sus observaciones y recomendaciones generales, manifestando la necesidad de que los Estados Partes adopten medidas específicas para combatirla, reconociendo como una obligación estatal prohibir jurídicamente esta forma de discriminación, sus efectos agravados y establecer políticas públicas para su eliminación. Observaciones y Recomendaciones que han sido dirigidas al Estado peruano.

**QUINTA:** Dentro del SIDH, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013), además de definir este tipo de discriminación, establecen la obligación de los Estados de realizar todas las acciones que sean necesarias para prevenir, prohibir, sancionar y eliminar la “*discriminación múltiple*”. Posteriormente, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores (2015) consolidó su reconocimiento. Del mismo modo, la CIDH ha incorporado también este concepto jurídico en varios de sus informes temáticos.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho lo propio al reconocer la existencia de la “*discriminación múltiple*” y sus gravísimas consecuencias en el *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador* del 2015. Admitiendo en su sentencia la particular herida que ésta genera y cómo potenció de especial forma la discriminación que sufrió la víctima.

**SEXTA:** Considerar las consecuencias jurídicas de la *discriminación múltiple* y su necesaria observación deviene en una obligación internacionalmente asumida, concordante con los artículos 2.2; 3, 44, 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional por los que en el marco del Estado social y democrático de Derecho, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas para lograr la igualdad material.

Así también, la incorporación de este concepto en el ámbito de las políticas públicas se sustenta en la obligación positiva que tienen los Estados de respetar, garantizar y promover la igualdad y no discriminación. Incorporación que significaría el replanteamiento del modelo

institucionalizado de igualdad y un acercamiento a los más altos estándares de protección que la jurisprudencia internacional ha recomendado.

**SETIMA:** Los planes nacionales de acción en derechos humanos fueron ideados para buscar asegurar intervenciones óptimas y duraderas que garanticen la vigencia de los derechos universales, haciendo posible, cambios que redunden en el bienestar de las personas; todo ello como resultado inmediato de las decisiones del gobierno. Donde la responsabilidad estatal en relación con los derechos fundamentales es exigible. Razón por la cual incorporar el enfoque interseccional a los enfoques ya contemplados por esta herramienta resultaría una estrategia exitosa a la hora de diseñar e implementar políticas públicas eficaces.

Considerar la existencia de la discriminación múltiple en las dinámicas de la desigualdad que miles de personas viven a diario permitiría no sólo una aproximación más rigurosa e integral a la forma tan compleja, y muchas veces sutil, en la que opera sino además diseñar mejores herramientas para combatirla.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Así como en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del derecho a la igualdad se ha pasado de su dimensión formal a la dimensión material; en nuestro país, la responsabilidad política y moral de los agentes estatales es trabajar por la erradicación de *todos* los fenómenos discriminatorios sistemáticos de un país racista, clasista y machista como el nuestro. Fenómenos que no son experimentados de forma aislada por nuestra población, y cuya herida en la dignidad resulta dolorosa y diferente.

**SEGUNDA:** Considerando el desarrollo que ha tenido la *discriminación múltiple* en el ámbito internacional, nuestro ordenamiento jurídico debe reparar en el debate sobre las consecuencias jurídicas de la *discriminación múltiple* y su obligación positiva de respetar, garantizar y promover la igualdad y no discriminación para todas y todos. Más aún cuando éstos instrumentos internacionales se configuran como un parámetro de interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (Cuarta Disposición Final y Transitoria), pasando a formar parte del derecho nacional al ser ratificados (art. 55) y ostentando jerarquía constitucional cuando versan sobre derechos humanos (STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ 30).

**TERCERA:** El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Dirección General de Derechos Humanos y la Dirección de Políticas y Gestión en Derechos Humanos debe recoger e incorporar en futuros PNDHs el enfoque interseccional que ofrece el análisis de la discriminación múltiple en esta herramienta estratégica y multisectorial que está destinada a asegurar la gestión de políticas nacionales en materia de derechos humanos y que compromete a todos los sectores y niveles de gobierno.

## BIBLIOGRAFÍA

**ALEXY, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

**ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio.** *Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo Tema 2. Cuestiones generales sobre discriminación*. Curso 2013-2014.

[https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2530/mod\\_resource/content/2/Tema%202.%20Cuestiones%20generales%20sobre%20discriminaci%C3%B3n.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2530/mod_resource/content/2/Tema%202.%20Cuestiones%20generales%20sobre%20discriminaci%C3%B3n.pdf)

**AÑÓN ROIG, María José.** *Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio*. En: Alberto Iglesias Garzón (coord.), "Historia de los derechos fundamentales". Siglo XX. 2013, pp. 613-671.

**BARRERE UNZUETA, María Ángeles.**

- *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites, especial referencia a la perspectiva ius feminista*. Lima: Grijley. 2014.
- *La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas*. Revista Vasca de Administración Pública Nº 87-88. 2010.
- *Igualdad y Discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho Nº. 9. 2003.
- *La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión*. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho Nº. 9. 2003.
- *Marco normativo de la igualdad de género: internacional, europeo, estatal y autonómico*. <ftp://ftp.formainap.navarra.es/2014/9813Transversalidad%20de%20genero/08%20Derecho%20antidiscriminatorio%20en%20la%20UE.pdf>
- *Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades*. Valencia: Revista Vasca de Administración Pública (Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria) Nº 60; 2001.
- *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas.1997.

**BAYEFSKY, Anne F.** *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. Kehl am Rhein: Human Rights Law Journal, Vol. 11, Nº 1-2, 1990. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>

**BELL, Mark.** *Racism and Equality in the European Union*. En: NAVAS, Susana (Dir.) "Iguales y diferente ante el Derecho privado". Valencia: Tirant lo Blanc. 2012.

**BILBAO UBILLOS, Juan María y otro.** *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española*. En: "El principio constitucional de igualdad". Ciudad de México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2003.

**BLOG ROOTS OF JUSTICE.** <http://rootsofjusticetraining.org/resources/intersectionality-background/>

**BREGAGLIO LAZARTE, Renata et al.** *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú. El Plan Nacional de Derechos Humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y, Konrad Adenauer Stiftung. 2014.

**CASO ISAAC WOODDARD.** [https://en.wikipedia.org/wiki/Isaac\\_Woodard](https://en.wikipedia.org/wiki/Isaac_Woodard)

**CASTILLO CÓRDOVA, Luis.** *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores. 2005.

**CHACARTEGUI, Consuelo.** *Mujer, discriminación múltiple y exclusión social.* En: PÉREZ, Oscar (ed). "Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia". Madrid: Dykinson. 2010.

**CLÉRICO, Laura y otro.** *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento.* Buenos Aires: Lecciones y Ensayos. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 2011.

**COBREROS MENDAZONA, Edorta.** *Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta.* En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 81, pp. 71-114. 2007.

**COLOMA MARQUINA, José.** *Definiciones y contenido del principio de igualdad.* En: "Lecturas sobre temas constitucionales". Lima: CAJ; 1994.

**COMBAHEE RIVER COLLECTIVE.** *Un manifiesto feminista Negro.* Traducción de Lucas Platero y Javier Sáez. En PLATERO, Lucas (ed.). "Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada". Barcelona: Edicions Bellaterra. 2012.

**COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN.** *Informe Final.* Tomo VIII. Primera edición. Lima. 2003.

#### **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH).**

- *Glosario de conceptos básicos.* Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>
- Informe Temático. *Reconocimiento de los derechos de personas LGBTI.* 2019.
- Informe Temático. *Mujeres periodistas y libertad de expresión.* 2018.
- Informe Temático. *Mujeres indígenas.* 2017.
- Informe Temático. *Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá.* 2015.
- Informe Temático. *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres.* 2015.
- Informe Temático. *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación.* 2011.
- Informe Temático. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.* OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 59. Informe Temático. 2011.
- Informe Temático. *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos.* OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69. 2010.
- Informe Temático. *La situación de las Defensoras y Defensores de los derechos humanos en las Américas.* OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1. 2006.
- Informe Temático. *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia.* OEA documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II.Doc. 67. 2006.

#### **COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES - Comité DESC.**

- *Observación General N° 25. Relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del PIDESC).* 2020.
- *Observación General N° 24. Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales.* 2017.
- *Observación General N° 23. Sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del PIDESC).* 2016.
- *Observación General N° 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del PIDESC).* 2016.
- *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC).* 2009.

- *Observación General N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del PIDESC).* 2005.
- *Observación General N° 5. Las personas con discapacidad.* 1994.

#### **COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.**

- *Observación General N° 28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3).* 2000.
- *Observación General N° 18. No Discriminación.* 1989.

#### **COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - Comité CDPD.**

- *Observación General N° 6. Sobre la igualdad y la no discriminación.* 2018.
- *Observación General N° 5. Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.* 2017.
- *Observación General N° 4. Sobre el derecho a la educación inclusiva.* 2016.
- *Observación General N° 3. Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.* 2016.
- *Observación General N° 2. Artículo 9: Accesibilidad.* 2014.
- *Observación General N° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.* 2014.
- *Observaciones finales del Comité CDPD. Perú.* 2012.

#### **COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER - Comité CEDAW.**

- *Recomendación General N° 36. Sobre el derecho de las niñas y mujeres a la educación.* 2017.
- *Recomendación General N° 35. Sobre la violencia de género contra la mujer por la que se actualiza la Recomendación General N° 19.* 2017.
- *Recomendación General N° 34. Sobre los derechos de las mujeres rurales.* 2016.
- *Recomendación General N° 33. Sobre el acceso de las mujeres a la justicia.* 2015.
- *Recomendación General N° 32. Sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres.* 2014.
- *Recomendación General N° 31. Sobre las prácticas nocivas. Adoptada de manera conjunta con el Comité de los Derechos del Niño (Observación General N° 18 de este último comité).* 2014.
- *Observaciones finales sobre los informes periódicos 7° y 8° combinados del Perú.* 2014.
- *Recomendación General N° 30. Las mujeres en la prevención de conflictos, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos.* 2013.
- *Recomendación General N° 28. Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* 2010.
- *Recomendación General N° 27. Mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos.* 2010.
- *Recomendación General N° 26. Trabajadoras migratorias.* 2008.
- *Observaciones finales. Perú.* 2007.
- *Recomendación General N° 25. Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW).* 2004.

#### **COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL - Comité CERD.**

- *Observaciones finales sobre los informes periódicos 22° y 23° combinados del Perú.* 2018.
- *Recomendación General N° 35. La lucha contra el discurso de odio racista.* 2013.
- *Recomendación General N° 34. Discriminación racial contra afrodescendientes.* 2011.
- *Recomendación General N° 33. Seguimiento de la Conferencia de Examen de Durban.* 2009.
- *Recomendación General N° 32. Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.* 2009.
- *Recomendación General N° 31. Sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal.* 2005.
- *Recomendación General N° 30. Sobre la discriminación contra los no ciudadanos.* 2005.

- *Recomendación General N° 29. Relativa a la discriminación basada en la ascendencia.* 2002.
- *Recomendación General N° 27. Relativa a la discriminación de los romaníes.* 2000.
- *Recomendación General N° 19. Relativa al artículo 3 de la Convención.* 1995.

**CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.** *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* Niza, 2000.

**CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN-CONAPRED.** *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.* México D. F: 2014.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.**

- *Sentencia T-282/08.* 2008.
- *Sentencia C-044/04.* 2004.
- *Sentencia C-530.* 1993.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

- *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador.* Serie C Núm. 298. 2015.
- *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile.* Sentencia de 29 de mayo de 2014.
- *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú.* Serie C Núm. 289. 2014.
- *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia.* Serie C Núm. 272. 2013.
- *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana.* Fondo Reparaciones y Costas. Serie C Núm. 251. 2012.
- *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Serie C Núm. 239. 2012.
- *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Serie C Núm. 214. 2010.
- *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* 2005.
- *Caso Yatama vs. Nicaragua.* 2005.
- *Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* OC-18/03. 2003.
- *Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* OC-17/02. 2002.
- *Opinión Consultiva sobre la Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* OC-4/84. 1984.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.**

- *Caso Griggs v. Duke Power Company.* 401 U.S. 424. 1971.
- *Caso Loving v. Virginia.* 388 U.S. 1. 1967.
- *Caso Bolling v. Sharpe.* 347 U.S. 497. 1954.
- *Caso Brown v. Board of Education of Topeka.* 347 U.S. 483. 1954.
- *Caso Toyosaburo Korematsu v. United States.* 140 F.2d 289 (9th Cir.) 1943.
- *Caso United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144. 1938.

**CRENSHAW, Kimberlé.**

- *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color.* En español: Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color. Traducción de Lucas Platero y Javier Sáez. En PLATERO, Lucas (ed.) "Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada". Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012.
- *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine: Feminist Theory and Antiracist Politics.* En WEISBERG, D. K. (ed) "Feminist Legal Theory: Foundations". Philadelphia, New York University Press. 1993.



- *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. The University of Chicago Legal Forum. 1989.

**DE BEAUVOIR, Simone.** *El segundo sexo*. Prólogo de María Moreno, trad. de Juan G. Puente. Buenos Aires: Sudamericana, 1999.

**DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel.** *Discriminación en México*. Entrada al Blog de la Revista Jurídica IUS de la Universidad Latina de América. Disponible en: <http://www.unla.mx/iusunla31/opinion/LA%20DISCRIMINACION%20EN%20MEXICO.htm>

**DE LAMA AYMA, Alejandra.** *Discriminación Múltiple*. En “Nueva configuración de la persona física. Revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación”. Universidad Autónoma de Barcelona. ADC, tomo LXVI, fasc. I. 2013.

#### **DEFENSORÍA DEL PUEBLO.**

- *La defensa del derecho de los pueblos indígenas amazónicos a una salud intercultural*. Informe Defensoría N° 169. Lima: Programa de Pueblos Indígenas. 2015.
- *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Documento de Trabajo N° 2. Lima: 2007.

#### **DÍAZ REVORIO, Francisco Javier.**

- *Las dimensiones constitucionales de la igualdad*. Lima: Pensamiento Constitucional N° 22. 2017.
- *Tribunal constitucional y derechos constitucionales no escritos*. En: “La justicia constitucional en el estado democrático”. Valencia: Tirant Lo Blanch; 2000.

**DUCILLE, Ann.** *On canons: anxious history and the rise of black feminist literary studies*. En: The Cambridge Companion to Feminist Literary Theory. Cambridge University Press. 2006.

**DULITZKY, Ariel.** *Algunas reflexiones sobre una futura convención interamericana contra la discriminación racial y todas formas de discriminación*. Discurso del 29 de noviembre de 2005, Washington, DC. [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/discurso.asp?sCodigo=05-0293](http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=05-0293).

#### **DWORKIN, Ronald.**

- *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press. 1986, pp. 70 y ss.
- *Virtud Soberana (La teoría de la práctica de la igualdad)*. Trad. de Fernando Aguilar y María Julia Bertomeu. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. 2003.

**EGUIGUREN PRAELI, Francisco J.** *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. Lima: Ius et Veritas, Revista Núm. 15. 1997.

**ELEJALDE ESTENSSORO, César.** *Derechos y deberes fundamentales de la persona en la Constitución de 1979*. Lima: ed. Luis Cambe Vélez; 1990.

**EUROPEAN COMMISSION.** *Tackling multiple discrimination practices, policies and laws*. Directorate General For Employment, Social Affairs And Equal Opportunities. 2007.

**FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda y otro.** *Igualdad y discriminación*. Madrid: Editorial Tecnos; 1986.

**FERRAJOLI, Luigi y otro.** *Igualdad y Diferencia de Género*. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. 2006.

**FIORAVANTI, Maurizio.** *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.



**FRANCESCHET, Susan.** *¿Promueven las cuotas de género los intereses de las mujeres? El impacto de las cuotas en la representación sustantiva de las mujeres.* En RIO, Marcela (ed). *Mujer y Política. El impacto de las cuotas de Género en América Latina.* Santiago de Chile: Catalonia, FLACSO Chile, IDEA.

**FREDMAN, Sandra.** *Double trouble: multiple discrimination and EU law.* En: "European Antidiscrimination Law Review", núm. 2. 2005.

**GARCÍA BELAUNDE, Domingo.** *Bases para la Historia Constitucional del Perú.* Lima: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Num.52. 1999.

**GARCÍA MORILLO, Joaquín.** *La cláusula general de igualdad.* En LÓPEZ GUERRA Luis y otros (autores). *Derecho Constitucional. Volumen I. Cuarta edición.* Valencia: Tirant lo Blach. 2000.

**GARRETÓN, Roberto.** *La perspectiva de los derechos humanos en el diseño y ejecución de políticas públicas.* En: GARRETÓN, R. et al. "El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas". Lima: Comisión Andina de Juristas; 2004, p. 31.

**GLOOBAL.** *Sistema sexo-género.* Recuperado de:  
<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Terminos&id=716>

**GOBIERNO DE MÉXICO.** Portal Institucional. Disponible en:  
<https://www.gob.mx/inafed/articulos/hace-14-anos-se-promulgo-la-ley-federal-para-prevenir-y-eliminar-la-discriminacion>

**GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne y otro.** *Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz.* San José: Revista IIDH núm. 47; 2007.

**GROS ESPIELL, Héctor.** Los derechos humanos no enunciados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre los Derechos humanos. En: "Anuario Iberoamericano de justicia constitucional". Número 4; 2000.

**HAKANSSON NIETO, Carlos.** *Curso de Derecho constitucional.* Lima: Palestra editores. 2012.

**HUERTA GUERRERO, Luis Alberto.** *El Derecho a la Igualdad.* Lima: Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 11. 2005.

**JARAMILLO, Isabel Cristina.** *La crítica feminista al Derecho, estudio preliminar.* En WEST, Robin: "Género y Teoría del Derecho". Bogotá: Siglo de Hombres Editores y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Instituto Pensar. 2000.

**LANDA, César.** *Tribunal Constitucional y Estado Democrático.* Tercera edición. Lima: Palestra Editores. 2007, p. 552.

#### **LEGISLACIÓN CHILENA.**

- Constitución Política de la República de Chile. 1980.
- Ley que establece medidas contra la discriminación (Ley 20.609). 2012

#### **LEGISLACIÓN COLOMBIANA.**

- Constitución Política de Colombia. 1991.
- Código Penal colombiano. 2000.

#### **LEGISLACIÓN MEXICANA.**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.

- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. 2003.

#### **LEGISLACIÓN PERUANA.**

- Constitución Política del Perú. 1993.
- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (Ley 30364). 2015.
- Ley General de Discapacidad. (Ley 29973). Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP. 2014.
- Código de Protección y Defensa del Consumidor. (Ley 29571) 2010.
- Ley General de Educación (Ley 28044). 2003.
- Ley contra actos de discriminación, (Ley N° 27270). 2000.
- Ley General de Salud (Ley 26842). 1997.

**MAKKONEN, Timo.** *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore.* Institute for Human Rights. Abo Akademi University. 2002. <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf>

**MIDGLEY, Clare.** *British Abolition and Feminism in Transatlantic Perspective.* En: Women's Rights and Transatlantic Antislavery in the Era of Emancipation. Yale University Press. 2007.

#### **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS – MINJUSDDHH.**

- Portal institucional: [https://ogi.minjus.gob.pe/pnddhh\\_web/Invitado\\_verInicio](https://ogi.minjus.gob.pe/pnddhh_web/Invitado_verInicio)
- Portal institucional: <https://www.minjus.gob.pe/plan-nacional-de-derechos-humanos/>
- Portal institucional: <https://www.minjus.gob.pe/pnddhh/>
- *Los derechos humanos en el Perú: nociones básicas.* Lima: Dirección General de Derechos Humanos Dirección de Políticas y Gestión en Derechos Humanos. 2013.
- *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021.* 2018. Disponible en: [http://spij.minjus.gob.pe/content/banner\\_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/banner_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf)
- *Plan Nacional de Derechos Humanos 2014-2016.* 2014. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B84A6C97351E26E605257F6900551632/\\$FILE/Plan Nacional de Derechos Humanos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B84A6C97351E26E605257F6900551632/$FILE/Plan Nacional de Derechos Humanos.pdf)
- *Plan Nacional de Derechos Humanos 2016-2010.* 2006. Disponible en: [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/plan\\_ddhh\\_2006\\_2010.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/plan_ddhh_2006_2010.pdf)

**MINISTERIO DE LA MUJER Y POLACIONES VULNERABLES.** *Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021.* 2016.

**MOLINARES-HASSAN, Viridiana.** *Afrodescendientes: otro caso de garantismo de la Corte Constitucional Colombiana.* En Revista Javeriana N° 127: 189-221, julio-diciembre de 2013. Bogotá: Vniversitas. 2013.

**MOON, Gay.** *Multiple discrimination: problems compounded or solutions found.* <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/multiplerediscrimination.pdf>

**NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD.** Portal institucional. <https://www.nlr.gov/how-we-work/national-labor-relations-act>

**NAVARRO CUIPAL, Monika Giannina.** *Reflexiones jurídicas sobre el derecho a la igualdad y no discriminación.* Blog Derecho y Cambio Social. <https://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derecho%20a%20la%20igualdad.htm>

**NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN.** *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos.* Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. 2002.

#### **OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS - ACNUDH.**

- *Medidas adoptadas por el Estado Peruano en relación a la implementación de la Resolución “Protección de los migrantes”.* (A/RES/ 69/167).  
<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/GA70thSession/States/Peru.pdf>
- Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos. Ginebra y Nueva York. 2006.
- *Handbook on National Human Rights Plans of Action.* 2002.  
<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training10en.pdf>
- *Conclusiones de la reunión sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la región de américa latina y el caribe.* 1999.  
<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training10en.pdf>

#### **ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS - OEA.**

- *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.* 2013.
- *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.* 2013.

#### **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS - ONU.**

- *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes.* Nueva York, 19 de setiembre de 2016.
- *Programa de actividades del Decenio Internacional para los Afrodescendientes.* Nueva York, 18 de noviembre de 2014.
- *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Nueva York, 2006.
- *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.* Durban, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Nueva York: Naciones Unidas. 2001.
- *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, del 4 a 15 de setiembre de 1995.* Nueva York: Naciones Unidas. 1996.
- *Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* 1979.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* Nueva York, 19 de diciembre de 1966.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Nueva York, 16 de diciembre de 1966.
- *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.* Nueva York, 21 de diciembre de 1965.
- *Declaración Universal de Derechos Humanos.* Resolución N° 217 A (III), París, 10 de diciembre de 1948.

#### **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO - OIT.** *La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estados Unidos. Evaluación del marco institucional.*

<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb277/3-2/discr/e2.htm>

**PELÁEZ GRISALES, Holmedo.** *Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia.* En Revista de Estudios Socio Jurídicos, 17 (1), 125-168. Bogotá: Estudios socio jurídicos. 2015, pp. 136-137.

**PÉREZ LUÑO,** Antonio Enrique. *Concepto y concepción de los derechos humanos* (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta). En: Cuadernos de Filosofía del Derecho 4. Doxa, 47-66. 1987.

**PÉREZ PORTILLA, Karla.** *El Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. 2005.

**PÉREZ ROYO, Javier.** *Curso de Derecho Constitucional*. Séptima edición. Madrid: Marcial Pons. 2000.

**PÉREZ, Edward Jesús.** *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos*. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2016.

**PLATERO, Lucas.** *Introducción. La interseccionalidad como herramienta de estudio de la sexualidad*. En PLATERO, Lucas (ed.). "Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada". Barcelona: Edicions Bellaterra, 2012.

**PREDIERI, Alberto.** *La Constitución española de 1978*. Madrid: ed. Civitas; 1988.

**PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) y otros.** *Ampliando la mirada: La integración de los enfoques de género, interculturalidad y derechos humanos*. Santiago de Chile: UNFPA, PNUD, UNICEF, ONU Mujeres. 2012.

**RAWLS, John.** *Teoría de la Justicia*. Traducción de María Dolores González. Madrid: Fondo de Cultura Económica. 1995.

**REY MARTINEZ, Fernando.**

- *Introducción*. En: REY MARTINEZ, Fernando (Dir.) "Los derechos humanos en España: Un balance crítico". Valencia: Tirant lo Blanch; 2015.
- *La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En *Pensamiento Constitucional* Nro. 17, pp. 291-319. 2012.
- *¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional? Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 167-181. 2011. Recuperado de: [revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/529/619](http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/529/619)
- *La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 84. 2008.
- *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill. 1995.

**RUBIO CORREA, Marcial.** *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo editorial PUCP. 1999.

**RUIZ MIGUEL, Alfonso.** *La Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Doxa Cuadernos de Filosofía del derecho*. Nº 19. Alicante. 1996.

**SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María.**

- *La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural*. En: *Pensamiento constitucional (PUCP)*, pp. 255 – 290. 2017.
- *La «discriminación múltiple» como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación*. Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2015.  
[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6339/SALOME\\_RESURRECCION\\_LILIANA\\_DISCRIMINACION\\_MULTIPLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/6339/SALOME_RESURRECCION_LILIANA_DISCRIMINACION_MULTIPLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

**SCHIEK, Dagmar y Anna LAWSON** (ed.), en European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. *Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*. Farnham: Ashgate, 2011.

**STETSON, Erlene et al.** *Glorying in Tribulation: The Life Work of Sojourner Truth*. MSU Press. 1994.

**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, México.** Amparo directo en revisión 597/2014, Primera Sala. Sentencia del 19/11/2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

#### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.**

- Memoria institucional 2014.
- STC Exp. N° 05157-2014-PA/TC.
- STC Exp. N° 2437-2013-PA/TC.
- STC Exp. N° 2317-2010-PA/TC.
- STC Exp. N° 0024-2009- PI/TC.
- STC Exp. N° 5652-2007-PA/TC.
- STC Exp. N° 0004-2006 PI/TC.
- STC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.
- STC Exp. N° 0606-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC.
- STC Exp. N° 0047-2004-AI/TC.
- STC Exp. N° 0045-2004-PI/TC.
- STC Exp. N° 0001-003-2003-AI/TC.
- STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC.
- STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC.

#### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE.**

- Causa rol 1876-2011-INA del 9 de agosto de 2011.
- Causa rol 1615-2010-INA, de 20 de enero de 2011.
- Causa rol 1254-08-INC, de 29 de julio de 2009.
- Causa rol 1204-08-INA del 28 de mayo de 2009.
- Causa rol 1217-08-INA del 31 de enero de 2009.
- Causa rol 811-2007 del 31 de enero de 2008.

#### **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH.**

- *Caso Hämäläinen Vs. Finlandia*. Aplicación No. 37359/09. 2014.
- *Caso Sejdić y Finci Vs. Bosnia & Herzegovina*. Demandas No. 27996/06 y 34836/06. 2009.
- *Caso Thlimmenos Vs. Grecia*. Sentencia de 6 de abril de 2000. Demanda No. 34369/97. 2000.
- *Caso Abduluziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido*. Demanda No. 9114/80, 9473/81 y 94747/81. 1985.
- *Caso Marckx Vs. Bélgica*. Demanda No. 6833/74. 1979.

**TRUTH, Soujourner.** *Aint I a woman?* Recogido de:

<https://www.feminist.com/resources/artsp/speech/genwom/sojour.htm>

#### **UNIÓN EUROPEA.**

- *Tratado de Lisboa*. 2007.
- *Tratado de Ámsterdam*. 1997.
- *Tratado de la Unión Europea*. 1992.