







# ¿Qué es el derecho a la igualdad?

Carlos Augusto Lozano Bedoya

**Carlos Alfonso Negret Mosquera**  
Defensor del Pueblo

**María Clara Jaramillo Jaramillo**  
Vicedefensora del Pueblo

**María Clara Galvis Patiño**  
Directora Nacional de Promoción y Divulgación

**Carlos Augusto Lozano Bedoya**  
Autor

**Leonardo Parra**  
Diseño de portada

Colección Básica de Derechos Humanos

Defensoría del Pueblo  
Carrera 9 No. 16-21  
Tels.: 57+1 314 4000 - 57+1 314 7300  
ISBN: 978-958-8571-867 (obra completa)

[www.defensoria.gov.co](http://www.defensoria.gov.co)  
[info@defensoria.gov.co](mailto:info@defensoria.gov.co)  
Bogotá, D. C., 2016

Diagramación e Impresión  
Imprenta Nacional de Colombia

La siguiente Biblioteca básica de derechos humanos está compuesta de diez títulos: Qué son los derechos humanos, Qué es el Estado social y democrático de derecho, Qué es el derecho a la vida, Qué es el derecho a la libertad personal, Qué es el derecho a la integridad personal, Qué es el derecho a la igualdad, Qué es el derecho internacional humanitario, Qué es la justicia transicional, Cuáles son los derechos de las víctimas y Cuáles son los mecanismos de protección de derechos humanos.

Cada libro tiene la misma estructura para facilitar su consulta y consta de ocho apartados:

### 1. Respuestas a sus preguntas

Absuelve los interrogantes más importantes del tema del libro. Contiene conceptos básicos sobre el asunto en cuestión.

### 2. Normas internacionales y nacionales

Incluye las principales normas nacionales, constitucionales y legales, así como normas de los principales tratados internacionales relacionadas con el tema.

### 3. Qué dicen las Cortes

Contiene extractos de decisiones judiciales de organismos nacionales e internacionales sobre materias vinculadas con el objeto del libro. Entre otras, de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana, de Derechos Humanos.

### 4. Qué dice la doctrina

Algunos de los textos traen un artículo escrito por el autor del libro que desarrolla con mayor detalle y profundidad algunas de las problemáticas relacionadas con el derecho. Otros textos exponen extractos de decisiones de organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Comités de Naciones Unidas o informes de expertos como Relatores Especiales o Grupos de Trabajo de Naciones Unidas.

## 5. Casos

Incorpora, como mínimo, una decisión internacional y otra nacional que haya resuelto un hecho concreto de que trata cada libro. Cada caso de manera breve expone los hechos y algunos razonamientos del organismo judicial que motivaron su decisión.

## 6. Preguntas para reflexionar

A partir de formular interrogantes o problemas jurídicos, busca que el lector se cuestione sobre el derecho expuesto. Algunas preguntas sirven como autoevaluación y otras como modelos de ejercicios.

## 7. Glosario de términos básicos

De manera alfabética define y explica expresiones citadas de manera frecuente en cada libro.

## 8. Bibliografía básica

Es un listado de fuentes adicionales y complementarias para los lectores que quieran ahondar en el conocimiento del derecho. También incluye algunas páginas web.

El presente libro fue escrito por Carlos Augusto Lozano Bedoya, sociólogo especializado en derechos humanos. Ha sido profesor de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), de la Universidad Jorge Tadeo Lozano y Católica de Manizales, de las asignaturas de historia, concepto y fundamentación de los derechos humanos. Ha laborado como asesor de la Defensoría del Pueblo y consultor del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de organismos de cooperación internacional, en temas de fortalecimiento institucional y evaluación de políticas públicas en derechos humanos. Autor de artículos y obras sobre la materia como *Justicia para la dignidad – La opción por los derechos de las víctimas*; *Persona, religión y Estado*; *Derechos de las personas privadas de libertad – Manual para su vigilancia y defensa*; *Protocolo para el ejercicio de la función preventiva con activación de la función disciplinaria en materia de derechos humanos* y *Derecho Internacional Humanitario*. Pertenece a la Red de expertos (área de autores y editores) de la Escuela Virtual para América Latina y el Caribe del PNUD.

## Contenido

Presentación .....	5
<b>1. Respuestas a sus preguntas</b> .....	9
<b>2. Marco jurídico de referencia</b> .....	43
2.1 Marco de referencia constitucional .....	43
2.2 Marco de referencia legal.....	44
2.3 Marco de referencia internacional.....	49
<b>3. Qué dicen las Cortes</b> .....	57
3.1 Corte Constitucional .....	57
3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	77
<b>4. Doctrina</b> .....	99
4.1 Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos .....	102
4.2 Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos...	123
<b>5. Casos</b> .....	143
5.1 Corte Constitucional de Colombia: Igualdad de protección de las niñas respecto al matrimonio precoz .....	143
5.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.....	159



## ¿Qué es el derecho a la igualdad?

Carlos Augusto Lozano Bedoya

<b>6. Preguntas para reflexionar.....</b>	<b>177</b>
<b>Glosario de términos básicos.....</b>	<b>179</b>
<b>Bibliografía básica .....</b>	<b>189</b>

### ¿Cómo se define el derecho a la igualdad?

La igualdad, entendida como derecho fundamental, cumple dos propósitos. Por una parte, otorga al ser humano la facultad de reclamar y obtener el disfrute de los mismos derechos que se reconocen y protegen para todas las personas. De otra parte, lo protege contra toda forma de discriminación. Este derecho otorga a las personas la aptitud de ejercer los mismos derechos; de reclamar idéntica protección ante la ley; de recibir de las autoridades el mismo trato en el acceso a bienes y servicios y en el goce de las libertades; y de obtener la misma protección que se dispensa a los demás. El derecho a la igualdad ordena dar un trato similar para los casos semejantes, y diferente para los casos distintos. El primero corresponde a la igualdad en estricto sentido. El segundo, a la igualdad proporcional.

La igualdad en estricto sentido prohíbe el trato desequilibrado entre personas que comparten situaciones exactamente iguales: por igual trabajo, igual salario; por igual delito, igual sanción; por igual mérito, igual cargo; por igual nivel de ingresos, igual carga impositiva. La igualdad proporcional impone el deber de obrar con equidad, esto es, dar a cada uno según su capacidad o su necesidad: A mayor vulnerabilidad, mayor protección; a mayor debilidad manifiesta, mayor acceso a bienes subsidiados; a mayor desigualdad, mayor acción igualadora; a menor riqueza, menores impuestos. El derecho a la igualdad obliga, entonces, a dar lo mismo a todos, pero también a dar lo propio a cada uno según su particular condición y necesidad.

La igualdad de las personas es un atributo cuyo reconocimiento goza de tal fortaleza que no solamente tiene el carácter de derecho humano, sino también de principio general de derecho. Como derecho, faculta a la persona para reclamar, de una parte, protección contra aquellas conductas que amenacen o violen la igualdad y, de otra, el otorgamiento de los bienes y servicios indispensables para gozar de una situación de igualdad real. Como principio general de derecho, determina reglas necesarias para

concretar la igualdad; fundamenta normas que contribuyen a combatir la discriminación y a proteger grupos y personas cuyas condiciones las exponen a violaciones del derecho a la igualdad. También provee criterios para interpretar el contenido de disposiciones que reconocen otros derechos, indicaciones sobre la forma de aplicarlas y pautas para fijar límites al ejercicio de los derechos humanos y para aclarar el alcance de dichos límites.

### ¿Qué es la igualdad formal?

La igualdad formal, también conocida como igualdad ante la ley, reconoce a las personas los mismos derechos y la igualdad de trato en todos los campos de la vida social, económica y política. La igualdad de trato supone la eliminación de los privilegios por razón de pertenencia a un determinado grupo social y, por consiguiente, el reconocimiento de la igual dignidad de las personas. Esta igualdad ordena distribuir bienes, cargas y obligaciones haciendo caso omiso de esos privilegios.

El establecimiento de la igualdad de las personas ante la ley fue uno de los cambios que señaló el paso del Estado absolutista al Estado de derecho. Este no solamente somete al gobernante a límites fijados por la ley, sino que también declara abolidas las prerrogativas que permitían a algunas personas quedar por fuera de la ley o estar sobre la ley. La igualdad formal exige, entonces, que la ley sea aplicada a todos y para ello debe cumplir requisitos de generalidad, impersonalidad y abstracción.

La ley satisface el requisito de generalidad cuando fija reglas o normas aplicables para todos los individuos que se encuentran en la misma situación, sin hacer distinciones particulares entre ellos. Satisface el requisito de impersonalidad cuando fija reglas que están dirigidas a todos y a nadie en particular. Satisface el requisito de abstracción cuando fija reglas para situaciones que pueden ocurrir en cualquier momento sin hacer descripción de ningún caso concreto.

Aquellos requisitos no impiden que la ley regule situaciones relacionadas con grupos de personas que comparten situaciones específicas, siempre que se aplique a todas ellas en igualdad de condiciones. La ley laboral, verbi

gracia, se aplica solamente a personas vinculadas entre sí por relaciones de trabajo (empleados y empleadores) pero, desde luego, se aplica a todas ellas y por igual entre ellas. Tampoco impiden, para garantizar justamente la igualdad, la adopción de medidas especiales de protección aplicables únicamente a ciertos grupos sociales. Por ejemplo, se pueden dictar leyes laborales para mejorar la protección de las mujeres trabajadoras embarazadas. Resultaría contrario a los requisitos de generalidad, impersonalidad y abstracción, valga la ilustración, que la ley solamente protegiera a las mujeres trabajadoras embarazadas menores de 25 años que laboran en entidades bancarias, y que se excluyera del régimen protector a todas las demás mujeres que se encuentran en situación similar: ser trabajadora y encontrarse embarazada, sin importar la edad y el lugar donde labora.

## ¿Qué es la igualdad real?

En un Estado social de derecho, las personas no solamente deben gozar de igualdad formal. Esta resulta incompleta e insuficiente si no se traduce en los hechos, de tal forma que las personas disfruten efectivamente de los mismos derechos, cualquiera que sea su naturaleza y su contenido. La igualdad real se concreta cuando se superan las disparidades sociales y económicas que impiden materializar la paridad de trato que se persigue con la igualdad formal.

La búsqueda de la igualdad real constituyó uno de los cambios que marcó la transformación del Estado de derecho en Estado social de derecho. Suprimidos los privilegios, el Estado asumió el reto de garantizar la igualdad de oportunidades, esto es, adoptar las medidas para que las personas superen las situaciones de discriminación, segregación y pobreza que les impiden u obstaculizan el acceso al conjunto de bienes y servicios que les proporcionen una vida digna y les garanticen libertad para tomar sus propias decisiones, autonomía para decidir su proyecto de vida e independencia para lograr el libre desarrollo de su personalidad.

La igualdad real se logra cuando el Estado obra para que la persona pueda vivir, según palabras del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, libre de la miseria, libre del temor y libre para vivir en

dignidad. La búsqueda de esa igualdad impone al Estado el mandato de garantizar la efectividad de los derechos y deberes de las personas. De tal forma, cuando existen desigualdades sociales, económicas o culturales que la persona no pueda superar por sí misma, le corresponde al Estado intervenir para ayudar a corregirlas.

## ¿Cómo debe actuar el estado para hacer real la igualdad?

El principio de igualdad impone al Estado un conjunto de obligaciones cuyo cumplimiento resulta indispensable para que las personas puedan alcanzar la igualdad real. Estas obligaciones son las siguientes:

- i. Adoptar medidas que prevengan y repriman la discriminación.

Corresponde al Estado dictar las disposiciones legislativas, administrativas y de cualquier otro tipo, necesarias para evitar que las personas sean excluidas injustamente del ejercicio de sus derechos.

Hace parte de tales medidas la ratificación de los tratados internacionales que se han aprobado para comprometer a los Estados a luchar contra la discriminación. También lo hace, la aprobación de disposiciones como:

La Ley 133 de 1994.

Norma que dicta medidas cuyo propósito es garantizar la igualdad en materia religiosa tanto de las personas, como de las iglesias.

La Ley 1482 de 2011

Disposición que castiga penalmente actos de racismo, discriminación u hostigamiento por razones de raza, religión, ideología política u origen nacional, étnico o cultural.

La Ley 115 de 1994

Ley que fija reglas a las autoridades administrativas del sector educativo con la finalidad de garantizar la igualdad en la educación para personas con limitaciones o capacidades excepcionales, adultos, grupos étnicos y campesinos.

- ii. Adoptar mecanismos que le permitan a la persona reclamar y obtener un trato de igualdad en el ejercicio de sus derechos y libertades, y en el acceso a los bienes y servicios inherentes a condiciones dignas de vida.

El Estado cumple esta obligación cuando les garantiza a las personas el acceso a medios idóneos para lograr el cumplimiento de los deberes de autoridades públicas y particulares. Tales medios se concretan en las garantías constitucionales creadas para la protección de los derechos humanos, particularmente en la acción de tutela que puede ser empleada para hacer cesar tratos discriminatorios y para subsanar carencias materiales que menoscaban la igualdad real de la persona. Un ejemplo del primer caso lo ofrece la sentencia de tutela T – 1042 de 2001. Del segundo caso, la tutela T – 225 de 2005.

La Corte Constitucional dictaminó en la Sentencia T – 1042 de 2001 que violaba el derecho a la igualdad la decisión que tomó un particular de prohibir al personal doméstico el uso del ascensor destinado para personas y de exigir que dicho personal empleara el ascensor de carga. Señaló la Corte en dicha sentencia: “Diferenciar a las personas para efectos del uso de los bienes comunales con fundamento exclusivo en factores personales como su condición social, en este caso ser trabajadores o empleados domésticos, es un acto discriminatorio que viola el derecho a la igualdad y que refuerza los estereotipos y prejuicios sociales respecto de quienes desempeñan las labores domésticas”. La Corte ordenó al particular abstenerse de “discriminar por factores subjetivos –raza, oficio, religión, ideología, estatus social etc., – (...) para efectos del uso de todos los ascensores, en cualquier tiempo (...)”.

La Sentencia T – 225 de 2005 le ordenó a un alcalde que incluyera a un grupo de ancianos indigentes en el programa de beneficiarios de subsidios económicos diseñados para ese grupo de población. La Corte Constitucional indicó en aquella sentencia que merecen especial atención los ancianos que carecen de ingresos o los perciben en cuantía inferior al salario mínimo mensual; aquellos cuya cobertura de seguridad social es limitada o inequitativa, o no la tienen; aquellos cuyas malas condiciones de vida resultan agravadas debido a sus altos índices de desnutrición. Agregó la Corte que esas circunstancias hacen a los ancianos indigentes muy vulnerables, pues sus capacidades están disminuidas y no tienen muchas oportunidades de mejorar su condición.

- iii. Implementar medidas de carácter redistributivo de la riqueza para que las personas más pobres puedan acceder a condiciones mínimas de vida digna.

Una de las formas de lograr esta redistribución es la concesión de subsidios. El artículo 368 de la Constitución prescribe que la Nación, los distritos y los municipios pueden conceder subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de servicios públicos domiciliarios indispensables para cubrir sus necesidades básicas. Tales subsidios se financian con las contribuciones hechas por aquellos usuarios de servicios públicos que tienen la mayor capacidad económica.

Otra forma de redistribución de la riqueza a favor de los más pobres se encuentra en el fondo de solidaridad pensional que creó la Ley 100 de 1993. El objeto de este fondo es subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte en cuestión. Las contribuciones para este fondo lo hacen, de forma proporcional a sus ingresos, las personas que devengan más de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. Tal contribución se fija de manera equitativa, de tal forma que quienes reciben más de 20 salarios mínimos

mensuales aportan en mayor proporción que los demás contribuyentes.

- iv. Adoptar acciones que, producto de tratos diferenciales, ayuden a cerrar las brechas económicas y sociales que disminuyen las oportunidades para lograr la igualdad real. Estas son las llamadas acciones afirmativas, que se explica en las dos siguientes respuestas.

## ¿El derecho a la igualdad permite dar tratos diferentes a ciertas personas o grupos?

Las personas deben ser tratadas con igualdad en aquello que las hace iguales, esto es, en su común dignidad y en su idéntica condición de titulares de derechos. En aquellas cosas que las hacen diferentes deben recibir un trato distinto, pero sin olvidar que todas merecen igual consideración y respeto. El trato distinto que se prodiga a ciertas personas no puede tener propósitos discriminatorios y solamente debe perseguir un objetivo: proteger la dignidad y buscar la igualdad real, mediante acciones que busquen eliminar factores de discriminación o de exclusión o, en general, remover obstáculos que impidan el efectivo ejercicio de los derechos humanos.

El derecho a la igualdad real permite, en consecuencia, la aplicación de tratos diferenciales cuando se presentan situaciones que razonablemente los justifican. Tales situaciones son las siguientes:

- i. Las personas destinatarias del trato diferencial efectivamente se encuentran en distinta situación de hecho.
- ii. El trato diferencial cumple un propósito acorde a los principios y las disposiciones constitucionales.
- iii. El trato diferencial, y sus razones, superan el llamado “test de igualdad”. Este es una herramienta que tribunales internacionales de derechos humanos y tribunales constitucionales de diferentes países, incluido el colombiano, aplican para establecer si un determinado trato diferencial amenaza o viola el derecho a la igualdad.

El test de igualdad analiza si un trato diferencial es adecuado, valga decir, si constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. También examina si dicho trato resulta necesario y proporcional. El trato en cuestión será necesario si resulta imprescindible para lograr el fin perseguido y no existe otro medio admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales que cumpla ese cometido. Será proporcional, si los beneficios obtenidos con la medida son superiores a la afectación que ella produce eventualmente sobre otros principios y derechos, incluido el de igualdad.

La aplicación del test de igualdad permite identificar diferenciaciones entre personas que al tener como fundamento “criterios sospechosos”, contrarían los principios constitucionales y configuran, por lo tanto, un trato discriminatorio. Esos criterios sospechosos responden, al decir de la Corte Constitucional, a una de las siguientes hipótesis:

- i. La posesión de rasgos o características permanentes que la persona no puede abandonar voluntariamente, porque la harían perder de manera inevitable su particular y propia identidad.
- ii. La pertenencia a grupos sociales cuyas características humanas han estado históricamente sometidas a valoraciones negativas o han sido tradicionalmente menospreciadas.

Son ejemplos de tratos que permiten intuir actos de discriminación causada por criterios sospechosos: pagar a una mujer salario inferior al que recibe un hombre por realizar el mismo trabajo; negar a un homosexual el ingreso a los cuerpos de la fuerza pública o a la rama judicial; excluir a una persona privada de libertad que vive con el virus de inmunodeficiencia humana, de los programas de trabajo y educación que permiten disminuir la pena.

## ¿Qué son las acciones afirmativas?

Las acciones afirmativas son una forma de trato diferenciado que resulta aceptable porque superan el test de igualdad, esto es, tienen propósitos acordes a los valores y principios constitucionales, y necesarios porque se

requieren para remover obstáculos culturales o desigualdades materiales que impiden el acceso a condiciones reales de igualdad, o para lograr que los miembros de un grupo discriminado tenga una mayor representación en los ámbitos políticos y sociales.

Las acciones afirmativas también suelen llamarse “discriminación inversa” o “discriminación positiva”, dado que su propósito no es excluir a la persona del ejercicio y garantía de los derechos humanos sino incluirla en ellos. No obstante, estos conceptos pueden resultar impropios, o al menos ambiguos, en cuanto que el concepto de discriminación define una clase de trato que resulta absolutamente contrario al principio de igualdad y al derecho a la igualdad. Por ello, es preferible emplear la categoría conceptual “acción afirmativa”.

La adopción de acciones afirmativas contribuye al cumplimiento de tres mandatos que la Constitución impone a las autoridades:

- i. Promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.
- ii. Adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados.
- iii. Otorgar especial protección a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razón de su condición física, económica o mental.

Esas acciones deben diseñarse, además, de tal manera que favorezcan a un grupo preciso de personas mediante medidas que no pueden ser abiertas o indeterminadas, para no correr el riesgo de permitir tratos diferenciales sin fundamento. Así lo deja observar, a modo de ilustración, la sentencia de tutela T – 057 de 2011. En ella, la Corte Constitucional analizó el caso de una persona indigente que habitaba en la calle y no tenía apoyo familiar alguno. Esta persona padecía varias enfermedades graves que demandaban medicación permanente y controles médicos periódicos. Sin embargo, la respectiva secretaría de salud no había tomado las medidas necesarias para afiliarla a una entidad que le prestara la atención requerida.

La Corte tomó diversas medidas concretas: ordenó a la secretaría de salud concernida informar a todas las instituciones hospitalarias de la jurisdic-

ción que prestaran atención médica a la persona en cuestión; a la policía, que buscara a esta persona, con la mayor discreción posible, para informarle acerca de la decisión; a la alcaldía de la capital departamental, gestionar la vinculación voluntaria de la interesada a algún programa de atención integral para indigentes.

Las acciones afirmativas, aunque tengan fundamento constitucional, están llamadas a ser transitorias porque su cometido es superar las causas de las desigualdades y de la discriminación, no mantener indefinidamente tales causas y a sus beneficiarios sumergidos en las mismas sin ofrecerles la posibilidad de alcanzar la plena titularidad de derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. En consecuencia, las acciones afirmativas deben responder a controles que impidan su ampliación injustificada, ya que se desvirtuaría su esencia y se acabaría por anular la protección para el grupo originalmente beneficiario.

## ¿Qué es la discriminación?

La discriminación es una forma de trato que presenta tres características distintivas:

- i. Tiene como propósito o como resultado excluir a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho, impedirle el acceso a ciertos bienes o servicios, negarle los derechos que se reconocen a personas en condiciones similares o privarla del acceso a los mecanismos de protección de los derechos.
- ii. Está basado en las especiales características que distinguen a esa persona o grupo social, tales como pertenencia a un determinado grupo étnico, sexo, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, condición económica, idioma o religión.
- iii. Está motivado por causas jurídicamente irrelevantes, esto es, por causas que carecen de respaldo constitucional o legal en cuanto persiguen fines distintos al de preservar el justo orden público o proteger los derechos ajenos.

La discriminación puede ser de hecho o de derecho. Es de hecho cuando no existe una norma que ordene imponer y practicar exclusiones o restricciones de carácter discriminatorio, pero particulares y autoridades públicas adoptan comportamientos y conductas que persiguen discriminar. Es de derecho cuando existen disposiciones que disponen de manera expresa el trato discriminatorio o determinan condiciones que de manera implícita suponen un trato discriminatorio para cierto grupo social.

Ejemplos típicos de actos de discriminación de hecho son: prohibir el acceso de indígenas, homosexuales o negros a lugares públicos o abiertos al público, por razón de su condición; impedir a los ministros de religiones diferentes a la católica, que realicen su actividad pastoral en cárceles o centros de formación y concentración de la fuerza pública; negar la contratación laboral de mujeres embarazadas.

Ejemplo de discriminación expresa de derecho lo ofreció, en su momento, el ordinal b. del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979. Esta norma disponía que el “homosexualismo” constituía causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión docente. La Corte Constitucional decidió en la Sentencia C – 481 de 1998 que sancionar a una persona por el simple hecho de tener una determinada orientación sexual, violaba el derecho a la igualdad y configuraba un trato discriminatorio.

Ejemplo de discriminación implícita de derecho lo ofrecieron, también en su momento, los artículos 13 y 14 del Acto legislativo 1 de 1945. El primero dispuso que eran ciudadanos los colombianos mayores de 21 años. El segundo, que la condición de ciudadano en ejercicio era condición indispensable para elegir y ser elegido, y para desempeñar empleos públicos. Este artículo, sin embargo, agregaba que el sufragio, y la capacidad para ser elegido popularmente, quedaba “reservado a los varones”. El artículo 3 del Acto legislativo 3 de 1954 derogó esa restricción. La Constitución de 1991 prescribe que toda persona mayor de 18 puede ejercer la ciudadanía y elegir y ser elegida.

La discriminación de hecho y la de derecho suelen estar fuertemente vinculadas. En efecto, las normas que determinan un trato excluyente injusto solo están dando reconocimiento jurídico a los prejuicios que sirven de

base para criminalizar, humillar o segregar a ciertas personas o grupos sociales. Ilustra esta situación la condición que vivieron los hijos extramatrimoniales hasta 1982. El Código Civil de 1887 distinguía entre los hijos “legítimos”, o concebidos dentro del matrimonio, y los “ilegítimos”, o concebidos fuera del matrimonio. Estos se clasificaban, a su vez, como hijos “naturales” o hijos de “dañado y punible ayuntamiento”. La última denominación se aplicaba a los hijos “adulterinos”. Tal distinción se hacía para reconocer derechos sucesorales únicamente a los hijos “legítimos”. Socialmente, para avergonzar y excluir a los hijos “ilegítimos”. El proceso que condujo a la igualdad de los hijos se inició en 1936 y se consolidó con la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 proclama que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él tienen iguales derechos.

La discriminación también se produce cuando autoridades administrativas cumplen disposiciones que no consagran explícitamente un trato discriminatorio, pero están aplicadas bajo una interpretación que responde a criterios de diferenciación evidentemente contrarios al principio de igualdad porque suelen estar asociados a las características de grupos tradicionalmente estigmatizados y excluidos. Ejemplo de esta clase de discriminación suele encontrarse en la aplicación de los reglamentos de los centros penitenciarios y carcelarios. Las autoridades de estos lugares acostumbran obstaculizar a las personas de condición homosexual el ejercicio de ciertos derechos que permiten a los demás reclusos, como la visita íntima, bajo el argumento de que afectan el orden, la “moral” y las “buenas costumbres”.

## ¿Cuáles son las causas de discriminación?

Los instrumentos internacionales pertinentes y el artículo 13 de la Constitución enumeran algunas causas de discriminación. Según ellos, la discriminación puede estar motivada por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, discapacidad, religión, idioma u opinión política o filosófica. Debe entenderse que tal enumeración es apenas ilustrativa y que la prohibición de discriminar se extiende a toda forma de trato que se fundamente o motive por causas jurídicamente irrelevantes.

De hecho, la *Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 5 de junio de 2013, señala otras posibles causas de discriminación. Incluye, entre ellas, la edad; la orientación sexual, identidad y expresión de género; el nivel de educación; la condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, y la condición de salud mental o física, incluida la enfermedad infectocontagiosa, psíquica incapacitante.

Aquella convención ofrece otras novedades. Por una parte, distingue entre discriminación indirecta y discriminación múltiple o agravada. Por otra, fija una serie de nuevas obligaciones que deben cumplir los Estados con el propósito de prevenir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia. La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros pueden causar una desventaja particular, en la esfera pública o privada, para personas que pertenecen a un grupo específico. La múltiple o agravada tiene lugar cuando la exclusión o restricción está basada en dos o más motivos de discriminación.

Entre las nuevas obligaciones de los Estados, cabe mencionar la de prohibir y sancionar:

- i. El financiamiento o apoyo público o privado de actividades discriminatorias o que promuevan la intolerancia.
- ii. La publicación y circulación por cualquier forma o medio de comunicación, incluida la internet, de cualquier material que defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia, o que justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad.
- iii. Los actos delictivos motivados intencionalmente por cualesquiera de los motivos asociados a prácticas de discriminación.

## ¿El derecho a la igualdad y el pluralismo son incompatibles?

El derecho a la igualdad encuentra fundamento, como todos los derechos humanos, en la dignidad común de todas las personas. Sin embargo, que la totalidad de los miembros de la familia humana sean iguales en dignidad y derechos, no supone que todas las personas sean idénticas. Si así fuera, habría que aceptar que al comparar personas no se encuentran diferencias entre ellas, porque todas son exactamente similares. Lo idéntico resulta de duplicar una cosa. Las personas no pueden duplicarse: cada una de ellas constituye un ser único e irrepetible. Así, aunque todos los seres humanos gozan de una igual dignidad, también son verdaderamente diferentes. Cada individuo posee unos rasgos físicos particulares que lo distinguen frente a los demás y una manera propia de ver el mundo que lo rodea, de relacionarse con otros iguales en dignidad y de valorar lo que estima útil o apropiado para su particular estilo de vida. Esta diversidad determina el carácter pluralista de la sociedad.

El derecho a la igualdad, reconocimiento de la igual dignidad de las personas, exige aceptar las diferencias y respetar a quienes piensan distinto, se portan distinto, en fin, demanda respetar a quienes se apartan de aquello que para la mayoría representa el proyecto ideal o normalizado de vida. La expresión de la identidad propia de cada ser humano no puede ser causa de discriminación social o jurídica. En consecuencia, reprimir el pluralismo y su expresión a través del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, equivale a amenazar o violar el derecho a la igualdad. La protección de este derecho supone admitir la igualdad de las personas en un medio de diversidad. Por tal razón, el Estado y la sociedad deben garantizar un espacio a la real diferencia de cada ser humano. El primero, mediante la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir la discriminación, y para modificar los patrones culturales que la crean y la propagan. La segunda, mediante la práctica de la tolerancia.

## ¿Cómo contribuye la tolerancia al respeto por el derecho a la igualdad?

La tolerancia es el fundamento social del pluralismo. Tolerancia es un concepto ambiguo. Para unos se trata de simple indiferencia o permisividad frente a los abusos. Para otros, de la necesidad de aceptar como un mal menor e inevitable las ideas “erróneas” o los comportamientos “desviados” de otras personas. Sin embargo, en el contexto de una sociedad democrática, la tolerancia debe ser comprendida como el fundamento de la convivencia y solamente puede tener un sentido: respeto por la diferencia y hacia la diferencia.

El rechazo de la diferencia y la dificultad para respetarla encuentran su mayor fuente en los prejuicios. Estos son ideas falsas o distorsionadas que se tienen sobre las personas, resultado de juicios efectuados sin tener un adecuado conocimiento sobre ellas. Las personas que se dejan llevar por los prejuicios o actúan movidos por ellos, asumen comportamientos sociales que solamente ayudan a acrecentar las divisiones y a agravar o avivar los conflictos.

La historia de los avances en materia de respeto del derecho a la igualdad, se encuentra asociada a la progresiva ampliación del concepto de dignidad de las personas y el consecuente respeto por la diferencia. El esclavismo quedó abolido como práctica comercial protegida, cuando se reconoció la dignidad de las personas negras y se quebraron los prejuicios raciales y el racismo. El camino hacia la plena igualdad de derechos de la mujer tuvo inicio con la aceptación de su plena condición humana y la superación de los prejuicios sexistas y el sexismo. Ciertamente que en el último siglo la humanidad ha vivido genocidios causados por el racismo. Ciertamente, también, que la mujer está lejos de lograr la plena igualdad de derechos y que miles de personas aún laboran bajo condiciones esclavistas. No obstante, resulta igualmente cierto que ahora existen mecanismos jurídicos para combatir y superar esas condiciones oprobiosas y que nadie puede justificarlas razonablemente.

La sociedad colombiana no escapa a los prejuicios y a la violencia discriminatoria que de ella nacen. Los prejuicios sexistas incentivan crímenes

por homofobia y actos de violencia contra la mujer. Los prejuicios sociales y económicos estimulan los crímenes de “limpieza social”. Los prejuicios políticos motivaron el exterminio de los miembros de la Unión Patriótica, partido que nació en 1985, producto de un proceso de paz. Esta agrupación se presentó como una alternativa política a los partidos tradicionales y alcanzó a tener notable éxito electoral. Sin embargo, algunos sectores de la sociedad lo percibieron como una amenaza por sus reales o supuestos vínculos con grupos armados de oposición. En consecuencia, por razones asociadas a la intolerancia política, entre otros motivos, desataron una campaña de eliminación sistemática de los voces y representantes de dicho partido que condujo a su desaparición del panorama democrático.

Todas aquellas formas de discriminación y violencia revelan que algunos colombianos están dispuestos a victimizar a otros, movidos por prejuicios y actitudes y prácticas intolerantes. Un antídoto para esas actitudes, que en sus formas extremas se manifiesta en la supresión física de la persona, lo ofrece el fortalecimiento del pluralismo, la formación para la auténtica tolerancia y la sensibilización por el respeto hacia la diferencia.

El Programa de acción de Durban, acogido por la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, que auspició la Organización de las Naciones Unidas y se reunió en la ciudad sudafricana de Durban entre el 31 de agosto y el 8 de septiembre de 2001, señala a los estados que deben financiar programas de información para promover los valores de la aceptación, la tolerancia y la diversidad. Asimismo les indica que deben desarrollar programas educativos de lucha contra la intolerancia, con el propósito de garantizar el respeto de la dignidad de la persona y el valor de todos los seres humanos.

## ¿Cuáles son las expresiones del pluralismo que protege el derecho a la igualdad?

no son enemigos de un orden político-social”.<sup>1</sup> El pluralismo tiene diversas acepciones en la Constitución y se desarrolla en varios artículos de la misma.

Hacen parte de esas expresiones el pluralismo político que garantiza el derecho a fundar y organizar movimientos políticos; el pluralismo religioso que resguarda el derecho de toda persona a practicar la religión de su preferencia; el pluralismo en materia de expresión, opinión e información que protege el derecho a manifestar y difundir el pensamiento y a fundar medios de comunicación; el pluralismo étnico y cultural que reconoce la igualdad y dignidad de todos los pueblos que habitan en el país; el pluralismo en materia de enseñanza y aprendizaje que protege el derecho a fundar establecimientos educativos; el pluralismo en materia de organización social que salvaguarda la libertad de la persona para escoger profesión u oficio y para constituir sindicatos y organizaciones sociales.

Todas las expresiones del pluralismo resultan iguales ante la ley y gozan de protección contra cualquier forma de discriminación. Hacen parte de esas expresiones las diversas formas de organización familiar que conviven dentro de la sociedad colombiana.

## ¿Qué protección reciben las distintas formas de familia?

La jurisprudencia ha señalado que el concepto de familia responde a realidades sociológicas heterogéneas y que, en consecuencia, el artículo 42 de la Constitución no protege exclusivamente a la familia integrada por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio. También ha señalado que la fundamentación filosófica de la familia trasciende la dimensión biológica de la reproducción para arraigarse en la noción de *amor* y su manifestación de solidaridad y afecto. “La noción de familia en la modernidad ha sufrido un cambio de paradigma para abandonar su existencia y fundamentación en la relación biológica y genética, para apoyarse en el apoyo mutuo y en el concepto de amor”<sup>2</sup>

1 Sartori, Giovanni, ¿Qué es la democracia?, Altamir, Bogotá, p. 48.

2 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de julio de 2014.

La familia que goza de protección constitucional es, de forma general y amplia, aquella que se constituye con el propósito de establecer relaciones de solidaridad y ayuda mutua, independientemente del sexo o de la orientación sexual de sus integrantes. La familia puede formarse mediante vínculos naturales o jurídicos o por la simple voluntad de hacerlo.

Reciben protección constitucional las familias de tipo monoparental; biparental; biológica; adoptiva, y de crianza, esto es, las que resultan de la decisión de otorgar protección desinteresada a otros. También reciben esa protección las parejas del mismo sexo en cuanto representan una forma constitutiva de familia porque sus miembros establecen vínculos de afecto, solidaridad, socorro, respeto y ayuda mutua que, con vocación de permanencia, fundamentan su proyecto de vida en común.

*Esta concepción amplia de familia debe, por ende, hacerse compatible con la prohibición constitucional de discriminar en razón de la orientación u opción sexual y con el reconocimiento jurídico que la Corte ha prodigado a las uniones de vida estable y singular entre personas del mismo sexo, el cual había servido de fundamento para extender derechos y posiciones jurídicas de las parejas de diferente sexo, proceso verificable en la jurisprudencia constitucional, al menos desde el giro acaecido en 2007. De esta manera, en los términos de la sentencia que aquí se reitera, determina que tales derechos fundamentales deben garantizarse de forma compatible con la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual, al igual que el libre desarrollo de la personalidad, prerrogativas constitucionales que tiene por objeto garantizar la asunción libre de una opción de vida que no contraríe los derechos de los demás ni el orden jurídico.<sup>3</sup>*

El matrimonio y la familia son instituciones distintas aunque estén relacionadas. El matrimonio es apenas una de las formas jurídicas por medio de la cual se forma de manera libre, voluntaria y consensual una familia. La Corte Constitucional decidió en la Sentencia SU – 214 de 2016 que los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad, protegen el derecho de todo ser humano a contraer matrimonio civil independientemente de su orientación sexual.

También decidió que este derecho cubre a todas las parejas del mismo sexo que con posterioridad al 20 de junio de 2013 se les haya negado la celebración de un matrimonio civil; hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación y los efectos jurídicos propios de un matrimonio civil; hayan celebrado un matrimonio civil sin poder inscribirlos ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. Igualmente dispuso que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo celebrados con posterioridad a esa fecha gozan de plena validez jurídica.

## ¿Cómo se pueden identificar situaciones que exigen un trato diferencial positivo?

Las actividades de diseño, implementación y evaluación de políticas públicas y, en general, de planes y proyectos de desarrollo tienden cada vez más a aplicar, o a fortalecer la aplicación, del llamado enfoque diferencial con el objeto de identificar grupos y personas cuyas condiciones exigen que se les otorgue un trato distinto. El enfoque diferencial es una metodología que busca:

- i. Identificar y analizar causas y características de violaciones de derechos humanos y factores de discriminación que propician o favorecen tales violaciones y situaciones que impiden u obstaculizan el ejercicio de los derechos humanos para ciertos grupos poblacionales.
- ii. Identificar personas y grupos que por razón de su especial vulnerabilidad, como consecuencia de la marginación o de situaciones de desventaja, requieren atención prioritaria o diferente.

El enfoque diferencial no se detiene a descubrir aquellas circunstancias que ponen a ciertos grupos bajo mayor riesgo de amenazas o vulneraciones sistemáticas de sus derechos y que, por lo tanto, merecen un trato distinto. También persigue identificar los distintos efectos que, por razón de edad, sexo y pertenencia étnica, pueden tener las políticas públicas y los programas de desarrollo tienen sobre personas y comunidades concretas.

Esta es una metodología que contribuye a la búsqueda de la igualdad real mediante:

- i. El diseño de mecanismos para facilitar la participación social, política y económica de aquellos grupos marginados que, por lo general, no logran incidir de manera efectiva en los procesos de diseño de políticas públicas y de programas y proyectos que buscan crear condiciones favorables para el ejercicio de los derechos humanos.
- ii. El análisis de estrategias que permitan fortalecer las capacidades de las personas para reconocerse como titulares de derechos y para exigir el ejercicio de los mismos en igualdad de condiciones para todos.
- iii. La incorporación en las políticas públicas y los proyectos de desarrollo, de herramientas y procedimientos que aseguren el efectivo disfrute de aquellos para todas las personas, independientemente de sus particulares condiciones de edad, sexo y etnia, pero también respetando las especificidades que nacen de tales condiciones.

El enfoque diferencial contribuye a la realización de la igualdad real, a partir de una hipótesis fundamental: tanto la discriminación y la violencia, como las acciones del Estado, tienen efectos distintos sobre las personas por razón de sus particulares condiciones y, en consecuencia, las respuestas a las causas de violencia o discriminación y la forma de implementar las acciones estatales, deben tener en cuenta esas particularidades. Por ello, el enfoque diferencial es una metodología que se concreta en función, justamente, de las características sociales de los grupos poblacionales con el objetivo de ofrecer una adecuada atención y protección a los derechos de cada uno de ellos. Así, se han propuesto, entre otros pero no exclusivamente, el enfoque diferencial de género, el enfoque diferencial étnico y el enfoque diferencial de diversidad.

## ¿Qué es el enfoque diferencial de género?

posible abordar la cuestión de la realización de los derechos humanos desde una perspectiva más integral y globalizante. En efecto, paulatinamente se ha comprendido que el reto de la realización de los derechos humanos demanda mucho más que una simple proclamación formal de igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

El enfoque de género resulta altamente útil para buscar la igualdad de derechos porque permite analizar las relaciones que se establecen entre hombres y mujeres, y la forma como tales relaciones inciden sobre la realización y el ejercicio de sus derechos. Constituye además una herramienta que proporciona información relevante, por una parte, para analizar hechos y situaciones que pueden favorecer la discriminación por razones asociadas al sexo de las personas y, por otra, para orientar decisiones que busquen superar esa discriminación.

El enfoque de género se estructura alrededor de tres ejes:

- i. Descriptivo, que caracteriza la naturaleza de las desigualdades existentes entre hombres y mujeres.
- ii. Analítico que, con base en las variables de sexo y género, persigue, de una parte, identificar los papeles y tareas que se asignan o llevan a cabo los hombres y las mujeres en una determinada sociedad y, de otra, explicar las razones y los mecanismos que hacen de esos papeles y tareas fuente de desigualdades, con amplia desventaja hacia las mujeres, frente al ejercicio de los derechos humanos.
- iii. Político, que pretende impulsar los cambios necesarios para modificar las causas que generan, mantienen y reproducen dichas desigualdades.

El enfoque de género no busca borrar las diferencias que existen naturalmente entre mujeres y hombres, ni hacer idénticos a unas y otros. Busca ayudar a crear condiciones para que las mujeres y los hombres disfruten por igual de los derechos y de las oportunidades del desarrollo. También busca eliminar las barreras que obstaculizan el acceso de hombres y mujeres en condiciones de igualdad a la educación, a la salud, a las oportuni-

dades económicas, políticas y culturales, y a los servicios básicos. Remover esas barreras es indispensable para que las personas, sin distinción alguna, puedan disfrutar de dichas oportunidades y beneficiarse del desarrollo.

La Plataforma de acción que adoptó la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada durante 1995 en Beijing, señaló que la efectiva realización de los derechos de las mujeres demanda respuestas a un conjunto de problemas críticos, entre los cuales se encuentran los siguientes: la persistente y creciente concentración de la pobreza; el acceso desigual a la educación y a otras oportunidades de capacitación; el acceso desigual e inapropiado a los servicios de salud; el alto índice de violencia; los efectos desbordados de los conflictos armados; las disparidades en el ejercicio del poder y la toma de decisiones en todos los niveles de la organización social y política; la permanencia de los estereotipos y los prejuicios; y la persistencia de la discriminación y violación de los derechos de las niñas.

El reconocimiento formal de los derechos de la mujer ha demostrado ser insuficiente para responder a las complejas problemáticas que obstaculizan la realización de su igualdad. Por ello se ha hecho indispensable adoptar instrumentos especiales de protección, tanto nacionales como internacionales, que consideren la situación de vulnerabilidad de las mujeres; reconozcan sus necesidades particulares y contribuyan eficazmente a eliminar las desigualdades históricas y estructurales que han vivido por el único hecho de ser mujeres. Tales instrumentos reconocen que la real igualdad para las mujeres demanda un conjunto mínimo de condiciones de vida entre las cuales se encuentran, pero no exclusivamente, vivir libres de violencia en el ámbito público y privado; vivir sin discriminación alguna y vivir protegidas contra conductas y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación entre los sexos.

Entre aquellos instrumentos se encuentra la Ley 581 de 2000, popularmente conocida como “ley de cuotas”, mediante la cual se crean mecanismos para garantizar a las mujeres adecuada y efectiva participación en los empleos directivos de las ramas del poder público. Dicha norma dispone que, cuando menos, el 30% de los cargos de máximo nivel decisorio en los órganos públicos serán desempeñados por mujeres. También dispone que

un porcentaje similar estará asignado a mujeres en cargos de otros niveles decisorios.

## ¿Cómo contribuye el enfoque diferencial étnico a la realización de la igualdad?

La discriminación y la segregación también afectan, de manera muy fuerte, a los pueblos indígenas. Estos también enfrentan desafíos enormes en la búsqueda de la igualdad y en el acceso al goce de los derechos económicos, sociales. De hecho, el porcentaje de personas en situación de pobreza y de pobreza extrema resulta mayor entre estas comunidades.

La realización de programas para superar las causas de la discriminación que afecta a las comunidades indígenas tiene que asumirse desde un postulado central: sus derechos deben garantizarse desde la perspectiva de la individualidad, inherente a la igualdad de las personas, y desde la perspectiva de la colectividad. La *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*, aprobada por la Asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas en septiembre de 2007, aporta criterios útiles para conocer los componentes del enfoque diferencial étnico. Tales componentes son los siguientes:

- i. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, los territorios, las aguas, los mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma. También tienen derecho a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben, desde su perspectiva, con las generaciones venideras.
- ii. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, sus costumbres o sistemas jurídicos de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

La garantía de la igualdad para los pueblos y las personas indígenas exige al Estado protegerlas contra la destrucción de su cultura. Para asegurar la igualdad real, las autoridades deben implementar medidas que protejan a esos pueblos y personas, entre otros hechos, contra:

- i. Actos que tengan por objeto o consecuencia menoscabar su integridad como pueblos o privarlos de sus valores culturales o de su identidad étnica.
- ii. Actos que tengan por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras ancestrales, territorios o recursos.
- iii. Desplazamientos forzosos de población que tengan por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de alguno de sus derechos.

Los derechos de la niñez indígena están sujetos a una protección especializada. Así, por mandato de la *Convención de los derechos del niño*, se le debe garantizar el derecho a participar, en común con los demás miembros del grupo, de su propia vida cultural y religiosa y, de ser el caso, a comunicarse en su propio idioma. Con todo, los intereses y derechos de la niñez indígena no pueden diluirse en los intereses generales de la comunidad o en sus costumbres y prácticas culturales.

Aquel mandato obliga a todas las autoridades nacionales. Así se puede observar en la sentencia que la Sección tercera de la Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado emitió el 13 de marzo de 1997, al decidir sobre la impugnación de un fallo de tutela. Dicha sentencia ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y al Ministerio de Interior, buscar la reincorporación por todos los medios posibles de un grupo de niños al grupo familiar propio dentro de su comunidad de origen en la etnia Nukak Makú, antes de iniciar o continuar cualquier procedimiento de entrega en adopción de los mismos. Estos niños, según la sentencia, habían sido raptados por colonos. El ICBF, a su vez, había tomado medidas de protección siguiendo trámites administrativos incomprensibles para esa etnia, por razones culturales y lingüísticas.

El Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas ha señalado que la protección de las prácticas culturales tradicionales de los pueblos indígenas no ampara ninguna costumbre que sea considerada perjudicial para la dignidad, la salud o el desarrollo de la niñez. El Estado debe colaborar con estos pueblos para acabar prácticas perjudiciales como los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer.

## ¿Qué aporte hace el enfoque diferencial de diversidad a la protección de la igualdad real?

Este enfoque contribuye a analizar la situación de otros grupos sociales también muy vulnerables en el contexto general de la sociedad, pero cuya discriminación apenas está en camino de lograr visibilidad y, por ende, de encontrar mecanismos para superarla.

El análisis, desde una perspectiva de derechos humanos, del problema de la discriminación que sufren quienes adoptan un proyecto de vida asociado al ejercicio de una afectividad y una sexualidad que no responden a los esquemas de “varón heterosexual” y “mujer heterosexual”, exige adoptar una metodología alternativa a la empleada por el enfoque de género. Tal alternativa, proponen estudiosos del tema, es el enfoque de diversidad. Este no se concentra en el análisis de la acción de las fuerzas que históricamente han causado oposición, y aun hostilidad, entre hombres y mujeres.

El enfoque de diversidad amplía el sentido de la prohibición de discriminación por razón del sexo, que tradicionalmente hace referencia a la violación del derecho a la igualdad entre individuos que se distinguen por su sexo biológico, esto es, hombre y mujer. La prohibición de discriminar por razón de sexo no siempre hace reconocimiento explícito de la protección que se debe otorgar a la diversidad sexual, porque las prácticas culturales de nuestro medio solamente aceptan roles definidos a partir de lo masculino heterosexual y lo femenino heterosexual, y el ejercicio de una sexualidad que tenga la potencial aptitud de conducir a la reproducción.

Este enfoque de diversidad persigue que la protección de la igualdad incluya expresiones de la autonomía personal asociadas a la sexualidad como la

orientación sexual, la identidad sexual y la actividad sexual. El enfoque de diversidad busca, en consecuencia, ayudar a superar la debilidad o carencia de protección para los derechos de hombres homosexuales, mujeres lesbianas y personas transgeneristas, bisexuales y travestistas. También busca caracterizar los escenarios que facilitan o posibilitan las violaciones de los derechos de estas y otras personas que, si bien forman parte de grupos minoritarios, ejercen una libertad amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Las dificultades y resistencias que afronta el logro de la plena igualdad de derechos para las minorías sexuales se pueden observar en la jurisprudencia constitucional. Años después de que se hubiera adoptado la Constitución de 1991 y de que en ella se proclamaran los principios de respeto por la dignidad humana y de Estado social de derecho, algunos sectores de la Corte Constitucional todavía aplicaban verdaderos criterios sospechosos para disminuir la protección de los derechos de miembros de aquellas minorías. En sentencias de tutela dictadas durante 1994 aparentemente se reconoció que los intereses jurídicos de los homosexuales estaban protegidos. Sin embargo, a continuación se agregaba, como en la Sentencia T – 039 de 1994, que tal interés solo gozaba de protección cuando el comportamiento homosexual de la persona no trascendía a la sociedad y, en especial, cuando la exteriorización de esa conducta no lesionaba los intereses de otras personas ni se convertía en “piedra de escándalo”.

¿Por qué hacían algunos magistrados de la Corte Constitucional aquellas afirmaciones homofóbicas? Las pistas para responder a esta pregunta se encuentran en las sentencias T – 569 de 1994 y T – 037 de 1995. La primera sostuvo que las conductas homosexuales resultaban “reprobables”, “inadmisibles” e “intolerables” si no se ajustaban a las normas de comportamiento social. La segunda, que la homosexualidad era una condición “anormal” que privaba de la igualdad ante la ley.

Otros magistrados, por el contrario, asumieron el punto de vista de que la conducta y el comportamiento homosexuales son manifestaciones válidas y legítimas de las personas. De esta forma, la Sentencia C – 098 de 1996 señaló que la autodeterminación sexual no puede estar sometida a la interferencia o a la dirección del Estado porque, en sí misma, no causa

daño a terceros. Igualmente afirmó que las personas homosexuales han sido víctimas de discriminación como resultado de prejuicios y de “falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales”. Estos son los fundamentos de la línea jurisprudencial desarrollada durante los últimos años y que ha permitido a aquellas personas acceder al reconocimiento y ejercicio de diversos derechos bajo condiciones de igualdad.

## ¿Existen enfoques diferenciales que resulten relevantes para la igualdad real de otros grupos sociales?

El enfoque diferencial permite hacer visibles las formas y las características de la discriminación que sufren las personas no solamente por razón de sexo, etnia u orientación sexual. También permite poner al descubierto aquellas que sufren algunos grupos sociales por razones de edad y discapacidad. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce la necesidad de otorgar especial protección a estos grupos vulnerables. Tal protección, manifestación de distinciones afirmativas, se concreta en la *Convención sobre los derechos del niño* y en la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*.

La situación de vulnerabilidad que tienen los niños frente a los adultos por causa de su dependencia económica y emocional, justifica la necesidad de otorgarles una especial protección. Igualmente la justifica el hecho de que los niños son personas cuyo proceso de maduración física y mental se encuentra en desarrollo. *La Convención sobre los derechos del niño* protege a las personas menores de 18 años, salvo que en aplicación de leyes nacionales hayan alcanzado antes la mayoría de edad. El concepto de niños incluye a niñas y adolescentes.

Aquella convención concede especial atención a los niños refugiados, con discapacidad o pertenecientes a minorías. También dispone que todas las medidas concernientes a niños, que adopten autoridades o instituciones privadas, deben orientarse por el principio de “interés superior del niño”.

Este obliga a garantizar la satisfacción de los derechos humanos de los niños de forma integral y simultánea. La *Convención sobre los derechos del niño* reconoce que los niños gozan de la titularidad de los mismos derechos que las demás personas. Pero también prescribe que por sus particulares condiciones de dependencia y vulnerabilidad, algunos de esos derechos adquieren un contenido particular o hace a los niños titulares de derechos especiales.

Así, del derecho de los niños a la vida hacen parte los derechos a la supervivencia, a gozar de niveles adecuados de salud y a tener acceso a servicios médicos y de seguridad social. De igual forma son titulares del derecho a un desarrollo pleno y armónico que comprende los derechos a no ser separados de los padres; a tener relación y contacto con ambos padres; a gozar de acceso a información y material que promueva su bienestar; a que ambos padres asuman su responsabilidad de crianza y desarrollo, y a acceder a una educación que desarrolle todas sus potencialidades. También son titulares del derecho a la protección y la identidad, que incluye los derechos al registro; a preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares; a permanecer en su país, a gozar de protección contra la explotación económica y los trabajos peligrosos y a tener protección contra toda forma de explotación incluida la sexual.

Los niños indígenas gozan de particular visibilidad en la Convención. Esta dispone que en aquellos estados donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se podrá negar a un niño que pertenezca a tales minorías el derecho que posee en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o a emplear su propio idioma.

La *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* llama la atención respecto a la necesidad de hacer visibles dos formas de discriminación que afectan gravemente a las personas con discapacidad:

- i. La exclusión de la vida social que se manifiesta de distintas formas como, por ejemplo, el encierro en casas o instituciones, la privación de educación especializada y los obstáculos a la libertad de movimiento.

- ii La exposición a riesgos de tortura y a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, particularmente en casos de personas con discapacidades psíquicas. Dicha convención recuerda que estas personas han recibido tratamientos sociales e institucionales que actualmente son calificados como verdaderas formas de tortura o de tratos crueles. Estos tratamientos no solamente menoscaban la dignidad de las personas con discapacidad, sino que también amenazan su vida, seguridad e integridad.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce, como en otros instrumentos de protección especializada, que las personas con discapacidad gozan de iguales derechos que el resto de la población y, junto a ellos, de otros de características particulares. Entre estos se pueden mencionar los derechos a la garantía de la seguridad y la protección en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado y de emergencia humanitaria; a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso; al respeto del hogar y de la familia; a la habilitación y la rehabilitación.

La Corte Constitucional ha dispuesto en diversas sentencias que se ofrezca un trato diferencial orientado a la búsqueda de la plena igualdad en el ejercicio de sus derechos, entre otros grupos, a comunidades negras y afrodescendientes, a indigentes, a recicladores y a ancianos. Al hacerlo ha explicado que las acciones afirmativas adoptadas por el Estado pueden encontrar fundamento en los mandatos generales del artículo 13 de la Carta Política, o en artículos que protegen de manera especial a ciertos sujetos como personas de la tercera edad, personas con discapacidad, adolescentes, niños y mujeres.

## ¿Los enfoques diferenciales también aplican para la realización de los derechos de víctimas de violaciones de derechos humanos?

Las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario producen efectos distintos sobre los derechos

humanos de las víctimas de esos actos de violencia. Estas diferencias están determinadas por las características personales, sociales y culturales de las víctimas y por el tipo de violación o infracción cometida. Por ello, las medidas que se adopten para resarcir los daños causados a las víctimas y para restablecerlas en el pleno ejercicio de sus derechos, también deben incluir enfoques diferenciales que permitan alcanzar de manera idónea esos propósitos. Esto exige diseñar programas de atención que tomen en consideración, de una parte, la condición y situación de la persona victimizada y, de otra, la naturaleza del daño que se pretende subsanar.

Las medidas diferenciales pueden concretarse en mandatos de justicia transicional, en normas para superar tratos discriminatorios que generan déficits de protección y en conjuntos normativos especiales de protección. Como ilustración del primer caso se pueden se puede citar la jurisprudencia constitucional en materia de derechos de las víctimas de desaparición forzada. Como ilustración del segundo caso, la ya mencionada “ley de cuotas”. Como ilustración del tercer caso, los *Principios rectores de los desplazamientos internos*. Estos determinan el mínimo de derechos y garantías que se deben observar para resguardar a las personas contra el desplazamiento forzado y para ofrecerles protección y asistencia durante el desplazamiento y durante los procesos de retorno o de reasentamiento y reintegración.

## ¿Cómo está garantizada la igualdad de derechos de las víctimas de desplazamiento forzado?

Los *Principios rectores de los desplazamientos internos* claramente se enmarcan dentro de dos postulados inherentes al principio de igualdad y al derecho a la igualdad. El primero dispone que las autoridades deben garantizar a las personas desplazadas el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales y las normas nacionales, en igualdad de condiciones con los demás habitantes del país. El segundo, que los desplazados internos no serán discriminados en el reconocimiento, ejercicio y protección de sus derechos por razones asociadas a su situación de desplazamiento o por cualquier otra razón.

La igualdad y la prohibición de discriminar que prescriben los mencionados principios rectores, no impiden que se tomen medidas particulares de protección a favor de desplazados particularmente vulnerables como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad.

Los *Principios rectores de los desplazamientos internos* tienen que aplicarse en concordancia con los *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*, cuando se trata de garantizar el restablecimiento de los bienes abandonados por las víctimas de desplazamiento forzado, especialmente de las tierras. Esos principios señalan que los trámites de reclamación y restitución de bienes tienen que considerar aspectos de edad y género y que, en particular, se deben observar las siguientes reglas:

- i. Asegurar que las mujeres puedan participar en esos trámites bajo condiciones de plena igualdad, y que los niños separados o no acompañados lo puedan hacer adecuadamente representados de tal manera que se respete el principio general del interés superior del niño.
- ii. Garantizar que todas las personas, en especial analfabetos y con discapacidad, dispongan del apoyo indispensable para lograr fácil y pronto acceso a los procedimientos de restitución de bienes.
- iii. Asegurar que los programas de restitución de viviendas, tierras y patrimonio se lleven a cabo tras un proceso de consultas en el cual tengan adecuada participación personas, comunidades y grupos afectados. Especial atención se debe otorgar a la participación de mujeres, poblaciones indígenas, minorías raciales y étnicas, ancianos, personas con discapacidad y niñas.

## ¿Cómo se protege la igualdad de derechos de las víctimas de desaparición forzada?

La desaparición forzada es una de las peores y más comunes violaciones de derechos humanos que se han presentado en Colombia desde la década-

da de los años 70 del siglo pasado. A pesar de ello, el Estado colombiano se resistió durante años a cumplir las obligaciones que le imponía el derecho internacional de los derechos humanos en materia de prevención, represión y sanción del delito de desaparición forzada. Las dilaciones que sufrieron diferentes proyectos de ley presentados para penalizar las desapariciones, hecho que solamente se logró en el año 2000, han permitido un grave cuadro de impunidad en la materia.

Junto a esa impunidad se ha presentado un trato discriminatorio en cuanto al reconocimiento y la protección de los derechos de las víctimas de desaparición forzada. En efecto, las medidas de protección a las que tienen derecho actualmente las víctimas de desaparición forzada y sus familias en materias económicas; en materia de responsabilidad civil (tales como interrupción de términos y plazos de obligaciones civiles y comerciales); en materia de pagos de salarios, honorarios, prestaciones sociales y mesadas pensionales; en materia de protección del derecho a la salud y la educación; y en materia de asuntos tributarios (tal como la suspensión de términos tributarios), no son producto de medidas que el legislador haya adoptado específicamente para garantizar los derechos de este grupo de víctimas.

Las víctimas de desaparición forzada se benefician de aquellas garantías como resultado de la extensión de beneficios concedidos originalmente a las familias de personas secuestradas. Tal extensión ha sido ordenada por la Corte Constitucional en las sentencias C – 400 de 2003, C – 394 de 2007 y C – 029 de 2009, como aplicación del principio de solidaridad y del derecho a la igualdad. En esta línea, aquel tribunal también ha sentenciado que las medidas de protección civil establecidas a favor de las víctimas de crímenes atroces como las concernientes, entre otras, a la administración de bienes de personas víctimas de desaparición forzada, son plenamente aplicables a las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo.

## ¿Las normas de justicia transicional también deben aplicarse con enfoques diferenciales?

ciones graves del derecho internacional humanitario, reconocen que estas personas son titulares de ciertos derechos específicos. También reconocen que la garantía y realización de tales derechos deben atender a las peculiaridades de las víctimas. Algunos de los principios sobre los cuales se apoya la legislación nacional en materia de justicia transicional para responder a esas exigencias, son los principios de igualdad y de enfoque diferencial. El primero señala que todas las personas a quienes se aplica esa legislación, serán reconocidas sin distinción alguna. El segundo, que la población de víctimas está integrada por personas que poseen distintas características producto del sexo, la edad, la orientación sexual y la situación de discapacidad.

Las disposiciones de justicia transicional vigentes en Colombia deben aplicarse, por lo tanto, asegurando garantías y medidas especiales de protección y reparación para las personas más vulnerables a la violencia tales como mujeres, niños, jóvenes, ancianos, personas con discapacidad, personas con orientación sexual minoritaria, campesinos y líderes sociales. También deben incluir en ese trato diferencial a grupos que por razón de su identidad o actividad, están más expuestos a riesgos o han sufrido con mayor rigor las violaciones de derechos humanos y las infracciones de derecho internacional humanitario. Hacen parte de esos grupos las comunidades afrodescendientes, los pueblos indígenas y rom, los defensores de derechos humanos, los periodistas y los sindicalistas.

Aquellos grupos tienen derecho a reclamar que las políticas públicas, los planes y programas de justicia transicional diseñados para restablecer su dignidad y derechos tengan un enfoque diferencial integral. Por ello, las autoridades encargadas de diseñar planes de acción y de atención para víctimas, deben realizar una caracterización social, económica y cultural de las mismas. Esta caracterización permite conocer las particulares características del trato diferencial que exige la realización de los derechos de las víctimas, condición ineludible para lograr que recuperen su plena titularidad de derechos en igualdad de condiciones con el resto de colombianos.



## 2.1. Marco de referencia constitucional

CONSTITUCIÓN POLÍTICA
<p>Artículo 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.</p> <p>El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.</p> <p>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.</p>
<p>Artículo 19. (...) Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.</p>
<p>Artículo 40. (...) Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de la Administración Pública.</p>
<p>Artículo 42. (...) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. (...)</p> <p>Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.</p>
<p>Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. (...)</p> <p>El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.</p>
<p>Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.</p> <p>El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.</p>
<p>Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.</p> <p>El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.</p>

\* NOTA DEL AUTOR: Los artículos de las normas que se reproducen como parte del marco de referencia jurídico, particularmente del legislativo y del internacional, apenas tienen carácter ilustrativo. Estos artículos se escogieron con la finalidad de dar una idea general sobre el contenido y alcance de la ley, decreto o tratado internacional en referencia. Por razones de limitación de espacio, tales disposiciones no se transcriben integralmente. En consecuencia, debe tenerse presente que para conocer de forma suficiente la naturaleza de la protección que ellas ofrecen resulta necesario remitirse a su texto completo.

Artículo 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores (...); protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades (...).

## 2.2 Marco de referencia legal

LEGISLACIÓN NACIONAL
IGUALDAD DE LAS MUJERES
<b>Ley 294 de 1996</b>
Artículo 1°. La presente Ley tiene por objeto desarrollar el artículo 42, inciso 5°, de la Carta Política, mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad.
Artículo 3°. Para la interpretación y la aplicación de la presente Ley se tendrán en cuenta los siguientes principios: (...) d) La igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer;
<b>Ley 581 de 2000</b>
Artículo 4°. Participación efectiva de la mujer. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2° y 3° de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas: a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2°, serán desempeñados por mujeres; b) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo 3°, serán desempeñados por mujeres. Parágrafo. El incumplimiento de lo ordenado en este artículo constituye causal de mala conducta, que será sancionada con suspensión hasta de treinta (30) días en el ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo en caso de persistir en la conducta, de conformidad con el régimen disciplinario vigente.
<b>Ley 1023 de 2006</b>
Artículo 1°. El artículo 1° de la Ley 509 de 1999 quedará así: Artículo 1°. Afiliación. Las Madres Comunitarias del programa de Hogares Comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se afiliarán con su grupo familiar al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se harán acreedoras de todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas del mismo.
<b>Ley 1232 de 2008</b>

<p>ARTÍCULO 2°. El artículo 3° de la Ley 82 de 1993 quedará así:</p> <p>Artículo 3°. Especial protección. El Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables.</p>
<p><b>Ley 1257 de 2008</b></p>
<p>Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.</p>
<p>Artículo 6°. Principios. La interpretación y aplicación de esta ley se hará de conformidad con los siguientes principios:</p> <p>1. Igualdad real y efectiva. Corresponde al Estado diseñar, implementar y evaluar políticas públicas para lograr el acceso de las mujeres a los servicios y el cumplimiento real de sus derechos. (...)</p> <p>7. No discriminación. Todas las mujeres con independencia de sus circunstancias personales, sociales o económicas tales como edad, etnia, orientación sexual, procedencia rural o urbana, religión entre otras, tendrán garantizados los derechos establecidos en esta ley a través de una previsión de estándares mínimos en todo el territorio nacional.</p> <p>8. Atención diferenciada. El Estado garantizará la atención a las necesidades y circunstancias específicas de colectivos de mujeres especialmente vulnerables o en riesgo, de tal manera que se asegure su acceso efectivo a los derechos consagrados en la presente ley.</p>
<p style="text-align: center;"><b>IGUALDAD DE LAS COMUNIDADES NEGRAS</b></p>
<p><b>Ley 70 de 1993</b></p>
<p>Artículo 1°. La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.</p>
<p>Artículo 32. El Estado colombiano reconoce y garantiza a las comunidades negras el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales.</p> <p>La autoridad competente adoptará las medidas necesarias para que en cada uno de los niveles educativos, los currículos se adapten a esta disposición.</p>
<p>Artículo 47. El Estado adoptará medidas para garantizarles a las comunidades negras de que trata esta ley el derecho a desarrollarse económica y socialmente atendiendo los elementos de su cultura autónoma.</p>
<p><b>Decreto 2249 de 1995</b></p>
<p>Artículo 1°. Créase la Comisión Pedagógica Nacional que ordena el artículo 42 de la Ley 70 de 1993, adscrita al Ministerio del Interior (...)</p>

Artículo 4°. Funciones de la comisión pedagógica nacional. La comisión pedagógica tendrá las siguientes funciones:

1. Asesorar la elaboración, formulación y ejecución de políticas de etnoeducación y la construcción de los currículos correspondientes para la prestación del servicio educativo, acorde a las necesidades, intereses o expectativas de las comunidades negras. (...)

### IGUALDAD DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS

#### Ley 649 de 2001

Artículo 1°. De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Política habrá una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos (...)

### IGUALDAD DE LAS MINORÍAS POLÍTICAS

#### Ley 649 de 2001

Artículo 1°. De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Política habrá una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de (...) las minorías políticas (...)

### IGUALDAD DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

#### Ley 1448 de 2011

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales.

Artículo 6°. Igualdad. Las medidas contempladas en la presente ley serán reconocidas sin distinción de género, respetando la libertad u orientación sexual, raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica.

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

#### Decreto ley 4633 de 2011

Artículo 1°. Objeto. (...)

Las medidas de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales para pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y para sus integrantes individualmente considerados, serán acordes con los valores culturales de cada pueblo y garantizarán el derecho a la identidad cultural, a la autonomía, a las instituciones propias, a sus territorios, a sus sistemas jurídicos propios, a la igualdad material y a la pervivencia física y cultural, de conformidad con la dignidad humana, el principio constitucional del pluralismo étnico y cultural y el respeto de la diferencia.

<b>Decreto ley 4634 de 2011</b>
<p>Artículo 1°. Objeto. (...)</p> <p>Las medidas de atención, asistencia y reparación para el pueblo Rom y las Kumpaño como sujetos colectivos y para sus miembros individualmente considerados, incorporarán un enfoque diferencial y acciones afirmativas, garantizarán el derecho a la integridad cultural, la igualdad material y la pervivencia física y cultural. Estas medidas deberán implementarse con la participación de las autoridades y representantes registrados legalmente así como organizaciones propias del pueblo Rom, con el fin de respetar el sistema jurídico de la Kriss Rromaní, la organización social y el sistema de valores y creencias propios del pueblo Rom o Gitano.</p>
<b>Decreto ley 4635 de 2011</b>
<p>Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene por objeto establecer el marco normativo e institucional de la atención, asistencia, reparación integral y restitución de tierras y de los derechos de las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en concordancia con la ley 70 de 1993, ofreciendo herramientas administrativas, judiciales y mecanismos de participación para que las Comunidades y sus miembros individualmente considerados sean restablecidos en sus derechos de conformidad con la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las leyes, la jurisprudencia, los principios internacionales acerca de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, respetando y dignificando su cultura, existencia material, derechos ancestrales y culturales propios, así como sus derechos en tanto víctimas. (...)</p>
<b>IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS JÓVENES</b>
<b>Ley 375 de 1995</b>
<p>Artículo 2°. Finalidad. Como finalidad la presente ley debe promover la formación integral del joven que contribuya a su desarrollo físico, sicólogo, social y espiritual. A su vinculación y participación activa en la vida nacional, en lo social, lo económico y lo político como joven y ciudadano. El Estado debe garantizar el respeto y promoción de los derechos propios de los jóvenes que le permitan participar plenamente en el progreso de la Nación.</p> <p>Artículo 8°. Comunidades afrocolombianas, indígenas, raizales y campesinas. El Estado colombiano reconoce y garantiza a la juventud de las comunidades afrocolombianas, indígenas, raizales y campesinas el derecho a un proceso educativo, a la promoción e integración laboral y a un desarrollo sociocultural acorde con sus aspiraciones y realidades étnico-culturales.</p>
<b>IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS CAMPESINOS</b>
<b>Ley 160 de 1994</b>
<p>Artículo 1°. Inspirada en el precepto constitucional según el cual es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios y a otros servicios públicos rurales, con el fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de la población campesina, esta Ley tiene por objeto:</p> <p>Primero. Promover y consolidar la paz, a través de mecanismos encaminados a lograr la justicia social, la democracia participativa y el bienestar de la población campesina. (...)</p> <p>Séptimo. Promover, apoyar y coordinar el mejoramiento económico, social y cultural de la población rural y estimular la participación de las organizaciones campesinas en el proceso integral de la Reforma Agraria y el Desarrollo Rural Campesino para lograr su fortalecimiento.</p> <p>Octavo. Garantizar a la mujer campesina e indígena las condiciones y oportunidades de participación equitativa en los planes, programas y proyectos de desarrollo agropecuario, propiciando la concertación necesaria para lograr el bienestar y efectiva vinculación al desarrollo de la economía campesina. (...)</p>

<b>IGUALDAD DE DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD</b>
<b>Ley 324 de 1996</b>
Artículo 5°. El Estado garantizará los medios económicos, logísticos de infraestructura y producción para que la comunidad sorda tenga acceso a los canales locales, regionales y nacionales de la televisión Colombiana para difundir sus programas, su cultura, sus intereses, etc.
Artículo 6°. El Estado garantizará que en forma progresiva en Instituciones Educativas formales y no formales, se creen diferentes instancias de estudio, acción y seguimiento que ofrezcan apoyo técnico – pedagógico, para esta población, con el fin de asegurar la atención especializada para la integración de éstos alumnos en igualdad de condiciones. (...)
Artículo 7°. El Estado garantizará y proveerá la ayuda de intérpretes idóneos para que sea éste un medio a través del cual las personas sordas puedan acceder a todos los servicios que como ciudadanos colombianos les confiere la Constitución. Para ello el Estado organizará a través de Entes Oficiales o por Convenios con Asociaciones de Sordos, la presencia de intérpretes para el acceso a los Servicios mencionados. (...)
<b>Ley 361 de 1997</b>
Artículo 2°. El Estado garantizará y velará por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales.
Artículo 3°. El Estado Colombiano inspira esta ley para la normalización social plena y la total integración de las personas con limitación (...)
Artículo 10°. El Estado Colombiano en sus instituciones de Educación Pública garantizará el acceso a la educación y la capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico para las personas con limitación, quienes para ellos dispondrán de una formación integral dentro del ambiente más apropiado a sus necesidades especiales.
Artículo 22°. El Gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitación, (...)
<b>Ley 380 de 1997</b>
Artículo 1°. Modifíquese el artículo 5° de la Ley 148 de 1961, el cual quedará así: “Los enfermos de Hansen y los llamados curados sociales de Hansen, que reciban el subsidio mensual de tratamiento del Gobierno Nacional, con destino al cubrimiento de sus necesidades básicas, tendrán derecho a que se les pague el equivalente al valor de un salario mínimo mensual legal vigente, a partir del primero (1°) de julio de 1997. (...)
<b>IGUALDAD EN MATERIA DE RELIGIÓN</b>
<b>Ley 133 de 1994</b>
ARTÍCULO 3°. El Estado reconoce la diversidad de las creencias religiosas, las cuales no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la ley que anulen o restrinjan el reconocimiento o ejercicio de los derechos fundamentales. Todas las confesiones religiosas e Iglesias son igualmente libres ante la Ley.
<b>Decreto 1519 de 1998</b>
Artículo 1°. Los internos de los centros penitenciarios y carcelarios del país gozan del derecho a la libertad de cultos y de profesar libremente su religión, así como de difundirla en forma individual o colectiva. Las autoridades penitenciarias y carcelarias deberán permitir sin restricción alguna al libre ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de la seguridad de los centros de reclusión. (...)

<p>Artículo 3º. Los Directores de los establecimientos de reclusión harán respetar la libertad de religión, culto o creencias de los internos así como de los funcionarios del penal.</p> <p>Queda prohibida toda forma de coacción, presión, dádiva o discriminación a los internos para que se adhieran a religiones diversas a las que pertenecen o para que se mantengan en la propia. (...)</p>
<b>REPRESIÓN DEL RACISMO Y OTROS ACTOS DE DISCRIMINACIÓN</b>
<b>Ley 1482 de 2011</b>
<p>Artículo 1º. Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación.</p>
<p>Artículo 3º. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor:</p> <p>Artículo 134 A. 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, 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.</p>
<p>Artículo 4 0. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:</p> <p>Artículo 134 B. 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, 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, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.</p>

## 2.3 Marco de referencia internacional

<b>DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>
<p><b>Pacto internacional de derechos civiles y políticos</b></p> <p>Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966</p>
<p>Artículo 3.</p> <p>Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.</p>
<p>Artículo 14</p> <p>1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. (...)</p>
<p>Artículo 23.</p> <p>(...)</p> <p>4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. (...)</p>
<p>Artículo 24.</p> <p>1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (...)</p>

### Artículo 25.

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

### Artículo 26.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

#### **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales**

Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966

### Artículo 3

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

### Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
- i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; (...)
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; (...)

#### **Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial**

Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965

### Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;
- b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;
- c) Los derechos políticos (...)
- e) Los derechos económicos, sociales y culturales (...)

<p><b>Artículo 6</b>  Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.</p>
<p><b>Artículo 7</b>  Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, (...)</p>
<p><b>Convención sobre la eliminación de todas las formas  de discriminación contra la mujer</b>  Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas,  mediante la Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979</p>
<p><b>Artículo 3</b>  Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.</p>
<p><b>Artículo 4</b>  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, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. (...)</p>
<p><b>Artículo 7</b>  Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país (...)</p>
<p><b>Artículo 10</b>  Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación (...)</p>
<p><b>Artículo 11</b>  1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo (...)</p>
<p><b>Artículo 12</b>  1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. (...)</p>
<p><b>Artículo 13</b>  Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social (...)</p>

### Artículo 14

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios (...)

### Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley. (...)

### Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (...)

### **Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza**

Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, el 14 de diciembre de 1960

### Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:
  - a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
  - b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
  - c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o
  - d) Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana;
 (...)

### Artículo 3

- A fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación en el sentido que se da a esta palabra en la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a:
- a) Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza;
  - b) Adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza; (...)

### Artículo 4

- Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen, además, a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial, a: (...)
- b) Mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada;
- (...)

### **Convenio OIT No. 169**

#### **Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes**

Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989

### Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. (...)

<p><b>Convención americana sobre derechos humanos</b> Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969</p>
<p>Artículo 17. Protección a la familia (...) 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.</p>
<p>Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.</p>
<p>Artículo 24. Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.</p>
<p><b>Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer</b> Adoptada en Belém de Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994</p>
<p>Artículo 6 El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.</p>
<p><b>Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia</b> Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 5 de junio de 2013</p>
<p>Artículo 1 Para los efectos de esta Convención: 1. Discriminación racial 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 racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico. (...)</p>
<p>Artículo 2 Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada.</p>
<p>Artículo 3 Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en el derecho internacional aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo.</p>

<b>Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia</b> Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 5 de junio de 2013
<p>Artículo 1</p> <p>Para los efectos de esta Convención:</p> <p>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.</p> <p>La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.</p> <p>2. Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.</p> <p>3. 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. (...)</p>
<p>Artículo 2</p> <p>Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada.</p>
<p>Artículo 3</p> <p>Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo.</p>
<p>Artículo 4</p> <p>Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>i. El apoyo privado o público a actividades discriminatorias o que promuevan la intolerancia, incluido su financiamiento.</li> <li>ii. La publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material que:                         <ol style="list-style-type: none"> <li>a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia;</li> <li>b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, o promueva o incite a la realización de tales actos.</li> </ol> </li> <li>iii. La violencia motivada por cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1.</li> <li>iv. Actos delictivos en los que intencionalmente se elige la propiedad de la víctima debido a cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1.</li> </ol>

- v. Cualquier acción represiva fundamentada en cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1, en vez de basarse en el comportamiento de un individuo o en información objetiva que lo identifique como una persona involucrada en actividades delictivas.
- vi. La restricción, de manera irracional o indebida, del ejercicio de los derechos individuales de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier tipo en función de cualquiera de los criterios enunciados en el artículo 1.1.
- 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 anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades fundamentales, así como su protección, en igualdad de condiciones.
- viii. Cualquier restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación.
- ix. Cualquier restricción o limitación al uso del idioma, tradiciones, costumbres y cultura de las personas, en actividades públicas o privadas.
- x. La elaboración y la utilización de contenidos, métodos o herramientas pedagógicos que reproduzcan estereotipos o preconceptos en función de alguno de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención.
- xi. La denegación al acceso a la educación pública o privada, así como a becas de estudio o programas de financiamiento de la educación, en función de alguno de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención.
- xii. La denegación del acceso a cualquiera de los derechos sociales, económicos y culturales, en función de alguno de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención.
- xiii. La realización de investigaciones o la aplicación de los resultados de investigaciones sobre el genoma humano, en particular en los campos de la biología, la genética y la medicina, destinadas a la selección de personas o a la clonación de seres humanos, que prevalezcan sobre el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana, generando cualquier forma de discriminación basada en las características genéticas. (...)
- xv. La restricción del ingreso a lugares públicos o privados con acceso al público por las causales recogidas en el artículo 1.1 de la presente Convención.



## 3.1 Corte Constitucional

- i. El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación no impiden que la ley fije tratos distintos para personas que se encuentran en una situación que así lo permite. Estos tratos diferenciales no persiguen la finalidad de aquellos que se efectúan con el objetivo de adoptar acciones afirmativas. Sin embargo, ese trato diferencial no puede tener un objetivo que desconozca los principios constitucionales y la naturaleza misma del derecho a la igualdad. En consecuencia, el único fin que se puede buscar con el trato diferencial es garantizar una situación que les permita a las personas ejercer de forma idónea ciertos derechos.

(...) ¿las diferenciaciones establecidas por el legislador con fundamento en la edad de una persona, son “criterios sospechosos” de discriminación o, por el contrario, corresponden a una categoría neutral? Para responder a esa pregunta, esta Corporación comenzará por recordar brevemente cuáles son los factores que permiten determinar si una pauta es o no admisible para regular tratos diferentes a las personas, para luego analizar si la edad, como criterio de diferenciación, está enmarcada en una de las categorías previstas como potencialmente discriminatorias.

28- Esta Corte ha precisado que hay criterios constitucionalmente neutros, y que pueden entonces ser ampliamente utilizados por las autoridades,

5 NOTA DEL AUTOR:

1. La jurisprudencia y doctrina cuyos extractos se transcriben en este capítulo y en el siguiente, fueron seleccionadas buscando, esencialmente, que su contenido tuviera relación directa con los conceptos desarrollados en la sección de preguntas y respuestas, y que contribuyera a la mejor comprensión de los mismos. En tal medida, se pretendió que fuesen documentos representativos. No significa ello, sin embargo, que no exista otra jurisprudencia y doctrina igual o más emblemática. En tal sentido, la seleccionada responde al criterio discrecional del autor.  
 2. Los ordinales i. a iv, de este acápite, así como los ordinales i. a vii, del acápite 3.2, que se presentan en negrillas, no hacen parte de las selecciones transcritas de jurisprudencia. Se incluyen con el único propósito de orientar al lector sobre el contenido que encontrará en cada una de esas selecciones.  
 3. Las transcripciones no introducen modificaciones de contenido en los respectivos textos. Las supresiones de texto se indican con tres puntos suspensivos entre paréntesis. Los números de citas y referencias contenidas en los originales se eliminaron con el propósito de facilitar la lectura del texto y por razones de edición.

pero existen categorías, que han sido denominadas “sospechosas”, por cuanto son potencialmente discriminatorias y por ende se encuentran en principio prohibidas. Y, según la jurisprudencia de esta Corporación, pueden ser consideradas sospechosas y potencialmente prohibidas aquellas diferenciaciones (i) que se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; además (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; en tercer término, esos puntos de vista (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Finalmente, (iv) en otras decisiones, esta Corporación ha también indicado que los criterios indicados en el artículo 13 superior deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias.

29- Conforme, a los anteriores criterios, la consagración de una diferencia de trato por razón de edad no parecer ser constitucionalmente problemática. Así, (i) la edad no es un rasgo permanente de una persona: el dinamismo que le es inherente demuestra todo lo contrario; (ii) no puede afirmarse que históricamente hayan existido prácticas sistemáticas de discriminación fundadas en diferencias de edad, similares a las exclusiones y hostilidades que han sufrido los grupos sociales, por razón de su raza, sexo u origen nacional; (iii) la edad no parece un criterio arbitrario y caprichoso para distribuir derechos y cargas, ya que la madurez de una persona y su condición física suelen tener relaciones con la edad; así, es obvio que no se debe dar el mismo margen de autonomía a un menor que a un adulto, tal y como esta Corte lo ha reconocido en numerosas ocasiones. Y (iv) tampoco está prevista la edad como criterio sospechoso de discriminación, ni en el artículo 13 de la Carta, ni en ninguno de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Así, ni la Declaración Universal, ni la Declaración Americana, ni la Convención Interamericana, ni los pactos de derechos humanos de Naciones Unidas, prevén explícitamente que la edad sea un criterio prohibido para establecer distinciones entre las personas.

30- Pero hay más, no sólo no parece que la Carta prohíba que la ley establezca diferenciaciones por razón de la edad sino que incluso, en ciertos aspectos, sucede todo lo contrario: la Constitución recurre explícitamente a ese criterio para distribuir derechos y obligaciones, y ordena a las autoridades que tomen en cuenta la edad en sus determinaciones. Así, por no citar sino algunos ejemplos, la Carta confiere al legislador la potestad de establecer la edad mínima para contraer matrimonio (CP art. 42), señala que los derechos de ciudadanía suponen que la persona haya accedido a la mayoría de edad (art 98), y confiere un status especial a los derechos de los niños, que no sólo prevalecen sobre los de los demás sino que algunos de ellos, como la salud, son fundamentales, mientras que en el caso de los adultos no tienen ese carácter (CP art. 44). Además, no sólo para acceder a ciertos cargos –como Presidente, Congresista, magistrado del Consejo Superior o Contralor- la Carta exige que la persona tenga una determinada edad (CP arts 172, 177, 191, 255 y 267) sino que también prevé la existencia de la edad de retiro forzoso para ciertos cargos (CP arts 233).

31- Además de lo anterior, en numerosas sentencias, la Corte ha admitido que la edad representa un criterio válido para establecer diferencias de trato. Así, esta Corporación ha señalado que la protección del libre desarrollo de la personalidad de una persona depende de su grado de autonomía, por lo cual está vinculada con la edad, lo cual justifica ciertas injerencias de los padres y de las autoridades en los menores, que serían inadmisibles en los adultos.

Pero incluso entre los mayores de edad, que se presumen todos jurídicamente capaces, esta Corte ha considerado que la ley puede tomar en cuenta la edad como requisito para acceder a ciertos cargos o bienes. (...)

Igualmente, esta Corporación ha concluido que la previsión de 65 años como edad de retiro forzoso no implica una discriminación por razón de la edad ya que es un mecanismo para asegurar una mayor eficiencia en los cargos públicos y para permitir una renovación y rotación en los mismos, lo cual favorece además el igual acceso a esos cargos. (...)

33- El análisis anterior, así como los mencionados precedentes de esta Corporación, sugieren entonces que un trato diferente por razón de la edad no es sospechoso de discriminación y, por ende sólo debe ser sometido a un juicio de igualdad dúctil. Sin embargo, existen otros precedentes de esta misma Corte que muestran que el asunto es más complejo, pues en varias oportunidades esta Corporación ha constatado que existen claras discriminaciones por razón de edad. Y en todos esos casos, la Corte ha adelantado un análisis de igualdad bastante estricto.

Así, la Sentencia C-071 de 1993 MP. Alejandro Martínez Caballero, declaró la inconstitucionalidad de la norma que establecía que para ingresar a la carrera diplomática y consular era necesario tener menos de 30 años. Dijo entonces la Corte:

“En efecto, lo único que poseen las personas menores de treinta (30) años de edad respecto de las demás es juventud y mayor esperanza de vida, que para el efecto es irrelevante y no justifica la discriminación.” (...)

Por su parte, la sentencia SU-224 de 1998, MP Hernando Herrera Vergara, estudió la petición de una madre comunitaria, quien consideraba que el ICBF la había discriminado pues le había cerrado su hogar comunitario, alegando, entre otras cosas, que ella había superado los 55 años, que es la edad máxima prevista por un acuerdo de esa entidad para poder ser madre comunitaria. Si bien la sentencia no amparó a la peticionaria, por cuanto no era claro que la edad hubiera sido la verdadera razón del cierre del hogar comunitario, sin embargo la Corte precisó que “si la única circunstancia para retirar a la demandante era la de haber llegado a la edad máxima de 55 años, se hubiese podido configurar la violación del derecho a la igualdad, en el evento de que ello estuviese suficientemente acreditado por los medios legales pertinentes”.

El anterior criterio sirvió de sustento a la sentencia T-394 de 1999, MP Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, en donde la Corte amparó a un persona de 57 años, a quien una cooperativa de transportes decidió suspenderlo como conductor, únicamente por haber superado los 50 años

de edad, que era el límite previsto por los estatutos de la cooperativa para el ingreso de conductores. La Corte consideró que esa medida era discriminatoria, pues el actor era una persona con plenas capacidades físicas y mentales para desempeñarse como conductor. La sentencia no sólo ordenó a la entidad reintegrar al peticionario en su condición de conductor sino que, además, le exigió ajustar los estatutos a la Constitución. (...)

34- Fuera de los anteriores casos, que sugieren que la edad puede ser en determinados eventos un criterio de diferenciación problemático, existen otras razones sociológicas y normativas que recomiendan al juez constitucional una mayor atención a las diferencias de trato fundadas en esta pauta.

Así, de un lado, no puede desconocerse que existe una tendencia creciente y global a considerar a las personas que han alcanzado cierta edad como “inútiles” o “rezagadas”, llegando al punto de excluirlas de ciertos cargos u oficios por este simple hecho. De otro lado, conviene tener en cuenta que si bien es cierto que en principio no existen en la sociedad grupos totalmente diferenciados y estables de personas de determinada edad, puesto que se trata de una condición cambiante, eso no significa que no puedan existir, al menos temporalmente, prácticas discriminatorias de grupos de cierta edad contra grupos de otra edad. Y esto deriva del hecho de que si bien una persona pudo tener una edad, o sabe que eventualmente llegará a tener otra en un futuro lejano, eso no impide que en ocasiones no llegue realmente a entender las necesidades e intereses de las personas de otra generación. Las posibilidades de discriminación por esta causa son entonces muy reales. (...)

35.- El tema de la edad como criterio de diferenciación no es entonces completamente pacífico en el derecho constitucional contemporáneo, pues si bien, por ciertos aspectos, parece una pauta neutra, a la cual puede recurrir el Legislador con amplia libertad, de otro lado, en la sociedad actual, tiende a tornarse cada vez más en una categoría susceptible de generar discriminaciones, en especial contra las personas de tercera edad. Una obvia pregunta surge: ¿Es posible superar ese impasse y construir una

doctrina sobre el carácter de la edad como criterio de diferenciación, que permita además armonizar la evolución jurisprudencial de esta Corporación? Entra pues la Corte a resolver ese interrogante.

36- Una primera posibilidad sería considerar que la edad no es una categoría prohibida o “sospechosa”, ni tampoco puramente neutral, sino que se sitúa entre estos dos extremos. La edad conformaría entonces un criterio “semisospechoso” o “problemático de diferenciación, conforme a la denominación acuñada por la doctrina y el derecho comparado, de suerte que toda distinción que se funde en esa pauta debería estar sometida a un juicio intermedio de igualdad.

Esta alternativa parece aceptable pues, como esta Corte ya lo había reconocido, no todos los criterios de diferenciación pueden ser clasificados, en forma simple, entre neutrales de un lado, y prohibidos o sospechosos en el otro extremo. Así, esta Corporación, al referirse a los patrones de diferenciación que no son constitucionalmente neutrales, aclaró que “no todas esas pautas son igualmente discriminatorias, por cuanto algunas pueden reunir solamente algunas de las características que tornan un criterio sospechoso, pero no todas, mientras que otros puntos de vista pueden presentar todas esas características. El escrutinio judicial puede ser entonces menos riguroso en el primer caso, que en el segundo”. La idea de que existen criterios “semi-sospechosos” o “problemáticos” para establecer distinciones entre las personas encuentra pues sustento en la Carta y en la jurisprudencia constitucional.

Además, la calificación de la edad como criterio problemático, sujeto a un juicio de igualdad intermedio, parece permitir no sólo una armonización de la jurisprudencia en la materia sino también la construcción de una herramienta hermenéutica aparentemente adecuada para resolver estos casos.

37- A pesar de lo anterior, la Corte considera que no es adecuado someter a un juicio intermedio todo trato diferente fundado en la edad, pues no es lo mismo que la ley exija tener una edad mínima para poder ejercer un oficio o gozar de un beneficio, a que la ley consagre un tope a partir del

cual ya no se puede desarrollar una actividad o gozar de un beneficio, por las siguientes tres razones: de un lado, las evidencias actuales muestran que la discriminación tiende a dirigirse más en contra de las personas que han superado un umbral cronológico, pues son ellas quienes suelen ser excluidas de empleos o del acceso a ciertos beneficios.

De otro lado, la Constitución admite con mayor claridad que para ejercer ciertos cargos es válido exigir que una persona haya superado una cierta edad, a fin de asegurar una cierta madurez.

Finalmente, si bien la edad es una característica variable de la persona, por el contrario la superación de una determinada edad se convierte en un rasgo permanente, del cual el propio individuo no puede deshacerse. Así, quien sobrepasa los treinta años, se vuelve una persona mayor de treinta años por el resto de su existencia, mientras que quien aún no ha llegado a esa edad, no significa que será un menor de treinta años por el resto de su vida.

Todo lo anterior muestra que no todas las diferenciaciones por razón de la edad deben ser tratadas de la misma manera, ya que mientras no parece potencialmente discriminatorio que la ley exija edades mínimas para ciertos efectos, por el contrario resulta mucho más problemático que la ley establezca límites máximos a partir de los cuáles a una persona se le prohíbe realizar determinada actividad. Esto explica, en cierta medida, que esta Corte haya constatado discriminaciones por razón de edad únicamente en casos en donde se impedía a ciertas personas ejercer un oficio o acceder a una carrera después de cierta edad, mientras que esta Corporación ha admitido regulaciones que establecían una edad mínima para poder ejercer un cierto cargo. Y específicamente, al explicar por qué era discriminatorio que la ley prohibiera a los mayores de 30 años ingresar a la carrera diplomática, mientras que era legítimo que se exigiera tener 30 años para ser notario, esta Corporación dijo:

“Como ya se ha dicho, la norma hoy examinada se ubica en una hipótesis enteramente distinta. No fija una edad máxima sino mínima y además no supedita a ella la carrera, pues el menor de treinta años no queda excluido de la posibilidad de prestar sus servicios como notario –lo que podrá hacer

cuando cumpla el requisito-, y por ende su situación difiere claramente de la que, a la luz de la norma declarada inexecutable en la transcrita sentencia, se presentaba para los aspirantes al ejercicio diplomático. Estos, cuando arribaban a los treinta años quedaban irremediabilmente excluidos, de por vida, de toda opción de seguir la carrera de sus preferencias.

El aspirante a notario, en cambio, solamente deberá esperar a cumplir un requisito razonable, impuesto por la ley con miras al interés general.”.

38.- A la luz de lo expuesto, concluye la Corte que una diferenciación con fundamento en la edad, no puede ser tachada como sospechosa de discriminación cuando se establecen mínimos para el ejercicio de una actividad. En cambio, ella se torna más problemática si fija topes (máximos) a partir de los cuales no podrá ejercerse una actividad, sencillamente porque la edad se convierte ahora en rasgo permanente de la persona y del cual no podrá prescindir voluntariamente. Y, además, las evidencias sociológicas tienden a mostrar que las prácticas discriminatorias contemporáneas tienden a recaer primariamente sobre aquellas personas que han superado un cierto umbral cronológico. Así las cosas, la Corte concluye que cuando la ley establece requisitos mínimos para realizar una labor o recibir un beneficio, esa regulación está sujeta a un juicio de igualdad dúctil, mientras que deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas aquellas normas que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Estas últimas regulaciones están entonces sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio. Con estas pautas, entra entonces la Corte a examinar específicamente la expresión acusada. (...)<sup>6</sup>

- ii. El otorgamiento de tratos diferentes entre grupos de personas beneficiarias de medidas de justicia transicional, no necesariamente viola el derecho a la igualdad. Tal distinción está permitida si el trato diferencial en cuestión resulta idóneo para lograr un propósito constitucional.

(...) Se tiene por lo tanto que el límite temporal previsto en el artículo tercero, no es una fecha arbitrariamente excluyente porque precisamente cubre la época en la cual se produjo el mayor número de violaciones a las normas de derechos humanos y de derechos internacional humanitario, el período histórico de mayor victimización.

Por otra parte la no inclusión de las víctimas anteriores a esa fecha respecto del goce de las medidas reparatorias de índole patrimonial no las invisibiliza, ni supone una afrenta adicional a su condición, como sugieren algunos intervinientes, pues precisamente el mismo artículo en su párrafo cuarto hace mención de otro tipo de medidas de reparación de las cuales son titulares, que éstas no tengan un carácter patrimonial no supone un vejamen infringido por la ley en estudio, pues una reflexión es este sentido supone dar una connotación negativa a las reparaciones que no sean de índole económica, la cual a su vez supone una división de las medidas de reparación que no se ajusta a los instrumentos internacionales en la materia.

No se puede olvidar que las leyes de justicia transicional tienen límites temporales porque precisamente hacen referencia a la transición de un período histórico a otro, por lo tanto las limitaciones temporales son una característica intrínseca de este tipo de cuerpos normativos, que siempre suponen un ejercicio de configuración legislativa. (...)

Como punto de partida es preciso aclarar que la disposición acusada establece un tratamiento diferenciado entre dos grupos de personas: (i) las que sufrieron daños con ocasión de hechos posteriores al primero de enero de 1985, titulares de las medidas de reparación señaladas en este cuerpo normativo y (ii) quienes sufrieron daños por hechos anteriores a esa fecha quienes tienen derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la misma ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas (párrafo 4 del artículo 3 de la Ley 1148 de 2011). El criterio de distinción lo constituye una fecha el primero de enero de 1985.

En primer lugar habría que verificar si las dos categorías de sujetos son comparables, al respecto se tiene que se trata de personas que han sufrido daños como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, antes del primero de enero de 1985 y con posterioridad a esa fecha, por lo tanto se trata de sujetos que están en una situación semejante, al menos en lo que hace referencia a su condición de víctimas y por lo tanto hay lugar a adelantar el juicio de igualdad.

Considera esta Corporación que para examinar la supuesta vulneración del derecho a la igualdad debe adoptarse una metodología que privilegie el margen de configuración legislativo, por tratarse de un asunto en el cual no hay hitos históricos definitivos que permitan sustituir la opción adoptada luego de un amplio debate al interior del cuerpo representativo. Se considera entonces que, si bien están en juego los derechos de las víctimas a la reparación de índole patrimonial, en todo caso en esta materia, por las razones previamente expuestas, el juez constitucional debe ser respetuoso del margen de configuración legislativa, pues como antes se dijo la fecha adoptada fue el resultado de un amplio consenso al interior del Congreso de la República, luego de haber sido exploradas distintas alternativas.

Por lo tanto se debe examinar si el tratamiento diferenciado persigue una finalidad constitucionalmente legítima y si es idóneo para alcanzarla. Al respecto se tiene que la limitación temporal persigue distintos propósitos, algunos relacionados con la racionalidad económica y otros que trascienden estas consideraciones y tienen que ver con la especial gravedad y virulencia de una etapa del conflicto armado interno y la necesidad de darle un tratamiento especial. No obstante, para efecto del presente proceso y debido a los argumentos expuestos por los congresistas durante el trámite de la ley, de los que se dio cuenta previamente, se entenderá que la finalidad que persigue el proyecto es preservar la sostenibilidad fiscal.

Estado garantice la prestación y el disfrute del conjunto de derechos reconocidos en la Constitución, en el marco del cual se desarrolla el proceso democrático de fijación de prioridades y de adopción de políticas públicas para lograr las metas trazadas, sin desconocer, en ningún caso, los derechos reconocidos en la Constitución. (...) <sup>7</sup>

- iii. Las leyes no pueden redactarse utilizando conceptos o expresiones que, por ser contrarias al respeto de la dignidad humana, puedan crear un contexto favorable a la discriminación y segregación de ciertas personas, o permitir y estimular prácticas y situaciones que violan el derecho a la igualdad.

(...) 14. Existe una línea jurisprudencial consolidada por esta Corporación, relativa a las funciones del lenguaje jurídico y la posibilidad que sus ámbitos valorativos y de validación lleguen a vulnerar derechos y valores constitucionales, en especial la igualdad y la dignidad humana de los sujetos destinatarios de las prescripciones legales.

Esta doctrina parte de advertir que el lenguaje normativo no se reduce a describir hechos y consecuencias jurídicas, sino que es posible adscribirle tres tipos de funciones definidas. La primera, de índole descriptiva en los términos mencionados. La segunda, de tipo valorativo, a través de la cual las normas, lejos de tener un carácter neutro, en realidad categorizan, arbitran y definen situaciones específicas, imponiéndoles determinado criterios que las promueven, rechazan, discriminan o distinguen de otras. La tercera, que puede definirse como de validación, refiere al papel que cumple el derecho, en general, y las normas jurídicas en particular, en la creación de realidades: las normas jurídicas tienen la función de constituir estándares para la conducta, a través de la definición de aquellos comportamientos permitidos y otros prohibidos. Si esas normas tienen tal estatus, sus expresiones validan como parámetro jurídico, y por ello coactivo, lo que ellas expresen. Esto más aún si se tiene en cuenta que estos preceptos son producto de procedimientos democráticos de formación, esto es,

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 250 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, <http://www.alcaldia bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=47773> Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2013

acuerdos representativos sobre lo que se estima correcto, incorrecto, objeto de afianzamiento o de rechazo. Por lo tanto, ese precedente comparte identidad teórica con las propuestas que desde la filosofía del lenguaje afirman que las expresiones del lenguaje natural, código que comparte el Derecho, no solo son descriptivas sino que construyen la realidad, en tanto califican y explican el ámbito fáctico.

Esta ha sido la posición de la Corte, al indicar que como consecuencia de la comprobación de las mencionadas funciones del lenguaje jurídico, el legislador debe mostrarse especialmente cuidadoso en la elección de los términos que integrarán las expresiones normativas, pues los mismos pueden llegar a legitimar opciones valorativas incompatibles con la Constitución. De forma correlativa, a pesar que el control de constitucionalidad se concentra primariamente en los enunciados normativos y no en los textos legales considerados en su perspectiva formal, la Corte está facultada para analizar la exequibilidad de expresiones que, al mostrarse incompatibles en su significación con los postulados superiores, deben ser excluidas del ordenamiento jurídico.

14.1. Con todo, ese mismo precedente ha señalado que esta decisión de inexecutable debe en cualquier caso acompañarse con la vigencia del principio de conservación del derecho, esto más aún cuando las mencionadas expresiones legales, si bien son intrínsecamente problemáticas en términos de la vigencia de los derechos fundamentales, en todo caso suelen estar insertas en enunciados normativos que cumplen con finalidades constitucionalmente admisibles. Así, ante la necesidad de satisfacer el principio de conservación del derecho en estos casos, la Corte también ha optado, cuando ello ha sido posible, por la exequibilidad condicionada de las expresiones acusadas o por la adopción de sentencias aditivas. (...)

15. En lo que respecta a esta decisión, interesa concentrarse en aquellos casos en que la Corte ha declarado la inconstitucionalidad o la exequibilidad condicionada de expresiones normativas referidas a posiciones jurídicas predicables de las personas en situación de discapacidad, que al impo-

nerles tratamientos peyorativos o discriminatorios, vulneran sus derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad.

15.1. La sentencia C-983/02 analizó la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en el Código Civil, las cuales (i) calificaban a las personas sordas que no pudiesen darse a entender por escrito como incapaces; y (ii) supeditaban el cese de la curaduría del incapaz a que, entre otros requisitos, el interdicto no oyente demostrara “suficiente inteligencia” para la administración de su patrimonio.

La Corte, entre otros asuntos, declaró inexecutable la mencionada expresión “suficiente inteligencia”, en la medida que resultaba discriminatoria y contraria a la dignidad humana de las personas con discapacidad auditiva. Esto debido a que las equiparaba, en razón de su discapacidad, como faltas de discernimiento, lo que no solo era infundado, sino también violatorio de sus garantías constitucionales mínimas. (...)

15.2. En la decisión C-478/03, este Tribunal declaró la inexecutable de distintas expresiones contenidas en el Código Civil y referidas a diversas posiciones jurídicas de las personas con discapacidad mental, a saber: “furiosos locos”, “mentecatos”, “imbecilidad, idiotismo y locura furiosa”, y “casa de locos”. La Corte, luego de hacer un análisis del contenido y alcance de los derechos de las personas en situación de discapacidad, en especial a la luz de los tratados de derechos humanos que integraban en ese momento del bloque de constitucionalidad, concluyó que dichas expresiones eran inconstitucionales puesto que se mostraban abiertamente contrarias a la dignidad humana y a la igualdad ante la ley de dichas personas. Para ello, la Sala consideró que a pesar que estas disposiciones respondían a la terminología de la época en que se redactó el Código Civil, e incluso varias de ellas cumplían finalidades admisibles, en tanto protectoras de las personas con discapacidad, la actual comprensión de esos términos era inexorablemente peyorativa y contraria a los derechos constitucionales referidos a dichos individuos. Por ende, debían retirarse del ordenamiento jurídico.

15.3. Un problema jurídico similar fue objeto de estudio por la Corte en la sentencia C-1088/04. En esa oportunidad se declaró la inexequibilidad de la expresión “si la locura fuere furiosa o si el loco” contenidas en el artículo 548 del Código Civil. Esto a partir de un análisis análogo al antes mencionado, de acuerdo con el cual se constata la incompatibilidad entre tales conceptos y los derechos de las personas con discapacidad mental, habida cuenta de su carga valorativa. En dicha decisión, la Sala expresó lo siguiente:

“En las condiciones indicadas, si bien en el momento en que la codificación napoleónica incorporó a la ley una terminología referida a los discapacitados, que luego fue replicada por los sistemas legales de su área de influencia; si bien en ese momento, se dice, tales expresiones no tenían el sentido peyorativo y discriminatorio que hoy se advierte, el correr de los tiempos hizo que esa terminología, no sólo perdiera toda capacidad descriptiva en el ámbito científico sino, que, además, con la variación de los parámetros de legitimidad de los poderes públicos, llegara a contrariar la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales como nuevas razones de civilidad.

En este orden de ideas, frente a un sistema político y jurídico que afianza la legitimidad del poder público en el respeto irrestricto que merece la persona humana como un ser con múltiples potencialidades en vías de realización, ya no puede manejarse la lógica discursiva de hace dos siglos. En este momento, los derechos humanos son el fundamento y límite de los poderes constituidos y la obligación del Estado y de la sociedad es respetarlos, protegerlos y promoverlos. De allí que al poder político ya no le esté permitido aludir a los seres humanos, sea cual sea su condición, con una terminología que los despoje de su dignidad, que los relegue al derecho de cosas. Mucho más cuando se trata de personas discapacitadas pues a ellas también les es inherente su dignidad de seres humanos y, dada su condición, deben ser objeto de discriminación positiva y de protección e integración social.

No puede perderse de vista que las normas demandadas generan una discriminación cierta contra las personas con discapacidad mental. En efecto, el contenido expresivo del modo peyorativo de las expresiones “loco” o “locura furiosa” ubica el asunto de la discapacidad mental en un ámbito de división entre la normalidad y la anormalidad, en el cual se excluye a los discapacitados de su condición de personas con iguales condiciones y derechos, situación que es diametralmente opuesta al cumplimiento de los deberes positivos de promoción hacia las personas que por su condición mental están en condiciones de debilidad manifiesta y que son impuestos al Estado por el artículo 13 Superior.

9. En este marco, es evidente la ilegitimidad de una norma jurídica que se refiera a la discapacidad mental como “locura furiosa” y a quien la padece como “loco”, que lo haga aún en un momento de la historia en que tales expresiones han perdido toda significación clínica y en el que se han dotado de una carga emotiva que instrumentaliza y discrimina a las personas con discapacidad mental. Es decir, expresiones de esa índole, susceptibles de un uso emotivo que resulta jurídicamente degradante y discriminatorio, no son compatibles con los fundamentos de una democracia constitucional y deben ser retiradas del ordenamiento jurídico.”

15.4. Por último, la sentencia C-804/09, a la cual se hizo referencia en el fundamento jurídico 12, declaró que la expresión “idoneidad física” comprendida como requisito de los adoptantes, al poder ser interpretada desde una perspectiva subjetiva, era constitucional. Ello debido a que esa fórmula hermenéutica no permitía inferir una prohibición genérica para adoptar respecto de las personas en situación de discapacidad. En contrario, si se llegaba erróneamente a ese particular entendimiento, sí se afectarían las garantías constitucionales de esta población. (...)

16. En conclusión, la Corte ha admitido el control de constitucionalidad de expresiones normativas que, al referirse a posiciones jurídicas predicables de las personas en situación de discapacidad, vulneran su digni-

dad humana o su igualdad. En la mayoría de los casos analizados por la jurisprudencia, esa afectación tiene lugar cuando dichas expresiones (i) incorporan tratos discriminatorios o peyorativos, generalmente en razón de su anacronismo; (ii) imponen prohibiciones genéricas e injustificadas para que las personas en situación de discapacidad ejerzan derechos o facultades jurídicas de diversa naturaleza; o, lo que resulta especialmente relevante para esta decisión (iii) invisibilizan y/o exotizan a las personas con situación de discapacidad, contrastándolas con un pretendido parámetro de “normalidad”, en contra del mandato de inclusión y reconocimiento para esa población, que se derivan de las normas que, al declarar derechos humanos, hacen parte del bloque de constitucionalidad. (...) <sup>8</sup>

- iv La igualdad de los hijos concebidos dentro y fuera del matrimonio no se predica solamente frente a la ley. El derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como sus garantías, también protege a los hijos dentro de la familia, entre hermanos y, especialmente, frente a los padres.

(...) 3.2. Para la jurisprudencia constitucional, el derecho a la igualdad en el marco de las relaciones familiares tiene un impacto importante y busca ante todo garantizar que los hijos no serán sometidos a tratos discriminatorios. Precisamente, el desarrollo jurisprudencial en esta materia se ha ocupado en especial de la discriminación sistemática a la que social y legalmente se sometió, y aún se somete, en Colombia a los hijos habidos por fuera del matrimonio. El derecho a la igualdad tiene clara repercusión en el ámbito de las relaciones familiares, pues tal como lo prescribe el inciso 4° del artículo 42 de la Carta, “[l]os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. (...)

En este orden de ideas, se observa que, en virtud de la prescripción constitucional según la cual los hijos habidos en el matrimonio y los habidos fuera de él gozan de los mismos derechos, la jurisprudencia constitucional

ha rechazado cualquier forma de discriminación entre ellos, esto es, cualquier diferencia de trato que se base únicamente en que los unos son hijos nacidos dentro de un matrimonio y los otros no.

3.3 De otro lado, si bien la Constitución impide discriminar entre hijos, no exige que todos los hijos sean tratados de manera idéntica por sus progenitores. Ello es no solo imposible – y quizás pedagógicamente inconducente – sino que la igualdad permite que las diferencias de personalidad entre los hijos reciban también respuestas y tratamientos diferentes de los padres, consultando el interés de los hijos y respetando su derecho al desarrollo libre e integral, entre otros derechos. Sin embargo, estas diferencias no pueden fundarse en si los hijos fueron habidos dentro o fuera del matrimonio. Ese criterio de distinción constituye una discriminación por razón del origen familiar prohibida por el artículo 13 superior. (...)

Los derechos de los niños, las libertades de todos los miembros de la familia, así como las garantías especiales de protección a las personas de la tercera edad y a los discapacitados, por una parte, demandan que el juez de tutela intervenga en el seno del grupo familiar para evitar, por ejemplo, abusos físicos o psicológicos. La familia es un santuario, pero no un santuario vedado al juez ni inmune a los mandatos constitucionales. Un juez no puede, por ejemplo, so pretexto del respeto a la intimidad de la familia, hacer ojos ciegos a los casos en los que menores son sometidos a tratos crueles e inhumanos o a vejaciones degradantes. Pero por otra parte, como ya se anotó, la Constitución también demanda al juez de tutela consideración para la intimidad familiar. Los padres tienen un amplio margen para decidir cómo desean educar a sus hijos. No todos los miembros de una familia son iguales, tienen las mismas cualidades, los mismos defectos o el mismo carácter. La Constitución confió a los padres la decisión de cuál debe ser el trato que debe recibir cada uno de los hijos para su adecuada formación. En virtud de garantías tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 15 de la C.P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P.), y el derecho a la familia (art. 42 de la C.P.), la vida familiar sólo puede ser objeto de la intervención del juez constitucional en los casos en los que haya razones

de suficiente entidad para ello, porque se evidencian transgresiones al orden constitucional, en especial porque se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de quienes la componen, sin que exista un medio judicial alternativo de protección.

3.4 Así pues, el derecho a la igualdad entre los hijos no garantiza que a todos se les deba dar exactamente el mismo trato y acceso a oportunidades idénticas; el derecho a la igualdad garantiza que a ninguno de los hijos, sistemáticamente, se le dé un trato inferior al de los demás o se le excluya, total o parcialmente, de las oportunidades a las que éstos tienen acceso. Un padre o una madre pueden tener preferencias en ciertos aspectos respecto de ciertos hijos, y en otros aspectos respecto de otros. Por ejemplo, una madre o un padre, legítimamente, puede brindar más oportunidades a quien las ha sabido aprovechar. Lo que les está vedado a los padres es imponer tratos discriminatorios, y excluir del acceso a las oportunidades sistemáticamente a un hijo en razón, por ejemplo, a su raza, su sexo o a si fue concebido dentro de un matrimonio o no.

Por eso, cabe preguntarse cuándo una diferenciación entre hijos es constitucionalmente legítima y cuándo no lo es por comportar una discriminación.

Para que, entre hijos, una diferencia de trato o la exclusión del acceso a una oportunidad sea considerada discriminatoria el juez de tutela puede acudir a varios criterios, los cuales han de ser apreciados en su conjunto, caso por caso. A continuación se enuncian estos criterios y luego se resolverá el problema jurídico con base en ellos.

(a) Si el trato diferente o la exclusión de una oportunidad *es notorio*. Respecto de los hijos, la diferencia en el acceso a las oportunidades o en la forma como se les trata cuando es clara y manifiesta puede indicar que hay una discriminación. Pero este criterio por sí solo es insuficiente.

rente, por ejemplo, limita, restringe o condiciona en cualquier sentido un derecho constitucional, o desconoce valores y principios constitucionales. De lo contrario, no estarían comprometidos intereses constitucionalmente protegidos. Así, por ejemplo, la afectación de derechos constitucionales existe en el ámbito de la educación escolarizada, pero ella no es apreciable en la asignación de un lujo.

(c) Si la *afectación de tales derechos o valores constitucionales es grave*, es decir, si limita o impide a alguno de los hijos el acceso a un bien o servicio de los que otros disfrutaban, con repercusiones negativas respecto de sus condiciones de vida o su desarrollo personal, lo cual le causa un perjuicio en un sentido más amplio que el meramente patrimonial.

(d) Si la *diferencia de trato o la exclusión del acceso a una oportunidad se basa en un juicio de desvalor*, es decir, en la estimación de que un hijo vale más o menos que los demás (por ejemplo: cuando se actúa suponiendo que “como él es hijo habido fuera del matrimonio es menos valioso, y por tanto merece menos”). Todos los hijos, sean del matrimonio o no, tienen igual valor y son igualmente dignos.

(e) Si la diferencia de trato o la exclusión de una oportunidad *carece de alguna razón legítima que pueda justificarla*. Por ejemplo, si un padre decide matricular a uno de los hijos, luego de que lo expulsaron por bajo rendimiento académico del colegio de sus hermanos, en un plantel de menor calidad que la de aquel en el cual siguen estudiando sus hermanos, con el propósito de que aprenda a valorar la educación de buena calidad, no puede afirmarse que la diferencia de trato carezca de una razón legítima que la justifique. Si bien esta decisión puede ser contraproducente y contraria a lo que algunas teorías educativas aconsejarían, la determinación del padre no carece de alguna razón, así ésta no sea pedagógicamente adecuada. No obstante, el juez debe estar atento a que no se adopten decisiones que se basen en prejuicios sociales o generalizaciones parcializadas apresuradas. No sería racional, por ejemplo, que un padre justificara la decisión de pagar únicamente los estudios de educación superior a su hijo, con base en el absurdo supuesto de que su hija, por ser mujer, no tendría éxito y no

acabaría la carrera. Una situación así no puede ser tolerada por un juez, aún si quien la comete, cree de buena fe en ese prejuicio. No obstante, es preciso indicar que el juez de tutela ha de ser muy cuidadoso para evitar que las discriminaciones puedan ser disfrazadas como opciones racionales bien fundadas.

(f) Como la prueba de estos criterios puede ser difícil, el juez de tutela puede apreciar los hechos en cada caso a la luz del contexto dentro del cual han ocurrido con el fin de valorar si sucedieron en un contexto discriminatorio. Se presenta un *contexto discriminatorio* cuando se constata la existencia de alguno de los siguientes elementos:

(f-i) *Un ánimo discriminatorio*, es decir, el propósito reflejado en una serie de manifestaciones externas de causarle consecuencias negativas a un hijo, a diferencia de los demás. El ánimo discriminatorio no es la razón íntima y privada que llevó al padre o la madre a tratar diferente a uno de sus hijos. Su identificación no demanda una búsqueda psicológica hasta hallar “el verdadero motivo”, “el verdadero pensamiento o sentimiento que explica todo”. El ánimo discriminatorio puede ser constatado por un observador externo a partir de hechos objetivos.

Esto lleva a otro elemento que puede indicar la existencia de un contexto discriminatorio: (f-ii) la *reiteración de la conducta*. La discriminación no se da cuando en alguna ocasión, y por una única vez, el padre prefirió a uno de sus hijos y le dio algún beneficio frente a los demás. Un contexto discriminatorio puede existir cuando el juez constata, de parte del padre o de la madre o de ambos, un patrón de conducta mediante el cual un hijo soporta cargas excesivas, es excluido de beneficios y oportunidades, es relegado o marginado, es destinatario específico de decisiones que tienen un impacto negativo sobre él o ella.

No descarta sin embargo esta Sala la posibilidad de que en un caso concreto la magnitud de la afectación a los derechos y valores constitucionales y la evidencia del ánimo discriminatorio sea tal, que no sea indispensable

para el juez indagar en extenso las conductas asumidas por los padres en el pasado.

En tercer lugar, un claro indicador de un contexto discriminatorio se presenta cuando (f-iii) el trato diferencial o la exclusión de una oportunidad se funda en un criterio sospechoso. Aunque será tan sólo en el caso concreto que el juez podrá determinar si en efecto existe o no discriminación, cuando el trato diferente del cual se queja un hijo tiene por sustento una de las categorías enunciadas en el artículo 13 de la Constitución y consideradas como “sospechosas”, el análisis debe ser más cuidadoso, por cuanto es probable que éste obedezca a un prejuicio, no a una decisión legítima. Los criterios sospechosos de clasificación son aquellos que tradicionalmente han sido empleados en el pasado para excluir a ciertos grupos sociales, tales como la raza, el sexo, la religión o la ubicación social. Como se mencionó antes, en el contexto de las relaciones familiares entre padres e hijos, si el hijo nació en el marco de una relación matrimonial o no, ha sido una de las fuentes más importantes de discriminación, la cual suele coincidir además, con una discriminación por razón de ubicación social. En el presente fallo, por ejemplo, se ha decidido deliberadamente clasificar a las personas según las categorías de hijo matrimonial y extramatrimonial, por la carga emotiva y simbólica que han heredado de las expresiones “hijo natural” o “hijo ilegítimo”, palabras con las que comúnmente se apartaba, alejaba y menospreciaba a ciertos niños y a ciertas niñas. El que el trato diferente o la exclusión de una oportunidad se funde en un criterio sospechoso, si bien no es razón suficiente para considerar que hay discriminación, sí es un indicador de mucho peso de que existe un contexto discriminatorio. (...) <sup>9</sup>

### 3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

- i. El principio de igualdad y de no discriminación no solamente ampara el ejercicio de los derechos humanos, cualquiera sea el ámbito de libertad que estos protegen. Este principio reviste tal importancia

<sup>9</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 288 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-288-03.htm> Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2013.

que se ha convertido en principio no solamente del derecho internacional de los derechos humanos, sino también en principio general de derecho internacional. Además, constituye norma de *jus cogens*.

(...) 181. El artículo 23 de la Convención ordena que:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

182. El artículo 24 de la Convención Americana dispone que:  
Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. (...)

184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. 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.

185. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

186. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe. (...)

194. El artículo 23 de la Convención consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad. (...)

196. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

197. El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política.

198. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.

199. La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

200. El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

### 3) Obligación de garantizar el goce de los derechos políticos

201. La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales. (...)<sup>10</sup>

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de Junio de 2005, <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/casos-contenciosos/38-jurisprudencia/681-corte-idh-caso-yatama-vs-nicaragua-excepciones-preliminares-fondo-reparaciones-y-costas-sentencia-de-23-de-junio-de-2005-serie-c-no-127> Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013.

- ii. El principio de igualdad obliga a los Estados no solamente a adoptar medidas para superar las situaciones de desventaja que afectan a ciertas personas. También los obliga a prevenir los perjuicios que pueden profundizar esas situaciones.

(...) 177. En razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a dichas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados como sujetos de derechos humanos, su situación puede ser entendida como una condición individual *de facto* de desprotección respecto del resto de personas que se encuentren en situaciones semejantes. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión social, que se presenta en el contexto histórico específico del conflicto armado interno en Colombia, y conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de los desplazados a los recursos públicos administrados por el Estado. Dicha condición es reproducida por prejuicios culturales que dificultan la integración de los desplazados a la sociedad y pueden llevar a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

178. En relación con esa situación de desigualdad, es pertinente recordar que existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de *jus cogens* y es fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno e impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones. En cumplimiento de dichas obligaciones, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, así como 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.

179. En los términos de la Convención Americana, la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares. (...) <sup>11</sup>

iii. El derecho a la igualdad obliga a los Estados a abstenerse de adoptar disposiciones que puedan tener efectos discriminatorios.

(...) 140. La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.

141. La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005, <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/casos-contenciosos/38-jurisprudencia/696-corte-idh-caso-de-la-qmasacre-de-mapiripan-vs-colombia-sentencia-de-15-de-septiembre-de-2005-serie-c-no-134> Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013.

142. Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad. (...)

155. La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

156. De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

- a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;
- b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y
- c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron. (...)

163. La Corte considera que al presentarse ante la Oficialía del Estado Civil y realizar la solicitud de inscripción tardía las niñas hicieron exigible su derecho a la nacionalidad, para lo cual cumplieron con la presentación

de la constancia de nacimiento y de la cédula de sus madres, que eran los dos requisitos que se les debía aplicar, conforme a la legislación interna pertinente y de acuerdo a sus edades (...). Pese a lo anterior, el Estado rechazó la solicitud, y denegó la nacionalidad dominicana a las presuntas víctimas. (...)

164. Este Tribunal observa que la solicitud de inscripción tardía de nacimiento fue denegada con fundamento en el incumplimiento de la presentación de once o doce requisitos, los cuales no eran los exigibles a los niños menores de 13 años de edad, y que fueron aplicados a las niñas, pese a que al momento de la solicitud Dilcia Yean tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años de edad. (...)

165. Se debe hacer notar que la edad es el criterio legal utilizado en la República Dominicana para diferenciar la aplicación de requisitos para la solicitud de inscripción tardía de nacimiento. Bajo la legislación aplicable, las niñas Yean y Bosico no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad que pudiera justificar el agravamiento de las exigencias para el registro de su nacimiento. La aplicación a las presuntas víctimas de los requisitos que no les correspondían como menores de 13 años de edad, fue violatoria de la regulación interna sobre la materia y les impuso una carga de prueba desproporcionada e indebida.

166. La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos.

libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado.

168. Además, este Tribunal considera que el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a las niñas Yean y Bosico, se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas. (...)

171. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, la República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Dilcia Yean y Violeta Bosico, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana. Los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad.

172. Este Tribunal encuentra que en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas, lo cual, a su vez, les impuso una situación de continua vulnerabilidad que perduró hasta el 25 del septiembre de 2001, es decir, después de la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por la República Dominicana.

173. La Corte considera que la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad Igualdad y No Discriminación por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino

que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva). (...) <sup>12</sup>

iv La obligación de respetar el derecho a la igualdad impone al Estado dos tipos de deberes: de una parte, abstenerse de violarlo y, de otra, adoptar las medidas de todo tipo que se hagan necesarias para garantizarlo materialmente, en especial, dentro de aquellas instituciones que ejercen un fuerte control sobre la persona y crean ambiente propicio para múltiples violaciones de derechos humanos.

(...) 103. La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

104. En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales, como era el caso del señor Damião Ximenes Lopes. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar

12 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia de 23 de noviembre de 2006, <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/casos-contenciosos/38-jurisprudencia/688-corte-idh-caso-de-las-ninas-yeany-bosico-vs-republica-dominicana-sentencia-de-8-de-septiembre-de-2005-serie-c-no-130> Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013.

a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.

105. Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. (...)

107. En los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando infligidas a esas personas afectan su integridad psíquica, física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad. (...)

110. Al analizar las violaciones a la vida y a la integridad personal en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, la Corte se remitirá a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, instrumento que forma parte del marco normativo de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano y que fue ratificado por el Estado el 15 agosto de 2001, como fuente de interpretación para determinar las obligaciones del Estado en relación con la Convención Americana en el presente caso. (...) <sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/casos-contenciosos/38-jurisprudencia/734-corte-idh-caso-ximenes-lopes-vs-brasil-sentencia-de-4-de-julio-de-2006-serie-c-no-149> Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013.

- v El principio de igualdad obliga al Estado a reconocer que los pueblos indígenas deben ser tratados como una comunidad titular de derechos.

(...) 102. Dos argumentos adicionales e interrelacionados presentados por el Estado respecto del por qué no ha reconocido y protegido, legalmente, los sistemas de posesión de la tierra de los pueblos indígenas y tribales se refieren a las supuestas dificultades y sensibilidades de las cuestiones comprendidas, y la inquietud que gira en torno a que la legislación a favor de los pueblos indígenas y tribales puede ser percibida como una actitud discriminatoria hacia el resto de la población. En cuanto a la primera cuestión, la Corte observa que el Estado no puede abstenerse de cumplir con las obligaciones internacionales de acuerdo con la Convención Americana simplemente porque le es difícil hacerlo. La Corte comparte la inquietud del Estado en cuanto a lo complejo de las cuestiones relacionadas con este tema; sin embargo, el Estado tiene el deber de reconocer el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka, en el marco de su sistema colectivo de propiedad, y establecer los mecanismos necesarios para hacer efectivo a nivel interno el derecho consagrado en la Convención, según lo ha interpretado este Tribunal en su jurisprudencia.

103. Asimismo, es improcedente el argumento del Estado en cuanto a que es discriminatorio aprobar una ley que reconozca las formas comunales de posesión de la tierra. Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida. La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres (...). Por ello, es improcedente el argumento del Estado respecto de su incapacidad para crear legislación en esta área debido a la presunta complejidad de la cuestión o la posible naturaleza discriminatoria de dicha legislación. (...)

166. La Corte ha analizado anteriormente el derecho de personas particulares a obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención Americana. De este modo, la Corte lo ha definido como el derecho a ser reconocido legalmente como sujeto de derechos y obligaciones. Es decir, el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”. La Corte también ha manifestado que la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros. En especial, la Corte ha observado que “el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”. La cuestión que se plantea en el presente caso es si se puede aplicar este criterio al pueblo Saramaka como grupo y no, meramente, como individuos. (...)

174. En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Esto puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso

y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley. (...) <sup>14</sup>

- vi El principio de igualdad obliga a los Estados a abstenerse de adoptar medidas que puedan tener propósitos o efectos discriminatorios y a derogar aquellas que produzcan tales resultados

(...) I. Introducción de la Causa

1. El 17 de junio de 2003, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua (en adelante “el Estado” o “Nicaragua”), la cual se originó en la denuncia N° 12.388, recibida en la Secretaría de la Comisión el 26 de abril de 2001.

2. La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (en adelante “YATAMA”). Según lo alegado por la Comisión, dichas personas fueron excluidas de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur (en adelante “la RAAN” y “la RAAS”), como consecuencia de la resolución emitida el 15 de agosto de 2000 por el Consejo Supremo Electoral. En la demanda se indicó que las presuntas víctimas presentaron diversos recursos contra dicha resolución y, finalmente, el 25 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Justicia de

14 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/casos-contenciosos/38-jurisprudencia/771-corte-idh-caso-del-pueblo-saramaka-vs-surinam-interpretacion-de-la-sentencia-de-excepciones-preliminares-fondo-reparaciones-y-costas-sentencia-de-12-de-agosto-de-2008-serie-c-no-185> Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2013.

Nicaragua declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por éstos. La Comisión señaló que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000, como tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó “normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan”. (...)

Consideraciones de la Corte (...)

184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. 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.

185. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

186. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el

Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe. (...)

195. Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Los hechos del presente caso se refieren principalmente a la participación política por medio de representantes libremente elegidos, cuyo ejercicio efectivo también se encuentra protegido en el artículo 50 de la Constitución de Nicaragua. (...)

### 3) Obligación de garantizar el goce de los derechos políticos

201. La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales. (...)

224. La Corte encuentra que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por YATAMA, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, ya que se vieron afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en

condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000. (...) <sup>15</sup>

- vii El principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igualdad, no pierden su vigencia durante situaciones de conflicto armado no internacional y, por lo tanto, el Estado se encuentra obligado a garantizar y respetar ese derecho para los combatientes o posibles combatientes

(...) I. Introducción de la Causa (...)

2. La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte declare que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida) y 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de “al menos 42” reclusos que fallecieron; la violación del artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención, en perjuicio de “al menos 175” reclusos que resultaron heridos y de 322 reclusos “que habiendo resultado ilesos [supuestamente] fueron sometidos a trato cruel, inhumano y degradante”; y por la violación de los artículos 8.1 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de “las [presuntas] víctimas y sus familiares”.

3. Los hechos expuestos por la Comisión en la demanda habrían ocurrido a partir del 6 de mayo de 1992 y se refieren a la ejecución del “Operativo Mudanza 1” dentro del Penal Miguel Castro Castro, durante el cual el Estado, supuestamente, produjo la muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 internos, y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos. Los hechos también se refieren al supuesto trato cruel, inhumano-

<sup>15</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Yatama Vs. Nicaragua., Sentencia de 23 de junio de 2005, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos> Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2013.

no y degradante experimentado por las presuntas víctimas con posterioridad al “Operativo Mudanza 1”. (...)

IX. La Responsabilidad Internacional del Estado en el Contexto del Presente Caso (...)

206. También es preciso resaltar que en el referido informe final de la CVR [Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú] se analizó que, dentro de ese contexto de violaciones a los derechos humanos durante el conflicto interno, las mujeres se vieron afectadas por la violencia de manera diferente a los hombres. La CVR incluyó en su informe un capítulo específico sobre la violencia sexual contra las mujeres y también se refirió a la situación que experimentaron las madres recluidas en centros penitenciarios. Asimismo, en dicho informe se concluyó que durante el conflicto interno y con motivo de éste los agentes estatales fueron responsables de aproximadamente un 83% de los casos de violación sexual contra las mujeres. (...)

223. Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres. Ha sido reconocido por diversos órganos peruanos e internacionales que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”.

224. Es reconocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección.

225. Al respecto, en su Informe Final la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú afirmó que en el conflicto armado existió “una práctica [...] de violaciones sexuales y violencia sexual contra mujeres principalmente”, la cual “es imputable [...] en primer término a agentes estatales [...] y] en menor medida a miembros de los grupos subversivos”. Asimismo, la CVR señaló que durante el referido conflicto los actos de violencia sexual contra las mujeres tenían como objetivos castigar, intimidar, presionar, humillar y degradar a la población.

226. La Corte ha constatado que diversos actos que se dieron en el presente caso en perjuicio de las mujeres respondieron al referido contexto de violencia contra la mujer en dicho conflicto armado (...)

XI. Violación del Artículo 5 (Derecho A La Integridad Personal) de la Convención Americana en Relación con el Artículo 1.1 de la Misma, y en Conexión con los Artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (...)

Consideraciones de la Corte (...)

276. Asimismo, en cuanto a los referidos aspectos específicos de violencia contra la mujer, esta Corte aplicará el artículo 5 de la Convención Americana y fijará sus alcances, tomando en consideración como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por el Perú el 4 de junio de 1996, y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por Perú el 13 de septiembre de 1982, vigente en la época de los hechos, ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana.

A) Respetto de los internos (...)

3) Tratos recibidos en los centros de salud a los que fueron trasladados los internos durante el ataque o una vez terminado éste (...)

303. Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.

304. Se probó que en el Hospital de la Policía los internos heridos, quienes se encontraban en deplorables condiciones, fueron además desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas, y se encontraron vigilados por agentes armados (...).

305. La Corte considera que todos los internos que fueron sometidos durante ese prolongado período a la referida desnudez forzada fueron víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal.

306. En relación con lo anterior, es preciso enfatizar que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas que se ha acreditado que fueron sometidas a ese trato. Asimismo, durante todo el tiempo que permanecieron en este lugar a las internas no se les permitió asearse y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas (...). El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas

con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

307. La Corte hace notar el contexto en el que fueron realizados dichos actos, ya que las mujeres que los sufrieron se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas, y habían sido heridas precisamente por agentes estatales de seguridad.

308. El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles, cuyos nombres se encuentran incluidos en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma. (...) <sup>16</sup>

<sup>16</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos> Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2013.



Las opiniones consultivas OC – 4/84 de 1984 y OC – 18/03 de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el Informe 4/01 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Observación general No. 18 del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas; las observaciones generales 16 y 20 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales y la Recomendación general No. XXV del Comité para la eliminación de la discriminación racial, desarrollan de manera general el alcance y contenido del principio de igualdad y no discriminación. También ofrecen una exposición básica de los estándares relativos a la garantía y el respeto del derecho a la igualdad.

Debe señalarse, sin embargo, que dichos documentos no son los únicos relevantes en la materia. Cabe mencionar, por ejemplo, que además de las opiniones consultivas extractadas en el presente capítulo también tienen relevancia las opiniones OC-11/90 de 1990, OC-16/9 y OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos primeras abordan temas relacionados con el derecho a la igualdad en el acceso a la justicia y en el debido proceso. La tercera, con los derechos de los niños y, dentro de ellos, su protección contra la discriminación y la realización de la igualdad. La opinión OC-18/03, aquí transcrita parcialmente, también contiene reglas sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, en general, y a los migrantes indocumentados en particular.

---

<sup>17</sup> Las transcripciones de los documentos citados en este capítulo no introducen modificaciones de contenido. Las supresiones de texto se indican con tres puntos suspensivos entre paréntesis. Los números de citas y referencias contenidas en los originales se eliminaron con el propósito de facilitar la lectura del texto y por razones de edición.

También son pertinentes las observaciones generales 4 y 32 del Comité de derechos humanos. La primera aborda el asunto de la igualdad de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos. La segunda, el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. Asimismo, son importantes las recomendaciones generales del Comité para la eliminación de la discriminación racial. En estas se ha estudiado el sentido de los artículos 1, 3, 4, 5, 6 y 9 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*. Igualmente se han examinado los temas de la protección de los refugiados y los desplazados; los derechos de los pueblos indígenas; la discriminación de los romaníes; la discriminación basada en la ascendencia; la discriminación contra los no ciudadanos, y la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal.

Las recomendaciones generales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, también deben ser tenidas en cuenta si se pretende tener un panorama completo sobre los estándares que rigen la garantía y el respeto del derecho a la igualdad. Este comité ha estudiado el alcance de la definición de violencia contra la mujer que hace el artículo 1 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; la naturaleza de la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares; la igualdad de la mujer en la vida política y pública y la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en la salud.

Las observaciones generales del Comité de los derechos del niño contribuyen de forma similar, al estudio del derecho a la igualdad. Hacen parte de esas observaciones, entre otras, las relacionadas con el VIH/SIDA y los

derechos del niño; la protección de los niños contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes; los derechos de los niños con discapacidad; los derechos de los niños indígenas y el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Otro documento doctrinal que también aporta al estudio del derecho a la igualdad es el *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* No. 66/06 de octubre de 2006, en el que se examina el asunto de la discriminación racial en razón del empleo. Igualmente aportan los informes de los mecanismos públicos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; del Grupo de trabajo de expertos sobre los afrodescendientes; de la Relatora especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud incluidas sus causas y consecuencias; del Relator especial sobre la libertad de religión o de creencias; del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; del Relator especial sobre los derechos humanos de las personas internamente desplazadas; de la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías y del Relator especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.

Por último, también se deben tener presentes la Declaración y Programa de acción de Durban, que adoptó en 2001 la *Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia* y el estudio *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer, con los principios de igualdad y no discriminación* que preparó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1999.

## 4.1 Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

- i. Opinión consultiva OC – 4/84 del 19 de enero de 1984 – Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica

(...) 52. Tanto las disposiciones del proyecto sometido a la interpretación de la Corte, como el propio texto constitucional vigente, contienen diferencias de tratamiento respecto a las condiciones de adquisición de la nacionalidad costarricense por naturalización. En efecto, los párrafos 2 y 3 del artículo 14 del proyecto establecen plazos distintos de residencia oficial como requisito para la adquisición de la nacionalidad, según el aspirante tenga o no la nacionalidad por nacimiento de otros países de Centroamérica, España e Iberoamérica. Por su lado, el párrafo 4 del mismo artículo dispone ciertas condiciones especiales de naturalización para “la mujer extranjera” que case con costarricense. Aun cuando, si bien con diferente entidad y sentido, esas distinciones están también presentes en el vigente artículo 14 de la Constitución, es necesario preguntarse si las mismas no constituyen hipótesis de discriminación, incompatibles con los textos pertinentes de la Convención.

53. El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

54. Por su lado el artículo 24 de la Convención establece

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

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

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.

55. 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 que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” [Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23<sup>rd</sup> July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el

contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.

59. En esa perspectiva, la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no

puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense.

60. A la luz de los criterios expresados, un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla a favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar.

61. Menos evidente es la procedencia de la distinción que se hace en los párrafos 2 y 3 del artículo 14 del proyecto de reforma, entre los centroamericanos, iberoamericanos y españoles según lo sean por nacimiento o naturalización. En efecto, siendo la nacionalidad un vínculo que existe por igual en unos y otros, la diferenciación propuesta parece basarse en el lugar de nacimiento y no en la cultura del aspirante a obtener la nacionalidad. Sin embargo, las normas mencionadas podrían expresar más bien un grado de prevención respecto del rigor con el cual los otros Estados hubieran podido conceder su nacionalidad a quienes ahora aspiran a cambiarla por la costarricense y que en consecuencia no constituiría suficiente garantía de aproximación a los valores e intereses de la comunidad costarricense, el hecho de haber obtenido previamente la naturalización española o de otros países de Centroamérica o Iberoamérica. Ese criterio podría quizás ser discutido desde puntos de vista que la Corte no entrará a considerar, aunque resulta más difícil de comprender si se tienen en cuenta los otros requisitos que tendría que cumplir el aspirante según el artículo 15 del pro-

yecto. Pero no puede concluirse que el proyecto contenga una orientación inequívocamente discriminatoria.

62. Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país.

63. El proyecto de reforma, dentro de su marcada tendencia restrictiva, introduce también nuevos requisitos que han de cumplir quienes soliciten naturalizarse. El artículo 15 propuesto exige entre otras cosas que se demuestre saber “hablar, escribir y leer” el idioma español y que se rinda “un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores”. Estas exigencias se sitúan, prima facie, dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad, respecto de cuáles han de ser y cómo deben valorarse las condiciones que garanticen la existencia de vínculos efectivos y reales que fundamenten la adquisición de la nueva nacionalidad. Desde esa perspectiva, no puede considerarse irrazonable e injustificado que se exija demostrar aptitud para la comunicación en la lengua del país, ni tan siquiera, aunque con menor claridad, que se llegue a exigir “hablar, escribir y leer” la misma. Lo mismo puede decirse del “examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores”. No obstante, la Corte no puede menos que advertir que, en la práctica, y dado el amplio margen para la evaluación que inevitablemente rodea a pruebas o exámenes como los requeridos por la reforma, tales procedimientos pueden llegar a ser vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios, y a constituir instrumentos de políticas discriminatorias que, aunque no se desprendan directamente de la ley, podrían producirse como consecuencia de su aplicación.

64. El cuarto párrafo del artículo 14 del proyecto otorga ciertas consideraciones especiales para la obtención de la nacionalidad a “la mujer extranjera que case con costarricense”. En este aspecto, se mantiene la fórmula de la Constitución vigente, que establece la incidencia del matrimonio como determinante en el cambio de la nacionalidad solamente de la mujer y no del varón. Este criterio o sistema se ha basado en el llamado principio de la unidad familiar, que descansa en dos postulados: por una parte, la conveniencia de que todos los miembros de la familia ostenten la misma nacionalidad y, por la otra, la “potestas” paterna en relación con los hijos menores, por depender éstos normalmente del padre e inclusive la potestad marital que otorga facultades privilegiadas al marido, por ejemplo en lo referente a la autoridad para fijar el domicilio conyugal o para administrar los bienes comunes. De este modo, el privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad se presenta como una consecuencia de la desigualdad conyugal.

65. En el primer tercio del presente siglo se inicia un movimiento contra estos principios tradicionales, tanto por el reconocimiento de la capacidad decisiva de la mujer, como por la difusión de la igualdad de los sexos dentro del concepto de la no discriminación por razón del mismo. Esta evolución, que se puede comprobar con un análisis de derecho comparado, encuentra su impulso determinante desde el plano internacional. En el ámbito americano, el 26 de diciembre de 1933, se celebró el Convenio de Montevideo sobre la Nacionalidad de la Mujer, que en su artículo 1 estableció: “No se hará distinción alguna, basada en el sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica” [“Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, 3-26 diciembre 1933”. En Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936. Washington, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938, pág. 452]. También el Convenio sobre Nacionalidad suscrito en la misma fecha, en Montevideo igualmente, determinó en su artículo 6: “Ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos” [...]. Por su parte, la Declaración Americana en su artículo II estableció: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los deberes y derechos consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Es-

tos mismos principios han sido incorporados en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 3.j) de la Carta de la OEA.

66. En esa tendencia se inscribe lo dispuesto en el artículo 17.4 de la Convención, según el cual

Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Concordando esta disposición con la norma general que establece la igualdad ante la ley, según el artículo 24, y la prohibición de toda discriminación en razón de sexo prevista en el artículo 1.1, puede establecerse que este artículo 17.4 es la aplicación concreta de tales principios generales al matrimonio.

67. En consecuencia, la Corte interpreta que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio. En este aspecto, sin perjuicio de otras observaciones que se hicieron al texto de la resolución propuesta por los diputados dictaminadores [...], ésta expresa el principio de igualdad conyugal y, en consecuencia, se adecúa mejor a la Convención. Según ese proyecto tales condiciones serían aplicables no sólo a “la mujer extranjera” sino a toda “persona extranjera” que case con costarricense. (...) <sup>18</sup>

ii. Opinión consultiva OC – 18/03 del 17 de septiembre de 2003 – Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

18 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 - Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, solicitada por el gobierno de Costa Rica, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas> Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2013.

(...) VI. Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos Humanos y Carácter Fundamental del Principio de Igualdad y No Discriminación

82. Una vez establecida la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, este Tribunal procederá a referirse a los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación.

83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (...), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”.

84. En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

86. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales.

El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

87. El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. La Corte Interamericana ha entendido que:

[l]a 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 que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva

y razonable”. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.

90. Al respecto, la Corte Europea indicó también que:

“Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 (art.14). Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 (art.14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.”

“En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de

las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención.” (...)

96. Conforme a lo anteriormente expuesto, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados.

#### Carácter fundamental del Principio de Igualdad y No Discriminación

97. La Corte procede ahora a considerar si este principio es de *jus cogens*.

98. El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens superviniente*, al señalar que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.

99. En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. 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. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En 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*.

### Efectos del Principio de Igualdad y No Discriminación

102. De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación.

103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

104. Además, 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.

105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

107. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio. (...)

109. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

110. Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (...), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.<sup>19</sup>

iii. Comisión Interamericana de Derechos Humanos - María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, Caso N° 11.625 - Informe N° 4/01

## I. Hechos Denunciados

1. El 22 de febrero de 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión”) recibió una petición de fecha 8 de

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 - Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/opiniones-consultivas/38-jurisprudencia/247-corte-idh-condicion-juridica-y-derechos-de-los-migrantes-indocumentados-opinion-consultiva-oc-1803-de-17-de-septiembre-de-2003-serie-a-no-18> Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2013.

febrero de 1995 en la que se alegaba que los artículos 109, 110, 113, 114, 115, 131, 133, 255 y 317 del Código Civil de la República de Guatemala (en adelante, “el Código Civil”), que definen el papel de cada cónyuge dentro del matrimonio, establecen distinciones entre hombres y mujeres que son discriminatorias y violatorias de los artículos 1.1., 2, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención Americana”).

2. Los peticionarios, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y María Eugenia Morales de Sierra, indicaron que el artículo 109 del Código Civil confiere al marido la representación conyugal, en tanto que el artículo 115 establece las instancias excepcionales en las que esta autoridad puede ser ejercida por la esposa. El artículo 131 faculta al esposo para administrar el patrimonio conyugal, en tanto que el artículo 133 dispone las excepciones limitadas a esta norma. El artículo 110 se refiere a las responsabilidades dentro del matrimonio, confiriendo a la esposa “el derecho y la obligación” especial de cuidar de los hijos menores y del hogar. El artículo 113 dispone que una mujer casada sólo puede ejercer una profesión o tener un empleo cuando ello no perjudique sus funciones de madre y ama de casa. Afirman que, de acuerdo con el artículo 114, el marido puede oponerse a las actividades fuera del hogar de la mujer toda vez que la sustente y tenga razones justificadas. En caso de controversia respecto a lo anterior, corresponderá la decisión a un juez. El artículo 255 confiere al marido la responsabilidad primaria de representar a los hijos de la unión matrimonial y de administrar sus bienes. El artículo 317 dispone que, por virtud de su sexo, la mujer puede ser eximida del ejercicio de ciertas formas de tutela.

3. Los peticionarios declararon que la constitucionalidad de estas disposiciones jurídicas se había impugnado ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el caso 84-92. En respuesta a ello, la Corte había dictaminado que las distinciones eran constitucionales pues, entre otras cosas, ofrecían certeza jurídica en la asignación de las funciones dentro del matrimonio. Los peticionarios solicitaron que la Comisión determinara que esas disposiciones del Código Civil son incompatibles in abstracto con las garantías dispuestas en los artículos 1.1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana. (...)

## VI. Consideraciones sobre el Fondo

### Consideraciones iniciales

28. Desde el comienzo, conviene señalar que, pese a la presentación de varios proyectos de reforma ante las comisiones del Congreso de Guatemala encargadas de pronunciarse sobre tales iniciativas, a la fecha del presente Informe, los artículos pertinentes del Código Civil siguen vigentes en la República de Guatemala. En pocas palabras, el artículo 109 dispone que la representación conyugal corresponde al marido, aunque ambos cónyuges tienen igual autoridad dentro del hogar. El artículo 110 estipula que el marido tiene ciertas obligaciones de proteger y asistir a la esposa, en tanto ésta tiene el derecho y la obligación especiales de cuidar de los hijos menores y del hogar. El artículo 113 establece que la esposa puede ejercer una profesión o tener otras responsabilidades fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus responsabilidades en el hogar. El artículo 114 establece que el marido puede oponerse a que la esposa desempeñe actividades fuera del hogar cuando brinde un sustento adecuado del hogar y tenga “motivos suficientemente justificados”. De ser necesario, un juez resolverá las disputas que puedan plantearse en este aspecto. El artículo 115 afirma que la representación conyugal puede ser ejercida por la esposa cuando el marido no lo hace, particularmente cuando abandone el hogar, se encuentre detenido o ausente por otras razones. El artículo 131 establece que el marido administrará el patrimonio conyugal. El artículo 133 establece excepciones a esta norma sobre la misma base establecida en el artículo 115. El artículo 255 dispone que, en los casos en que el marido y la esposa ejerzan la patria potestad, el marido representará a los menores y administrará sus bienes. El artículo 317 establece que ciertas clases específicas de personas pueden ser exceptuadas de ejercer algunas formas de tutela, incluidas, entre otras, las mujeres. (...)

31. El derecho a igual protección de la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana exige que la legislación nacional acuerde las protecciones sin discriminación. Las diferencias de tratamiento en circunstancias por lo demás similares, no necesariamente son discriminatorias. Una distinción que se basa en “criterios razonables y objetivos” podría servir

un interés legítimo del Estado en conformidad con las disposiciones del artículo 24. En realidad, podría ser necesaria para hacer justicia o proteger a personas que requieren la aplicación de medidas especiales. Una distinción basada en criterios razonables y objetivos (1) persigue un propósito legítimo y (2) emplea medios proporcionales al fin que se busca.

32. De acuerdo con el estatus de Guatemala como Estado parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana, es preciso señalar que el artículo 15(1) de aquella exige que los Estados partes garanticen la igualdad del hombre y la mujer ante la ley. El artículo 15(2) especifica que la mujer debe merecer la misma capacidad jurídica que los hombres en los asuntos civiles, en particular respecto de la concertación de contratos y la administración de bienes, y las mismas oportunidades para ejercer esa condición. La discriminación contra la mujer, de acuerdo con la definición de esta Convención, es:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición, respondiendo, como lo hace, a causas y consecuencias específicas de discriminación por género, abarca formas de desventaja sistemática que afectan a la mujer que podrían no haber estado contempladas en normas anteriores.

33. En las actuaciones ante la Comisión, el Estado no ha controvertido el hecho de que los artículos 109, 110, 113, 114, 115, 131, 133, 255 y 317 del Código Civil crean, entre la mujer casada y el hombre casado, distinciones que se basan en el sexo; en realidad, ha reconocido que algunos aspectos de las disposiciones impugnadas son incongruentes con las disposiciones sobre igualdad y no discriminación de la Constitución, la Convención

Americana y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (...)

36. La Comisión observa que las garantías de igualdad y no discriminación consagradas en la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reflejan bases esenciales del propio concepto de derechos humanos. Como lo ha afirmado la Corte Interamericana, estos principios se desprenden “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y [son] inseparable[s] de la dignidad esencial de la persona”. Las distinciones estatutarias basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso. Lo que la Corte y la Comisión Europeas han afirmado también rige para las Américas, es decir, que dado que “el avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante”, (...) “tendrían que mediar razones de mucho peso” para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo.

37. Las distinciones de género objeto de estudio han sido defendidas dentro del marco del derecho interno esencialmente sobre la base de la necesidad de la certeza y seguridad jurídicas, de la necesidad de proteger el hogar y a los hijos, respecto de valores guatemaltecos tradicionales, y, en ciertos casos, de la necesidad de proteger a la mujer en su calidad de esposa y madre. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad no intentó probar la validez de estos asertos o sopesar otras posiciones, y la Comisión no está persuadida de que las distinciones citadas sean siquiera congruentes con los objetivos articulados. Por ejemplo, el hecho de que el artículo 109 excluya a la mujer casada del ejercicio de la representación conyugal, excepto en circunstancias extremas, no contribuye a una administración ordenada de la justicia ni favorece su protección, la de su hogar o la de sus hijos. Por el contrario, priva a la mujer casada de la capacidad jurídica necesaria para invocar la protección judicial que una administración ordenada de la justicia y la Convención Americana exigen esté a disposición de toda persona.

38. Al exigir que la mujer casada -en este caso María Eugenia Morales de Sierra- dependa de su marido para representar a la unión, los términos del

Código Civil imponen un sistema en el que la capacidad de aproximadamente una mitad de la población de las personas casadas para actuar en una serie de cuestiones esenciales está subordinada a la voluntad de la otra mitad. El efecto global de las disposiciones impugnadas es denegar a la mujer casada su autonomía legal. El hecho de que el Código Civil prive a María Eugenia Morales de Sierra, como mujer casada, de la capacidad legal a la que otros guatemaltecos tienen derecho, hace vulnerables sus derechos a una violación sin recurso.

39. En el caso actual, la Comisión considera que las distinciones basadas en el género establecidas en los artículos impugnados no pueden justificarse y contravienen el derecho de María Eugenia Morales de Sierra establecido en el artículo 24. Esas restricciones tienen efecto inmediato y se plantean sencillamente en virtud del hecho de que las disposiciones citadas están vigentes. Como mujer casada, se le han negado en base a su sexo protecciones de que gozan los hombres casados y otros guatemaltecos. Las disposiciones que impugna restringen, entre otras cosas, su capacidad jurídica, su acceso a los recursos, su posibilidad de concertar cierto tipo de contratos (vinculados, por ejemplo, al patrimonio conyugal), de administrar esos bienes y de invocar recursos administrativos o judiciales, y tienen el efecto ulterior de reforzar las desventajas sistemáticas que impiden la capacidad de la víctima para ejercer una serie de otros derechos y libertades. El caso de María Eugenia Morales de Sierra y protección a la familia: igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades en el matrimonio.

El caso de María Eugenia Morales de Sierra y protección a la familia: igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades en el matrimonio:

40. El artículo 17(1) de la Convención Americana establece los derechos vinculados a la vida familiar de acuerdo con la disposición de que, como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, la familia “debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional,

aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que “se dificulte la propia esencia del derecho”. El artículo 17(4), que deriva del artículo 16(1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, especifica que “[l]os Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges” en el matrimonio y en su disolución. A este respecto, el artículo 17(4) es la “aplicación concreta” del principio general de igual protección y no discriminación en el matrimonio, del artículo 24.

41. En el caso de Guatemala y de otros Estados partes, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer especifica las medidas que deben adoptarse para garantizar una igualdad sustantiva en la legislación sobre la familia y las relaciones familiares. De acuerdo con el artículo 16 de esa Convención, los Estados partes deben garantizar, entre otras cosas, sobre la base de la “igualdad entre hombres y mujeres”, los mismos derechos y deberes con respecto al ejercicio de la custodia y otros tipos de tutela de los hijos; los “mismos derechos personales... a elegir apellido, profesión y ocupación”; y los mismos derechos con respecto a la propiedad, administración y disposición de los bienes.

42. Los peticionarios han indicado que los citados artículos del Código Civil impiden a la esposa y al marido el ejercicio equitativo de sus derechos y el pleno cumplimiento de sus responsabilidades en el matrimonio. María Eugenia Morales de Sierra alega que, aunque su vida familiar se basa en el principio del respeto recíproco, el hecho de que la ley atribuya autoridad exclusiva a su marido en la representación conyugal y de los hijos menores, crea un desequilibrio en el peso de la autoridad ejercida por cada cónyuge dentro del matrimonio, desequilibrio que puede percibirse dentro de la familia, la comunidad y la sociedad. Si bien la víctima, como madre, tiene el derecho y el deber de proteger los mejores intereses de sus hijos menores, la ley le quita la capacidad legal para ello.

43. Como se señaló, los artículos impugnados del Código Civil establecen distintas funciones para cada cónyuge. El marido es responsable del sus-

tento financiero del hogar y la mujer es responsable del cuidado del hogar y de los hijos (artículo 110). La esposa puede trabajar fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus funciones legalmente definidas en él (artículo 113), en cuyo caso, su marido tiene derecho a oponerse a dichas actividades (artículo 114). El marido representa a la unión conyugal (artículo 109), controla el patrimonio conyugal (artículo 131), representa a los hijos menores y administra sus bienes (artículo 255). La Corte de Constitucionalidad caracterizó la reglamentación del matrimonio por el Estado como fuente de certeza y seguridad jurídica para cada cónyuge y defendió la distinción de funciones sobre la base de que las normas establecen preferencias que no son discriminatorias, sino protectoras. y administra sus bienes (artículo 255). La Corte de Constitucionalidad caracterizó la reglamentación del matrimonio por el Estado como fuente de certeza y seguridad jurídica para cada cónyuge y defendió la distinción de funciones sobre la base de que las normas establecen preferencias que no son discriminatorias, sino protectoras.

44. La Comisión halla que, lejos de asegurar la “igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades” dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia de jure para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal

sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres. “Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes”.

45. En el caso de la Sra. Morales de Sierra, la Comisión concluye que los artículos impugnados obstaculizan el deber del Estado de proteger a la familia al imponer un régimen que impide que la víctima ejerza sus derechos y cumpla sus responsabilidades dentro del matrimonio en pie de igualdad con su esposo. El Estado no ha adoptado las medidas para garantizar la igualdad de derechos y equilibrar las responsabilidades dentro del matrimonio. En consecuencia, en este caso, el régimen conyugal vigente es incompatible con las disposiciones del artículo 17(4) de la Convención Americana, leído con referencia a los requisitos del artículo 16(1) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (...) <sup>20</sup>

## 4.2 Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

### i. Observación general No. 18 del Comité de derechos humanos - No discriminación

1. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condi-

<sup>20</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 4/01 - Caso 11.625 - María Eugenia Morales de Sierra – Guatemala, 19 de enero de 2001, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm> Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2013.

ción social. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. En efecto, la no discriminación constituye un principio tan básico que en el artículo 3 se establece la obligación de cada Estado Parte de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos enunciados en el Pacto. Si bien el párrafo 1 del artículo 4 faculta a los Estados Partes para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinadas obligaciones contraídas en virtud del Pacto, ese mismo artículo exige, entre otras cosas, que dichas disposiciones no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Además, el párrafo 2 del artículo 20 impone a los Estados Partes la obligación de prohibir por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación.

3. Debido a su carácter básico y general, el principio de no discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley a veces se establecen expresamente en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos. El párrafo 1 del artículo 14 establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y el párrafo 3 del mismo artículo dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas enunciadas en los incisos a) a g) de este último párrafo. Análogamente, el artículo 25 prevé la igualdad de participación de todos los ciudadanos en la vida pública, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2. (...)

go, en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se establece que la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. De igual manera, en el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se establece que la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (...)

7. Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, 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.

8. Sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. A este respecto, las disposiciones del Pacto son explícitas. Por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 6 prohíbe que se imponga la pena de muerte a personas de menos de 18 años de edad. El mismo párrafo prohíbe que se aplique dicha pena a las mujeres en estado de gravidez. De la misma manera, en el párrafo 3 del artículo 10 se requiere que los delincuentes menores estén separados de

los adultos. Además, el artículo 25 garantiza determinados derechos políticos, estableciendo diferencias por motivos de ciudadanía y de edad. (...)

10. El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.

11. Tanto en el párrafo 1 del artículo 2 como en el artículo 26 se enumeran motivos de discriminación tales 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. El Comité 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.

12. Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que

establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.

13. Por último, el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto. (...) <sup>21</sup>

ii Observación general No. 16 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales

(...) 6. La esencia del artículo 3 del Pacto es que la mujer y el hombre deben disfrutar en pie de igualdad de los derechos enunciados en él, noción que lleva en sí un sentido sustantivo. Si bien en las disposiciones constitucionales, las leyes y los programas de los gobiernos se puede hallar la expresión de igualdad de trato formal, el artículo 3 preceptúa también que los hombres y las mujeres disfrutarán en la práctica por igual de los derechos enunciados en el Pacto.

7. El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad

21 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación general N° 18 - No discriminación, [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN18](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN18) Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2013.

si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.

8. La igualdad sustantiva de hombres y mujeres no se logrará sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género. Al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres.

9. Según el artículo 3, los Estados Partes deben respetar el principio de la igualdad en la ley y *ante* la ley. El legislador en el desempeño de su función ha de respetar el principio de igualdad en la ley, velando por que la legislación promueva el disfrute por igual de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los hombres y las mujeres. En cuanto al principio de igualdad ante la ley, habrá de ser respetado por los órganos administrativos y jurisdiccionales, con la conclusión de que dichos órganos deben aplicar la ley por igual a hombres y mujeres.

#### B. No discriminación

10. El principio de no discriminación es el corolario del principio de igualdad. A reserva de lo que se indica en el párrafo 15 *infra* sobre medidas especiales de carácter temporal, prohíbe tratar de manera diferente a una persona o grupo de personas a causa de su estado o situación particulares, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otras condiciones como la edad, la pertenencia étnica, la discapacidad, el estado civil y la situación de refugiado o migrante.

11. Constituye discriminación contra la mujer “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menos-

cabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera” (...). La discriminación por sexo se puede basar en la diferencia de trato que se da a la mujer por razones biológicas, como la negativa a contratar mujeres porque pueden quedar embarazadas, o en supuestos estereotípicos como orientar a la mujer hacia empleos de bajo nivel porque se considera que la mujer no está dispuesta a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre.

12. Se produce discriminación directa cuando la diferencia de trato se funda directa y expresamente en distinciones basadas de manera exclusiva en el sexo y en características del hombre y de la mujer que no pueden justificarse objetivamente.

13. Se produce discriminación indirecta cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando las mujeres están en situación desfavorable frente a los hombres en lo que concierne al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes. La aplicación de una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla.

14. El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que

el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad. (...) <sup>22</sup>

iii. Observación general No. 20 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales

(...) 7. La no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto. El artículo 2.2 dispone que los Estados partes garantizarán el ejercicio de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna, y solo puede aplicarse en conjunción con esos derechos. Cabe señalar que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso.

8. Para que los Estados partes puedan “garantizar” el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo:

- a) Discriminación formal. Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos; por ejemplo, las leyes deberían asegurar iguales prestaciones de seguridad social a las mujeres independientemente de su estado civil.
- b) Discriminación sustantiva. Abordando únicamente la forma no se conseguiría la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2. En el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un

22 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N° 16 - La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3), [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14) Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2013

grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales.

9. Para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria.

10. Tanto las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto:

- a) Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio

y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada).

- b) La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.

#### Esfera privada

11. A menudo se observan casos de discriminación en la familia, el lugar de trabajo y otros sectores de la sociedad. Por ejemplo, los actores del sector privado de la vivienda (como los propietarios de viviendas privadas, los proveedores de crédito o los proveedores de viviendas públicas) pueden negar directa o indirectamente el acceso a una vivienda o a hipotecas por motivos de etnia, estado civil, discapacidad u orientación sexual, mientras que algunas familias pueden negarse a escolarizar a sus hijas. Los Estados partes deben por lo tanto aprobar medidas, incluidas leyes, para velar por que los individuos y entidades no apliquen los motivos prohibidos de discriminación en la esfera privada.

#### 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.

#### Alcance que puede tener la diferencia de trato

13. Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva

para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos. La falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario.

14. En derecho internacional se infringe el Pacto al no actuar de buena fe para cumplir la obligación enunciada en el artículo 2.2 de garantizar que los derechos reconocidos en el Pacto se ejerzan sin discriminación. Los Estados partes pueden contravenir el Pacto mediante una omisión o una acción directa, o incluso por conducto de sus instituciones u organismos en los planos nacional y local. Los Estados partes deben asegurarse asimismo de no incurrir en prácticas discriminatorias en la asistencia y la cooperación internacionales, y adoptar medidas para velar por que los actores sometidos a su jurisdicción tampoco lo hagan.

### III. Motivos prohibidos de discriminación

15. En el artículo 2.2 se enumeran como motivos prohibidos de discriminación “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”. La inclusión de “cualquier otra condición social” indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría. Más adelante se analizan los motivos expresos y varios motivos implícitos comprendidos en la categoría de “cualquier otra condición social”. Los ejemplos de trato diferencial que se presentan en esta sección son meramente ilustrativos y no pretenden reflejar la totalidad de los posibles tratos discriminatorios existentes en relación con el motivo prohibido en cuestión ni demostrar que ese trato preferencial es discriminatorio en toda circunstancia.

### Pertenencia a un grupo

16. Al determinar si alguien está comprendido en una categoría respecto de la cual existen uno o más motivos prohibidos de discriminación, la decisión se basará, a menos que exista una justificación para no hacerlo, en la autoidentificación del individuo en cuestión. La pertenencia también incluye la asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos (por ejemplo, el hecho de ser progenitor de un niño con discapacidad) o la percepción por otras personas de que un individuo forma parte de uno de esos grupos (por ejemplo, en el caso de una persona cuyo color de piel se asemeje al de los miembros de un grupo o que apoye los derechos de un grupo o haya pertenecido a ese grupo).

### Discriminación múltiple

17. 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.

### A. Motivos expresos

18. El Comité ha planteado permanentemente la preocupación respecto de la discriminación formal y sustantiva con respecto a muy diversos derechos del Pacto en contra de los pueblos indígenas y las minorías étnicas, entre otros.

### Raza y color

19. El Pacto y muchos otros tratados, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, prohíben la discriminación por motivos de “raza y color”, lo que incluye el origen étnico de las personas. La utilización del término “raza” en el Pacto o en la presente observación general no implica la aceptación de teorías que tratan de probar la existencia de razas humanas distintas.

### Sexo

20. El Pacto garantiza la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto al goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde

la aprobación del Pacto, el concepto de “sexo” como causa prohibida ha evolucionado considerablemente para abarcar no solo las características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones. De este modo, constituirían discriminación la negativa a contratar a una mujer porque pueda quedar embarazada o asignar predominantemente empleos de bajo nivel o a tiempo parcial a mujeres por considerar, de forma estereotipada, que no están dispuestas a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre. La denegación de la licencia de paternidad puede constituir también discriminación respecto de los hombres.

#### Idioma

21. La discriminación por motivos de idioma suele guardar estrecha relación con el trato desigual por motivos de origen nacional o étnico. Las barreras lingüísticas pueden dificultar el goce de muchos de los derechos culturales reconocidos en el Pacto, incluido el derecho a participar en la vida cultural garantizado en el artículo 15. Por lo tanto, la información sobre los servicios públicos, por ejemplo, debe estar disponible, en la medida de lo posible, en las lenguas minoritarias, y los Estados partes deben asegurarse de que todo requisito lingüístico en las esferas del empleo y la educación se base en criterios razonables y objetivos.

#### Religión

22. El término religión debe entenderse de forma amplia, de conformidad con el derecho internacional. Este motivo prohibido de discriminación comprende la religión o creencia que se elija (o el hecho de no profesar ninguna), individualmente o en una comunidad, que se manifieste pública o privadamente en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. Puede haber discriminación religiosa, por ejemplo, cuando no se da acceso a una minoría religiosa a la universidad, al empleo, o a los servicios de atención de salud a causa de su religión.

#### Opinión política o de otra índole

23. Las opiniones políticas y de otra índole son a menudo motivo de trato discriminatorio, que incluye tanto el hecho de tener y manifestar opinio-

nes como la pertenencia a asociaciones, sindicatos o partidos políticos sobre la base de la afinidad de opiniones. Por ejemplo, el acceso a planes de asistencia alimentaria no debe estar subordinado a la manifestación de adhesión a un partido político determinado.

#### Origen nacional o social

24. El “origen nacional” se refiere al Estado, la nación o el lugar de origen de una persona. Esas circunstancias pueden determinar que una persona o un grupo de personas sufran una discriminación sistémica en el ejercicio de los derechos que les confiere el Pacto. El “origen social” se refiere a la condición social que hereda una persona, como se examina en mayor profundidad más adelante en el contexto de la discriminación por motivos relacionados con la “posición económica”, la discriminación basada en la ascendencia como parte de la discriminación por “nacimiento” y la discriminación por motivos relacionados con la “situación económica y social”.

#### Posición económica

25. La posición económica, como motivo prohibido de discriminación, es un concepto amplio que incluye los bienes raíces (por ejemplo, la propiedad o tenencia de tierras) y los bienes personales (por ejemplo, la propiedad intelectual, los bienes muebles o la renta) o la carencia de ellos. El Comité ya ha señalado antes que algunos de los derechos recogidos en el Pacto, como el acceso a servicios de abastecimiento de agua o la protección contra el desahucio, no deben depender de la situación en que se encuentre una persona en cuanto a la tenencia de la tierra, como el hecho de vivir en un asentamiento informal.

#### Nacimiento

26. La discriminación por motivos de nacimiento está prohibida y el artículo 10.3 del Pacto dispone expresamente, por ejemplo, que se deben adoptar medidas especiales a favor de todos los niños y adolescentes, “sin discriminación alguna por razón de filiación”. Por tanto, no deberá darse un trato distinto a quienes nazcan fuera de matrimonio, tengan padres apátridas o sean adoptados, ni tampoco a sus familias. El nacimiento como motivo prohibido de discriminación también incluye la ascendencia,

especialmente sobre la base de la casta o sistemas similares de condición heredada. Los Estados partes deben adoptar medidas, por ejemplo, para prevenir, prohibir y eliminar las prácticas discriminatorias dirigidas contra miembros de comunidades basadas en la ascendencia y actuar contra la difusión de ideas de superioridad e inferioridad en función de la ascendencia.

#### B. Otra condición social

27. 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. En las observaciones generales y finales del Comité se han señalado varios de estos motivos, que se describen en mayor detalle a continuación, aunque sin intención de ser exhaustivos. 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.

#### Discapacidad

28. En la Observación general N° 5 el Comité definió la discriminación contra las personas con discapacidad como “toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o denegación de ajustes razonables sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales”. Debe incluirse en la legislación nacional la denegación de ajustes razonables como un motivo prohibido de discriminación en razón de la discapacidad. Los Estados partes deben ocuparse de la discriminación, como la prohibición relativa al derecho a la educación, y la denegación de ajustes razonables en lugares públicos, como instalaciones sanitarias públicas, y

en el lugar de trabajo, por ejemplo, mientras los lugares de trabajo estén organizados y contruidos de forma que sean inaccesibles para las personas que se desplazan en sillas de ruedas, se estará negando efectivamente a esas personas el derecho a trabajar.

#### Edad

29. La edad es un motivo prohibido de discriminación en diversos contextos. El Comité ha destacado la necesidad de ocuparse de la discriminación contra los trabajadores desempleados de más edad que buscan trabajo o acceso a la capacitación y readiestramiento profesional, y contra las personas de más edad que viven en la pobreza con acceso desigual a las pensiones universales de las personas de más edad como resultado de su lugar de residencia. Con respecto a los jóvenes, el acceso desigual de los adolescentes a los servicios de salud sexual y reproductiva equivale a discriminación.

#### Nacionalidad

30. No se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean.

#### Estado civil y situación familiar

31. El estado civil y la situación familiar pueden establecer distinciones entre individuos por el hecho, entre otras cosas, de estar casados o no, de estar casados en un determinado régimen, de formar parte de una pareja de hecho o tener una relación no reconocida por la ley, de ser divorciados o viudos, de vivir con más parientes que los estrictamente pertenecientes al núcleo familiar o de tener distintos tipos de responsabilidades con hijos y personas a cargo o un cierto número de hijos. La diferencia de trato en el acceso a las prestaciones de la seguridad social en función de si una persona está casada o no debe justificarse con criterios razonables y objetivos.

También puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar, o sólo puede hacerlo con el consentimiento del cónyuge o el consentimiento o el aval de un pariente.

#### Orientación sexual e identidad de género

32. En “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo.

#### Estado de salud

33. El estado de salud se refiere a la salud física o mental de una persona. Los Estados partes deben garantizar que el estado de salud efectivo o sobreentendido de una persona no constituya un obstáculo para hacer realidad los derechos garantizados en el Pacto. Los Estados a menudo se escudan en la protección de la salud pública para justificar restricciones de los derechos humanos relacionadas con el estado de salud de una persona. Sin embargo, muchas de esas restricciones son discriminatorias, por ejemplo, la de dispensar un trato distinto a una persona infectada por el VIH en lo que respecta al acceso a la educación, el empleo, la atención sanitaria, los viajes, la seguridad social, la vivienda o el asilo. Los Estados partes deben adoptar medidas también para combatir la estigmatización generalizada que acompaña a ciertas personas por su estado de salud, por ejemplo, por ser enfermos mentales, por tener enfermedades debilitantes, como la lepra, o por haber sufrido fístula obstétrica en el caso de las mujeres, que a menudo obstaculiza su pleno goce de los derechos consagrados en el Pacto. Negar a un individuo el acceso a un seguro médico por su estado de salud será discriminatorio si esa diferencia de trato no se justifica con criterios razonables y objetivos.

#### Lugar de residencia

34. El ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no debe depender del lugar en que resida o haya residido una persona, ni estar determinado por él. Por ejemplo, no debe depender del hecho de vivir o estar inscrito en una zona urbana o rural o en un asentamiento formal o informal, ni de ser un desplazado interno o llevar un estilo de vida nómada tradicional. Es preciso erradicar, en la práctica, las disparidades entre localidades y regiones, por ejemplo, garantizando la distribución uniforme, en cuanto al acceso y la calidad, de los servicios sanitarios de atención primaria, secundaria y paliativa.

#### Situación económica y social

35. Las personas o grupos no deben ser objeto de un trato arbitrario por el simple hecho de pertenecer a un determinado grupo económico o social o a un determinado estrato de la sociedad. Por ejemplo, pertenecer a un sindicato no debe afectar al empleo de una persona, ni a sus oportunidades de promoción. La situación social de una persona, como el hecho de vivir en la pobreza o de carecer de hogar, puede llevar aparejados discriminación, estigmatización y estereotipos negativos generalizados que con frecuencia hacen que la persona no tenga acceso a educación y atención de salud de la misma calidad que los demás, o a que se le deniegue o limite el acceso a lugares públicos. (...) <sup>23</sup>

#### iv Observación general No. XXV del Comité para la eliminación de la discriminación racial

1. El Comité toma nota de que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera. Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres. A menudo no se detecta si no se reconocen explícitamente las diferentes experiencias de unas u otros en la vida pública y privada.

23

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 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN20](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN20) Fecha de consulta, 24 de septiembre de 2013.

2. Determinadas formas de discriminación racial pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos en detención o durante conflictos armados; la esterilización obligatoria de mujeres indígenas; el abuso de trabajadoras en el sector no estructurado o de empleadas domésticas en el extranjero. La discriminación racial puede tener consecuencias que afectan en primer lugar o únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales; en algunas sociedades las mujeres violadas también pueden ser sometidas a ostracismo. Además, las mujeres pueden verse limitadas por la falta de remedios y mecanismos de denuncia de la discriminación a causa de impedimentos por razón de sexo, tales como los prejuicios de género en el ordenamiento jurídico y la discriminación de la mujer en la vida privada.

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

4. En consecuencia, al examinar formas de discriminación racial, el Comité pretende aumentar sus esfuerzos para integrar las perspectivas de género, incorporar análisis basados en el género y alentar la utilización de un lenguaje no sexista en sus métodos de trabajo durante el período de sesiones, comprensivos de su examen de los informes presentados por los Estados Partes, las observaciones finales, los mecanismos de alerta temprana y los procedimientos de urgencia, y las recomendaciones generales.

5. Como parte de la metodología para tener plenamente en cuenta las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, el Co-

mité incluirá entre sus métodos de trabajo durante el período de sesiones un análisis de la relación entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación racial, prestando especial atención a:

- a) La forma y manifestación de la discriminación racial;
- b) Las circunstancias en que se produce la discriminación racial;
- c) Las consecuencias de la discriminación racial; y
- d) La disponibilidad y accesibilidad de los remedios y mecanismos de denuncia en casos de discriminación racial.

6. Tomando nota de que los informes presentados por los Estados Partes a menudo no contienen información específica o suficiente sobre la aplicación de la Convención en lo que se refiere a la mujer, se solicita a los Estados Partes que describan, en la medida de lo posible en términos cuantitativos y cualitativos, los factores y las dificultades que se encuentran a la hora de asegurar que las mujeres disfruten en pie de igualdad y libres de discriminación racial los derechos protegidos por la Convención. Si los datos se clasifican por raza u origen étnico y se desglosan por género dentro de esos grupos raciales o étnicos, los Estados Partes y el Comité podrán determinar, comparar y tomar medidas para remediar las formas de discriminación racial contra la mujer que de otro modo podrían quedar ocultas e impunes.<sup>24</sup>

## 5.1 Corte Constitucional de Colombia: igualdad de protección de las niñas respecto al matrimonio precoz<sup>26</sup>

(...) II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma acusada, resaltando la parte demandada:

CÓDIGO CIVIL (...)

Artículo 140.- El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: (...)

2. Cuando se ha contraído entre *un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce* (...)

III. LA DEMANDA

Jesús Sanabria Ardila considera que los apartes acusados del Código Civil desconocen los artículos 5, 13, 43 y 44 de la Constitución Política.

1. Considera que la razón por la cual las normas acusadas fijan edades diferentes a partir de las cuales los hombres y las mujeres pueden contraer matrimonio es inaceptable constitucionalmente y en consecuencia discriminatoria por violar el principio de igualdad (art. 13, CP); a su juicio se trata de un motivo de carácter histórico que desconoce la realidad psicológica y psíquica de hombres y mujeres. (...)

2. A juicio del demandante deben igualarse las edades en los 14 años, más no a los 12, pues aunque “(...) pareciera ser mejor al contrario por cuanto

25 Las transcripciones de la jurisprudencia citada en este capítulo no introducen modificaciones de contenido. Las supresiones de texto se indican con tres puntos suspensivos entre paréntesis. Los números de citas y referencias contenidas en los originales se eliminaron con el propósito de facilitar la lectura del texto y por razones de edición.

26 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-507-04.htm> Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2013.

se pensaría que se le disminuyen los derechos a la mujer en búsqueda de restablecer la igualdad”, igualar al hombre y a la mujer en los 12 años no cumpliría el propósito buscado por el legislador. (...)

3. La demanda señala que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional el derecho a la igualdad es relacional; en esa medida es preciso comparar el trato diferencial que fijan las normas y determinar, mediante un “test de igualdad”, si éste es razonable o no.

Para la demanda los sujetos de la relación comparativa son “(...) los sujetos del artículo 34, en lo relacionado con el concepto de impúberes son los varones entre 7 y 14 años y las mujeres entre 7 y 12 años. Concluyendo así que las personas afectadas por la discriminación son los varones entre los 12 y los 14 años con respecto a las mujeres de la misma edad.” Y el objeto de la relación comparativa es “(...) la incapacidad relativa para los menores adultos, donde bajo ciertas circunstancias pueden obligarse, es decir, puedan celebrar algunos contratos o realizar ciertos actos jurídicos sin necesidad de representación legal.” (...)

La demanda considera que no existe un criterio base para justificar el trato diferente que sea válido. “Por el contrario, —señala— existen razones jurídicas, sociológicas y psicológicas para defender una igualdad entre mujeres y varones entre los 12 y los 14 años de edad.” (...)

3.2. En cuanto a la “adecuación de la medida diferenciadora” la demanda señala que “[e]n ninguna medida, es adecuado que se estipule la cuestionada diferencia de edades. (...) se está otorgando un beneficio en desmedro de los derechos que tiene otra persona con igual protección constitucional, pues según la constitución y legislación colombiana se trata de dos niños, merecedores por igual de una protección especial del Estado.”

3.3. Tampoco considera el demandante que sea necesario el trato diferente. Señala que “(...) si lo perseguido es la protección especial de la mujer a partir de su pubertad o aptitud para procrear, debe aumentarse el límite a los 14 años y no dejarlo a los 12 cuando las niñas a esa corta edad deben

pensar en cosas mucho menos trascendentales que la crianza de un hijo. Además, que a esa corta edad no tiene la capacidad intelectual ni puede disponer de plena voluntad para decidir cuándo y cómo iniciar su vida sexual.” A lo cual añade, “(...) si se quiere dar protección especial deben establecerse los límites de edad, pero individualmente para cada contrato. Tal como sería legislar para que la mujer que se hallare en estado de embarazo pudiese contraer el vínculo matrimonial antes de los 14 años, previo permiso de sus padres o representante legal. Eso como una medida de dar protección no sólo a la mujer sino al que está por nacer, para que nazca en el seno de un hogar.”

3.4. La demanda alega que las normas acusadas no son proporcionadas, por cuando sacrifican otros derechos y principios de igual importancia. (...)

## VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS (...)

### **3. Problema jurídico con relación a la capacidad de contraer matrimonio de los niños y de las niñas**

El problema jurídico que surge de la demanda contra el numeral segundo (2º) del artículo 140 del Código Civil es el siguiente: ¿Una norma desconoce los derechos fundamentales de los niños (art. 44, CP) y el principio de igualdad (en especial la igualdad de protección y la prohibición de discriminación entre sexos —arts. 13 y 43, CP) al declarar “nulo y sin efecto” el matrimonio celebrado por una mujer adolescente menor de doce (12) años, mientras que en el caso de un varón adolescente igual efecto sólo se otorga a los matrimonios cuando éste es menor de catorce (14) años?

3.2. Para absolver esta pregunta la Corte estudiará los argumentos presentados por el demandante de la siguiente forma:

(i) analizará si la diferencia de edad entre hombres y mujeres establecida en la norma acusada obedece a un fin de protección de la mujer o si responde a fines distintos, habida cuenta de que la norma acusada proviene de leyes

civiles que han estado en vigor desde el siglo XIX e incorpora una regla usada por el derecho romano; [apartado 4 de las consideraciones]

(ii) aludirá a los mandatos de protección de los menores, en especial a los consagrados expresamente en el artículo 44 de la Carta Política, para mostrar que éstos no son paternalistas o perfeccionistas sino que están encaminados a garantizar condiciones para que los menores ejerzan plenamente sus derechos y se puedan desarrollar de manera libre, armónica e integral; (...)

(iii) recordará el contenido del principio de igualdad, en especial la prohibición de discriminación, la igualdad de trato y la igualdad de protección; [apartado 6 de las consideraciones]

(iv) definirá el contenido y el alcance del derecho a conformar libremente una familia, que también le asiste a los menores sin discriminaciones de género (...)

## **6. La Constitución garantiza el derecho a la igualdad ante la ley, y el mismo trato y protección de las autoridades, en especial a las niñas y los niños**

6.1. El derecho de igualdad en la Constitución Colombiana tiene varias modalidades. La importancia de la igual protección. (...)

6.1.1. La norma reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Se trata pues de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud de la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desco-

noce cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. En este caso se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables.

Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que ésta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. La igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, “gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades” (art. 13). Esta dimensión del principio de igualdad, por tanto, es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección. Para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada es preciso constatar el grado efectivo de protección recibida a los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas y cumplir así el mandato de la Carta Política. No basta con saber si el derecho se aplicó de forma diferente en dos casos en los que se ha debido aplicar igual o si el derecho en sí mismo establece diferencias no razonables. Se requiere determinar si la protección brindada por las leyes es igual para quienes necesitan la misma protección.

La cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democrá-

ticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido.

6.1.2. Uno de los “fines esenciales del Estado” es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º, CP). Así pues, el derecho fundamental a la igualdad de protección implica al Estado “adoptar las medidas necesarias” para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las “autoridades”, según el texto constitucional (art. 13), que no distingue entre autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, como la legislativa.

Una concepción material de la igualdad tiene por fin asegurar no sólo la igualdad ante la ley, sino también “la igualdad ante la vida”, como se sostuvo en la Asamblea Nacional Constituyente. Por esto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la fórmula política del estado social y democrático de Derecho se manifiesta en la promoción de la igualdad real y “(...) se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos. (...)”

6.1.3. A los jueces de la República, en su calidad de “autoridades”, les corresponde adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la igualdad de protección, que se distingue de la técnica de las acciones afirmativas, la cual también responde a una concepción sustantiva y positiva de la igualdad. Además de las disposiciones constitucionales a las que se ha hecho referencia, interpretadas conforme a los tratados y convenios internacionales sobre la materia (art. 93 y 94, CP), son diversas las dispo-

siciones legales que demandan del juez una acción decidida en defensa de cualquier persona, y en especial de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

6.1.4. El texto constitucional se ocupa especialmente de los niños, como se evidenció en el apartado anterior de esta sentencia. Además de ser personas que deben ser “protegidas especialmente” por el Estado por encontrarse en circunstancias de “debilidad manifiesta” (art. 3, CP), la Carta Política reconoce “iguales derechos y deberes” a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él (art. 42, CP) y asegura a todo niño “el ejercicio pleno de sus derechos”.

Ahora bien, cuando se trata de niñas, debe tenerse en cuenta que la Constitución establece, de forma específica, la igualdad de derechos y la igualdad de oportunidades, entre hombres y mujeres y de forma categórica advierte que la ‘mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación’. (...)

6.3.1. El principio de igual protección es una manifestación sustancial, no formal, del derecho a la igualdad. Su contenido en el caso de los menores consiste en adoptar las medidas necesarias para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Se viola cuando no se adoptan medidas de protección a pesar de ser necesarias —salvo que se estén cumpliendo los tiempos razonables propios de las actuaciones de una administración diligente— y cuando se adoptan tales medidas pero éstas no son adecuadas para garantizar el desarrollo libre, armónico e integral del menor o el ejercicio pleno de sus derechos.

6.3.2. Cuál debe ser la manera como el juez constitucional analice si se ha violado la igualdad de protección en el caso concreto, es una cuestión cuya respuesta depende en gran medida del tipo de problema constitucional planteado. En el presente caso, hay un enfrentamiento de derechos. Por una parte se encuentran los derechos de protección del menor y el derecho a la igualdad de protección. De otra parte está la libertad de fundar una familia, también en cabeza del menor, el cual será analizado posteriormente.

Por tanto, para determinar si ha sido violada la igualdad de protección es necesario adelantar un análisis de ponderación, pero después de comprobar que se han respetado unos mínimos. La igual protección se logra mediante acciones fácticas y jurídicas del Estado, no mediante abstenciones. Además la igual protección que está constitucionalmente ordenada, por su carácter material, varía a medida que evoluciona la realidad y, por lo tanto, su alcance cambia si los riesgos y las amenazas cambian así como cuando se modifican los fines de protección. Adicionalmente, la igual protección no se logra cuando la diferencia basada en un criterio sospechoso no parte del respeto a los parámetros mínimos ordenados por la Constitución. (...)

## 9. Ponderación de los derechos y principios constitucionales enfrentados

### 9.1. Los derechos y principios constitucionales a ponderar en el presente caso

La Corte Constitucional debe entonces decidir si la regla acusada por la acción pública de constitucionalidad que dio origen al presente proceso desconoce la Carta Política, para lo cual ponderará los derechos y principios constitucionales en conflicto.

De una parte se encuentra (1) el derecho de las mujeres adolescentes (“niñas” constitucionalmente) a que se garantice su desarrollo libre, armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos (art. 44, CP); (2) su derecho a ser protegidas adoptando las medidas adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos (art. 44, CP), y (3) el derecho a que esta protección sea igual, sin discriminación por razones de género (art. 13 y 43, CP). De otra parte se encuentra (4) la libertad de conformar una familia (art. 42, CP), (5) la autonomía de los menores (art. 44, CP), y (6) el amplio margen de configuración que la Constitución reconoce al legislador para regular el derecho fundamental a contraer matrimonio, en desarrollo del principio democrático (art. 42, CP).

conflicto. Con este propósito se señalará, en primer lugar, cuál es el peso relativo que tiene cada uno en el presente caso. Para ello, la Corte establecerá (1) cuál es el grado de desprotección que conlleva para las mujeres adolescentes permitirles consentir casarse a partir de los 12 años; (2) cuál es el grado de afectación del derecho a un desarrollo libre, armónico e integral y al pleno ejercicio de los derechos; y (3) si se incumple el mandato de protección igual y en qué medida; por una parte. Por otra, la Corte deberá establecer (4) el grado de afectación del derecho a conformar una familia y (5) el grado de afectación a la libertad y autonomía del menor, en caso de no permitir a las mujeres contraer matrimonio a partir de los 12 años. Para este análisis la Corte tendrá de presente los límites constitucionales al margen de configuración que tiene el Congreso de la República en este tema.

## 9.2. Juicio de ponderación

A continuación pasa la Corte a precisar esta afectación y, posteriormente, a ponderar cada uno de los derechos y principios constitucionales enfrentados, según los criterios antes mencionados [apartado (9.1.)]. La Corte tendrá en cuenta, entre otras cosas, los conceptos y opiniones de los órganos internacionales sobre la cuestión, así como los conceptos de los médicos y psicólogos aportados al proceso, para establecer cuál es el grado de desprotección y afectación real que representa para la mujer la posibilidad de contraer matrimonio a partir de los 12 años.

9.2.1. El derecho de las mujeres adolescentes (“niñas” constitucionalmente) a que se garantice su desarrollo libre, armónico e integral, así como el pleno ejercicio de sus derechos (art. 44, CP) es afectado en un grado alto por la regla acusada

El derecho de las mujeres adolescentes a que se les garantice un desarrollo libre, armónico e integral y a gozar el pleno ejercicio de sus derechos es sometido a un grado de afectación alta cuando se casan precocemente, en especial en los casos en que además tienen lugar embarazos prematuros. En los matrimonios precoces la mujer adolescente suele asumir cargas y

responsabilidades que transforman su vida radicalmente, no sólo en los meses y años siguientes al matrimonio, sino a lo largo de toda su existencia, especialmente si se tiene hijos a tan corta edad. Las niñas que se casan a edades tempranas truncan su desarrollo educativo, social y económico, deben encarar el mundo de la adultez antes de tiempo, con inexperiencia y con grave incidencia sobre su desarrollo individual. Además, los embarazos a temprana edad suelen tener lugar en los matrimonios precoces también pueden afectar su salud y la de sus futuros hijos.

9.2.1.1. Efecto en el derecho a la educación. El matrimonio precoz suele obligar a los menores a abandonar sus estudios; bien sea porque se asumen de manera individual o compartida labores domésticas y de cuidado de los hijos, bien sea porque se trabaja para poder sostener los gastos económicos de la familia.

La educación es un derecho y un deber. Es un derecho, por cuanto garantiza la posibilidad de acceder al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura. El ámbito de libertad y de desarrollo personal con que cuenta una persona depende, en gran medida, de su educación. Pero a la vez, es un deber. La Constitución encarga a la educación la misión de formar al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. En otras palabras, la Carta Política confía a la educación la labor de transmitir y difundir los valores democráticos que inspiran un estado social y democrático de derecho, es decir, formar ciudadanos para una sociedad democrática.

En efecto, el “matrimonio precoz de las niñas” es una de las violaciones a los derechos de la mujer que ha constatado el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer. En uno de sus informes, ha advertido que el acceso de las mujeres a la educación es más bajo que el de los hombres, lo cual se busca abiertamente para favorecer la práctica del matrimonio precoz. Con relación a este tipo de matrimonio, que “puede resultar nocivo para la salud física y mental de las jóvenes”, la Relator en su informe dice lo siguiente:

“El matrimonio precoz tiene por objeto garantizar la virginidad de la mujer, librar a su familia de la carga de una boca que alimentar y garantizar un largo ciclo de fecundidad para engendrar varios hijos varones. Con todo, el matrimonio precoz en general conduce al embarazo prematuro en la niñez/adolescencia que, a su vez, como se afirmó en el Segundo Seminario de las Naciones Unidas relativo a las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y los niños, disminuye la esperanza de vida de las niñas, afecta negativamente su salud, nutrición, educación y oportunidades de empleo, y reduce su tasa de participación económica”. (...)

Según el artículo 67 de la Constitución la educación es “obligatoria entre los cinco y los quince años de edad”; propiciar entre los menores matrimonios prematuros para que se reproduzcan, si ello conlleva la deserción escolar, implica desatender este mandato. El cambio de vida que supone para los jóvenes el casarse, los conduce ineludiblemente a salir del mundo en que viven. Las actividades, las ocupaciones y las preocupaciones cambian; también las amistades y la cantidad de tiempo libre con que cuentan. Mientras que la mayoría de las niñas y los niños aprenden a asumir los roles de pareja mediante el juego, las niñas y los niños que se casan prematuramente deben aprender lo mismo jugando con su propia vida.

9.2.1.2. Efecto en el derecho a la salud. Al propiciar matrimonios prematuros, de niñas que apenas son púberes, estimulando su reproducción temprana, se pone en riesgo la salud, e inclusive, la vida misma de las niñas y de sus futuros hijos.

Una de las conclusiones que se sostiene en los informes técnicos solicitados por esta Corte a expertos en la materia, es que “(...) antes de que el desarrollo orgánico general tenga lugar, es decir, en el período de tiempo que transcurre entre la madurez sexual y el total desarrollo físico, los riesgos derivados de un embarazo precoz para la salud de la madre y del hijo, son muchísimo mayores en razón de que el cuerpo de la madre aún no está completamente desarrollado para la gestación ni para la lactancia, que los riesgos para las mujeres adultas y sus hijos.” Los 12 años que fija la norma acusada como edad mínima para que las mujeres puedan casarse responde

a un promedio de ingreso a la pubertad. Lo que implica que en un número indeterminado de casos la niña podría ser todavía impúber y, sin embargo, asumir una vida sexual activa, con las consecuencias negativas que para su desarrollo físico, emocional y su salud en general ello conlleve. Esta situación tiene también efectos negativos en los hijos de padres menores. Al no estar las madres totalmente desarrolladas para poder soportar un embarazo adecuadamente, se afecta el desarrollo físico del niño que está por nacer, así como su desarrollo libre, armónico e integral y sus oportunidades, después de nacido.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud (OMS). La OMS considera que la reproducción precoz crea graves problemas durante el embarazo y el parto, por lo que tiene profundos efectos en la salud y el desarrollo de los niños, en particular en el cuidado y la alimentación de éstos, con riesgos de raquitismo y anemia. Por tal razón insta a los Estados a “establecer políticas y programas nacionales para poner término efectivamente, y con el respaldo de la ley (...), a la procreación antes de la madurez biológica y social y a otras prácticas nocivas que afectan a la salud de las mujeres y los niños.”

Los embarazos prematuros son un problema público y social a resolver, no un objetivo constitucional por alcanzar.

9.2.1.3. Desconocimiento del interés superior del menor. A la luz de la Constitución, todos los órganos del Estado deben atender al interés superior del menor, y garantizar su desarrollo libre, armónico e integral así como el ejercicio pleno de sus derechos (art. 44; C.P.). Los niños y las niñas tienen el derecho constitucional a que las decisiones que tomen las autoridades públicas determinantes para ellos, se adopten en función de su “interés superior”. Ello no ocurre en el presente caso. Como se indicó al estudiar el origen de la regla, el numeral segundo del artículo 140 del Código Civil no se estableció en interés de los menores. Fue así en Roma en la antigüedad, en España durante la edad media y en Colombia a finales del siglo XIX. La norma acusada desconoce el derecho de los niños a que el Congreso de la República determine la edad mínima para contraer matrimonio en atención a su “interés superior”.

En un informe sobre los matrimonios prematuros elaborado por UNICEF, se aborda el problema, señalando su frecuencia, las causas y el contexto en el que se da, así como las consecuencias, tanto para la persona como para la sociedad. La cuestión se presenta así:

“Se supone que cuando una muchacha se casa, se convierte en mujer, aunque tenga solamente 12 años de edad. Del mismo modo, cuando se obliga a un muchacho a casarse, pasa a ser un hombre y debe dejar de lado sus juegos infantiles. Si bien la edad a la cual se contrae, en términos generales, está aumentando, el matrimonio precoz, es decir el matrimonio de los niños y adolescentes menores de 18 años, es todavía una práctica muy difundida.”

Las consecuencias de un matrimonio precoz, en especial si este se da a edades tempranas, puede tener efectos altamente nocivos,

“El matrimonio precoz impide a niñas y niños la plena realización y el disfrute de prácticamente todos y cada uno de sus derechos. Con dicha práctica se impone un cónyuge a una persona que, por encontrarse todavía en la infancia o en la adolescencia, no está en modo alguno preparada para la vida matrimonial y que, a causa del matrimonio, se verá privada de su libertad, de oportunidades para su desarrollo personal y de otros derechos, como por ejemplo el derecho a la salud y al bienestar, a la educación y a la participación en la vida pública.” (...)

Ahora bien, aunque el problema afecta tanto a los niños como a las niñas, el informe advierte que el efecto en las primeras es peor. A las niñas se les perjudica por tener corta edad, al igual que a los niños, pero también por ser mujer. El informe señala que el problema es más grave para ellas por cuanto padecen de las consecuencias del matrimonio precoz un mayor número de veces y con una “intensidad incomparablemente superior.” (...)

9.2.2. El derecho de las mujeres menores a la igualdad de protección, sin discriminación por razones de género es afectado en alto grado

El derecho a la igual protección también se afecta en alto grado. Como se ha sostenido a lo largo de la sentencia y se ha evidenciado a través de las opiniones e intervenciones allegadas al proceso, el efecto perverso de esta regla sobre las mujeres es mayor que sobre los hombres.

9.2.2.1. Para las niñas un matrimonio precoz conlleva en muchas ocasiones una restricción grande en el horizonte de posibles proyectos de vida. Las imágenes tradicionales que discriminan a la mujer, por ejemplo, confinándola necesariamente al ámbito doméstico, suelen imponérsele a la niña que es esposa, o tienden a propagarse y mantenerse cuando el rol de madre a temprana edad dificulta que la mujer identifique, construya y siga opciones de vida complementarias, alternativas o distintas. En atención a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es deber del Estado suprimir todas aquellas disposiciones que mantengan y reproduzcan estas discriminaciones culturales tradicionales a la mujer, que ya en el pasado han dado muestra de lograr enquistarse incluso en las mujeres mismas.

9.2.2.2. Cuando el legislador distingue entre hombres y mujeres, se encuentra ante una prohibición constitucional expresa de discriminar por razones de género. Por eso, las clasificaciones basadas en el género son, *prima facie*, inconstitucionales salvo que estén orientadas a definir el ámbito de acciones afirmativas en favor de la mujer. Pero esta presunción de inconstitucionalidad puede ser desvirtuada si se demuestra que hay fines legítimos y, además, imperiosos que sólo pueden alcanzarse acudiendo al sexo como criterio de clasificación, así como si la distinción es necesaria para alcanzar dicho fin, sin perjuicio de que también se analice si la distinción es proporcional en sentido estricto. En la sentencia C-112 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) se consideró que “(...) la idea misma de nociones sospechosas, o potencialmente discriminatorias, es que su uso por las autoridades se encuentra en principio prohibido (CP art. 13), por lo cual, las regulaciones fundadas en esos criterios se presumen inconstitucionales. Las autoridades deben entonces, en principio, evitar emplear esas clasificaciones, incluso de manera inocente. Por ende, si una diferencia de trato se funda en una categoría potencialmente discriminatoria, tienen que

concurrir claras razones que expliquen su empleo, pues de no existir esas justificaciones especiales, y en virtud de la presunción de inconstitucionalidad, el juez constitucional deberá retirar del ordenamiento esas regulaciones.” (acento fuera del texto original)

9.2.2.3. En el presente caso existe, además del mandato general, un deber específico de no establecer diferencias de trato entre el hombre y la mujer con relación al matrimonio. De hecho, como se mostró, los instrumentos internacionales hacen referencia concretamente a la edad mínima a partir de la cual se puede contraer matrimonio, como uno de esos aspectos en los que se debe propender por la paridad.

La norma acusada es notablemente insensible del derecho a la igualdad de protección de las mujeres adolescentes, si se tiene en cuenta que la ley otorga una protección mayor a los varones adolescentes (hasta los 14 años) que a las mujeres (hasta los 12 años), pese a que los matrimonios prematuros, dadas las condiciones sociales señaladas, afectan más a la niñas y, por tanto, demandan del Estado adoptar medidas adecuadas y necesarias para asegurar su desarrollo libre, armónico e integral y el pleno ejercicio de sus derechos, con más urgencia que para el caso de los hombres.

9.2.3. La incidencia sobre la libertad de las mujeres menores a conformar una familia es baja.

La Corte Constitucional considera que es posible alegar que actualmente, gracias a la regla acusada, las mujeres adolescentes entre los 12 y los 14 años gozan de mayor libertad para conformar una familia y que es deber de esta Corporación preservarla. Sin embargo, tal libertad no es plena, como suele serlo en el caso de los mayores de edad (18 años), está sometida a condiciones legales como contar con permiso previo de los padres o de quien sea responsable del menor, en los términos dispuestos por la ley civil, so pena de consecuencias tales como ser desheredado. Ahora bien, teniendo en cuenta que se trata de un ámbito de la libertad que debe ser ponderada con los demás derechos e intereses en conflicto, pasa la Corte a indicar por qué un eventual incremento de la edad a 14 años representa una incidencia menor en dicha libertad.

9.2.3.1. En primer lugar, debe resaltarse que la afectación a esta libertad, en el caso de igualar la edad mínima para contraer matrimonio, es menor, puesto que la mujer entre los 12 y los 14 años puede, de hecho, conformar una familia. Bajo la Constitución Política de 1991 el matrimonio no es la única forma de conformarla, puesto que cabe la voluntad de constituirla sin contraer matrimonio (art. 42, CP). Es decir, el derecho a conformar una familia no se vería anulado, solamente se limitaría una forma de ejercerlo, por ejemplo, por vía de matrimonio, hasta que alcance la edad para contraerlo.

9.2.3.2. Como se indicó, el derecho a fundar una familia también contempla la libertad de escoger la forma como se desea fundarla. Pero en este caso la afectación también es menor. En efecto, la restricción para consentir casarse es tan sólo de dos años, de los 12 a los 14. Una vez cumplida esta edad la mujer adolescente podrá decidir con su pareja sí contraen matrimonio, mientras el legislador no establezca otra edad superior. (...)

9.2.4. La incidencia sobre la autonomía de las mujeres adolescentes es menor

La afectación de la autonomía de las mujeres adolescentes en caso de no poder contraer matrimonio antes de los 14 años también es menor. Las mujeres adolescentes gozan de amplia libertad y autonomía para determinar su vida. Pueden elegir entre múltiples proyectos de vida, libres de toda injerencia arbitraria o ilegítima.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido dentro del ámbito de la autonomía y libertad de toda persona, la potestad de decidir sobre su propia sexualidad. Esta libertad, también la tienen y gozan los menores, a los que se les ha protegido incluso en el ámbito escolar. Además puede decidir libremente conformar una familia, como ya se dijo, y adoptar diferentes proyectos de vida. Claro está, es deber de la familia, la sociedad y el Estado, acompañar a los menores en el ejercicio de sus libertades, así como advertir los riesgos y responsabilidades que implican ciertas elecciones de vida. (...)

### 9.3. Conclusión

A la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. La regla supone afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños.

En conclusión, fijar en 12 años la edad mínima a partir de la cual las mujeres pueden contraer matrimonio desconoce los mínimos de protección a que tienen derecho, así como el principio de igualdad en la protección. (...)

## 5.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile<sup>27</sup>

### (...) A. Hechos probados en relación con el procedimiento de tuición

30. La señora Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993. Las niñas M., V. y R., nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente. La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio Vera Atala, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho. Como parte de dicha separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala manten-

<sup>27</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos> Fecha de consulta: 1 de octubre de 2013.

dría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella, sus tres hijas y el hijo mayor.

### 1. Proceso de tuición

31. El 14 de enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica al considerar que el “desarrollo físico y emocional [de las niñas estaría] en serio peligro” de continuar bajo el cuidado de su madre. En dicha demanda el señor López alegó que la señora Atala “no se encontraba capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, dado que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaban produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no había demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñas”. Además, el señor López argumentó que “la inducción a darle normalidad dentro del orden jurídico a parejas del mismo sexo [conllevaba a] desnaturalizar el sentido de pareja humana, hombre mujer, y por lo tanto alteraba el sentido natural de la familia, [...] pues afectaba los valores fundamentales de la familia, como núcleo central de la sociedad”, por lo que “la opción sexual ejercida por la madre altera[ría] la convivencia sana, justa y normal a que tendrían derecho [las niñas M., V. y R.]”. Por último, el señor López arguyó que “habría que sumar todas las consecuencias que en el plano biológico implicaría para las menores [de edad] vivir junto a una pareja lésbica, pues en efecto sólo en el plano de enfermedades, éstas por sus prácticas sexuales estarían expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes [y al] sida”. (...)

44. Dada la inhabilitación del Juez Titular, correspondió dictar sentencia sobre el fondo del asunto a la Jueza Subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica el 29 de octubre de 2003. En dicha Sentencia el Juzgado rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no

representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Igualmente, se concluyó que “tampoco se había acreditado la existencia de hechos concretos que perjudicaran el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar”. Asimismo, consideró que había quedado establecido que la homosexualidad no estaba considerada como una conducta patológica, y que la demandada no presentaba “ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno”. (...)

54. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre.

55. En primer lugar, la Corte Suprema destacó que “en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Además, la Corte Suprema expresó que el inciso primero del artículo 225 del Código Civil chileno, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, no es una norma “absoluta y definitiva”. Por lo tanto, la Corte declaró que “el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una ‘causa calificada’ que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo”. (...)

57. La Corte Suprema, además, estimó que las niñas se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un “estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferenciaba significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desa-

rollo personal”. Por tanto, la Corte consideró que las condiciones descritas constituyen “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración”. La Corte concluyó que los jueces recurridos fallaron en “no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso” y al “haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, habían incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja”. (...)

### Consideraciones de la Corte

64. De los alegatos presentados por el Estado, así como de la prueba que obra en el expediente, la Corte considera que en el juicio de tuición se debatieron, *inter alia*, los siguientes aspectos: i) la orientación sexual de la señora Atala; ii) la personalidad de la señora Atala; iii) los presuntos daños que se habrían ocasionado a las niñas, y iv) la alegada prevalencia que daría la señora Atala a sus intereses personales. Por su parte, respecto del padre de las niñas se expusieron, en el marco del proceso de tuición, argumentos a favor y en contra sobre si él podría brindar un mejor bienestar a éstas. El Estado consideró que la Corte Interamericana debe analizar la totalidad de prueba ventilada en el juicio de tuición y no solamente las sentencias emitidas por los tribunales internos. (...)

77. Para resolver estas controversias la Corte analizará: 1) los alcances del derecho a la igualdad y a la no discriminación; 2) la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana; 3) si existió en el presente caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual, y 4) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluarán en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas.

## 1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, 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, 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 que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que 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 permean todo el ordenamiento jurídico.

80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. 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. (...)

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.

## **2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana**

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

84. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano .

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que

no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. (...)

87. Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convenio Europeo”), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el Caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el Caso *Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona .

88. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen Vs. Australia* que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados.

89. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas.

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (...), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuen-

cia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

### **3. Diferencia de trato basada en la orientación sexual**

94. El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.

95. En el presente caso se alega un presunto trato discriminatorio respecto a dos hechos distintos en el marco del proceso de tuición: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar si existió un vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual. Al respecto, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro hombre como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final.

96. Respecto al contexto del proceso judicial de tuición, la Corte nota que la demanda de tuición fue interpuesta bajo el supuesto de que la señora Atala “no se encontraba capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, ya que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, estaban produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no había demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñas”. Por tanto, el proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso (...).

97. En particular, el Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile invocó las siguientes razones para fundamentar su sentencia: i) el presunto “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvolvía la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual” y los “efectos que esa convivencia podía causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas”; ii) la alegada existencia de una

“situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual debían ser protegidas” por “la eventual confusión de roles sexuales que podía producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino”; iii) la supuesta existencia de “un estado de vulnerabilidad en su medio social” por el presunto riesgo de una estigmatización social, y iv) la priorización de los intereses de la señora Atala a los de las menores de edad “al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual”. Estos argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.

98. Respecto a la decisión de tuición provisoria, el Tribunal observa que el Juzgado de Menores de Villarrica utilizó como fundamentos: i) que supuestamente la señora Atala había privilegiado sus intereses sobre el bienestar de sus hijas (...), y ii) que en “el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional” el padre ofrecía una mejor garantía del interés superior de las niñas (...). Al respecto, la Corte constata que, al igual que en la sentencia de la Corte Suprema (...), la decisión de tuición provisoria tuvo como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala, por lo que este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en esta categoría. (...)

#### **4. El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo (...)**

108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia

del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. (...)

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, 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. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

112. Por otra parte, el Tribunal resalta que, si bien dentro del proceso de tuición se produjo prueba relacionada con algunos alegatos específicos del Estado sobre como el padre presuntamente ofrecería un mejor ambiente para las niñas, la Corte sólo tomará en cuenta, para el análisis de la adecuación de la medida, aquellas pruebas y argumentación que hayan sido explícitamente utilizadas para la motivación de sus decisiones por la Corte Suprema o el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria. (...)

119. La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

120. El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

121. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo

por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía porque (sic) sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual. (...)

138. En el presente caso, el Tribunal observa que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Juzgado de Menores de Villarrica fundamentaron sus decisiones para entregar la tuición al padre bajo el supuesto de que la señora Atala podía declararse abiertamente como lesbiana. Sin embargo, indicaron que, al ejercer su homosexualidad cuando decidió convivir con una pareja del mismo sexo, privilegió sus intereses sobre los de sus hijas (...).

139. Al respecto, el Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprochable jurídicamente”, bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.

140. En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto

privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas. (...)

145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).

#### 4.5. Conclusión

146. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (...) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (...), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. (...)

164. El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

165. Al respecto, la Corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de “ido-

neidad, necesidad y proporcionalidad”. Distinto es que en el marco de un proceso de tuición se puedan analizar las conductas parentales concretas que, supuestamente, pudieran haber ocasionado un daño en el niño o la niña (...).

166. Dado que los tribunales internos tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la tuición, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. El Tribunal observa que la razón esgrimida por dichos tribunales para interferir en la esfera de la vida privada de la señora Atala era la misma que fue utilizada para el trato discriminatorio (...), es decir, la protección de un alegado interés superior de las tres niñas. La Corte considera que, si bien dicho principio se relaciona *in abstracto* con un fin legítimo (...), la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales -que podían ser parte de la vida privada- pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.

167. El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala (...), se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, la Corte concluye que el Estado vulneró el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

168. Por otra parte, el Tribunal observa que uno de los argumentos centrales que se analizaron en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Juzgado de Menores de Villarrica sobre la tuición provisoria fue la convivencia de la señora Atala con su pareja del mismo sexo (...), por lo que esta Corte considera indispensable entrar a analizar la presunta violación a la vida familiar argumentada por la Comisión y los representantes.

169. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas.

172. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que:

La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y [, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. (...)

314. Por tanto, LA CORTE DECLARA, por unanimidad, que:

1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo, (...)

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R., (...)

3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo (...)

**¿Estamos realmente dispuestos a aceptar la diferencia y a respetar la igualdad de aquellos que se apartan de nuestras propias convicciones?**

El derecho a la igualdad de todas las personas, como se ha visto a lo largo de estas páginas, goza actualmente de un amplio y sólido reconocimiento. Al menos en las normas que han derivado de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Esta no fue el primer documento de la historia en proclamar que la igualdad y la dignidad, y los derechos que de ellas nacen, son inherentes a las personas sin distinción alguna. Sin embargo, sí fue la primera en hacerlo mediante un documento que goza prácticamente de la aceptación de todos los Estados del mundo.

La Declaración, y los numerosos tratados que le confieren fuerza obligatoria, son mucho más que un ideal común por el cual deben esforzarse los pueblos y los gobiernos. No es una exageración afirmar que los valores y principios que ella recoge, incluidos los de igualdad y no discriminación, constituyen verdadero mandato para todos los miembros de la sociedad. Sin embargo, aún existe un profundo abismo entre esos valores y principios, y la situación en que viven millones de personas en Colombia y en el mundo. Así lo demuestran las estadísticas sobre hambre, desnutrición, pobreza y carencia de salud, educación, vivienda y agua potable. Millones de personas aún sufren profundas desigualdades.

Esas desigualdades no solamente es producto del incumplimiento de los deberes asignados el Estado social de derecho. También es producto de una no tan extraña disociación mental. Hoy se acepta respetar los derechos humanos condición ineludible para vivir en paz. Igualmente se acepta que la vigencia de tales derechos humanos constituye requisito indispensable para construir una sociedad justa y democrática y que el acatamiento de los derechos humanos permite vivir en una sociedad mejor. Más aun. Se acepta que respetar los derechos ajenos ayuda a ser mejores ciudadanos. Sin embargo, con frecuencia esas convicciones no son tan sólidas y por

ello no se reflejan en las relaciones y en el trato cotidiano con otras personas. Así, al menor atisbo de diversidad afloran los prejuicios que anidan en cada uno y, con ellos, la violencia de la discriminación en sus diversas manifestaciones.

Colombia es un país cuya Constitución proclama el respeto de la dignidad, del pluralismo y de la igualdad. Sin embargo, también es un país donde la armonía de la diversidad –esto es, apertura y respeto por todas las diferencias– no termina por encontrar arraigo. Es un país que encuentra difícil vivir y practicar la tolerancia. Es un país donde las personas se declaran respetuosas de la diversidad pero a condición de que el diferente no se manifieste, no exprese su identidad, no reclame su derecho a la igualdad y, ojalá, no resida en el vecindario.

Para reflexionar:

¿Qué formas de prejuicios se pueden reconocer en el ambiente familiar, laboral y escolar?

¿Qué expresiones adquiere la intolerancia en aquellos ámbitos?

¿Qué expresiones adquiere la intolerancia en el vecindario, en la comunidad, en la ciudad, en el municipio?

¿Cuál es la relación entre los diferentes prejuicios que tienen o pueden tener los colombianos, y las diversas formas de violencia que afectan al país?

¿Quiénes son las víctimas de los prejuicios y la intolerancia?

¿Qué se puede hacer para combatir la discriminación a la cual están sometidas las víctimas de prejuicios y de la intolerancia?

¿Soy una persona intolerante y, por lo tanto, inclinada a practicar la violencia de la discriminación?

**Acto legislativo:**

Acto reformativo de la Constitución Política. El Congreso lo tiene que debatir y aprobar en dos períodos ordinarios y consecutivos de sesiones. En el segundo de ellos, el proyecto de reforma debe ser aprobado por la mayoría de miembros del Senado y de la Cámara de Representantes.

**Comisión de la verdad:**

Conjunto de personas expertas encargadas de investigar los hechos sucedidos en situaciones de graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos o infracciones del derecho internacional humanitario. Una comisión de la verdad, si bien puede ser creada oficialmente, suele y debe actuar de manera independiente. Sus investigaciones no tienen un carácter judicial. Por ello, puede actuar con mayor flexibilidad para identificar actores de la violencia y determinar responsabilidades.

Este tipo de comisión tiene el propósito de establecer con la mayor certeza posible los hechos que rodearon la comisión de los actos de violencia cuya investigación se le encarga, dar a conocer sucesos negados u ocultados, aclarar hechos distorsionados, ayudar a impedir la desaparición de pruebas y, especialmente, restablecer la dignidad y el buen nombre de las víctimas ante toda la sociedad. Una comisión de la verdad puede investigar los hechos bajo pautas de confidencialidad por motivos de seguridad o para prevenir presiones sobre sus miembros o sobre los testigos. Sin embargo, su informe final debe hacerse público de forma completa y difundirse de la manera más amplia posible. Las pruebas que reúna durante sus trabajos también contribuyen al desarrollo de investigaciones penales.

**Comisión Interamericana de Derechos Humanos:**

Corporación de siete miembros elegidos a título personal en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, entre candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados que la integran. La Comisión es competente para actuar respecto a denuncias o quejas de violaciones de

la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, por alguno de los Estados partes en la misma o en otros instrumentos regionales. Este órgano se encuentra facultado para someter una denuncia a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se han agotado los trámites previstos para el manejo de la misma, siempre y cuando el Estado haya reconocido la jurisdicción de la Corte.

La Comisión también practica visitas a cualesquiera de los Estados miembros de la OEA, previa anuencia o invitación del gobierno respectivo; elabora informes y formula recomendaciones a los Estados sobre la adopción de medidas para fomentar el respeto de los derechos humanos; y a los gobiernos en materias relacionadas con los derechos humanos.

#### **Comité de derechos económicos, sociales y culturales:**

Órgano de las Naciones Unidas compuesto por 18 expertos encargado de estudiar los informes que los Estados partes en el *Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales*, deben elaborar sobre las medidas adoptadas para cumplir los deberes que impone dicho pacto y sobre los avances logrados en el respeto y garantía de los derechos reconocidos en ese tratado. Los miembros de este comité actúan a título personal.

#### **Comité de derechos humanos:**

Órgano de las Naciones Unidas creado por el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Su función principal es examinar los informes que los Estados partes en ese pacto deben presentar sobre las medidas adoptadas para garantizar el real ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo, y sobre los avances logrados en tal sentido. Está compuesto por 18 miembros elegidos para períodos de cuatro años, entre candidatos propuestos por los Estados partes. Los miembros del Comité ejercen sus funciones a título personal y no como representantes del Estado que los haya propuesto.

#### **Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer:**

Órgano de las Naciones Unidas que se reúne anualmente para estudiar los informes que los Estados partes en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* deben presentar, en un primer momento, sobre las medidas por ellos tomadas para superar los tratos

discriminatorios contra la mujer y, posteriormente, sobre los progresos realizados en esa dirección. Este órgano está integrado por 23 expertos de reconocida competencia e idoneidad en el ámbito de las materias de ese convenio.

**Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Tribunal de justicia de siete jueces creado por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Estos jueces son elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, entre ciudadanos originarios de los países miembros de dicha organización.

Esta corte cumple una función consultiva y una contenciosa o judicial. En ejercicio de la primera, produce las llamadas opiniones consultivas. En ejercicio de la segunda, puede asumir el conocimiento de casos referentes a violaciones de la Convención Americana u otros instrumentos del sistema interamericano que, conocidos y tramitados en la Comisión Interamericana, le hayan sido remitidos por la misma o por un Estado parte en dicha convención. Las sentencias de la Corte son definitivas e inapelables y los Estados concernidos deben cumplirlas.

**Crímenes de “limpieza social”:**

Tipo de homicidio que por razones asociadas al prejuicio, la discriminación y el odio se comete en personas socialmente segregadas y estigmatizadas. Estos homicidios suelen dirigirse contra indigentes, mendigos, prostitutas, drogadictos, homosexuales, travestidos, pequeños delincuentes y otras personas a quienes la sociedad considera marginadas y, por lo tanto, “indeseables”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que los crímenes de “limpieza social” sucedidos en Colombia, constituyen uno de los actos de violencia más repudiables y viles considerando la indefensión de la víctima. El nombre con que se designan estos delitos denota un profundo desprecio por la dignidad de la persona.

**Derecho al libre desarrollo de la personalidad:**

Derecho de rango fundamental que protege un ámbito inviolable de autonomía dentro del cual la persona es libre para decidir su propio proyecto

de vida, y para adoptar los estilos y formas de identidad personal que estime coherentes y necesarios para desarrollar tal proyecto. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 16 de la Constitución Política.

### **Derecho internacional de los derechos humanos:**

Rama del derecho internacional público cuyo propósito es proteger la dignidad humana y los derechos que derivan de la misma. El derecho internacional de los derechos humanos está integrado por un conjunto de normas internacionales de naturaleza convencional –esto es, que se encuentran formulados en tratados– cuya finalidad es salvaguardar los derechos inherentes de la persona cualquiera que sea su nacionalidad y protegerla contra abusos de poder u omisiones que atenten contra la dignidad.

De forma amplia, el derecho internacional de los derechos humanos está integrado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados, tales como tratados propiamente dichos; resoluciones, declaraciones u observaciones de órganos de tratados; jurisprudencia de organismos judiciales internacionales y doctrina de expertos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en la Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, que la normativa internacional de derechos humanos no es un conjunto de instrumentos aislados, sino un conjunto de normas y principios entrelazados de forma armónica que dan estructura a un *corpus juris*.

### **Desaparición forzada:**

Violación de derechos humanos que, de acuerdo con los tratados de derecho internacional de los derechos humanos, se produce cuando concurren, necesariamente, los siguientes elementos: i. Privación de la libertad de una persona por servidores públicos o por personas particulares que actúan bajo las órdenes de aquellos servidores u obran con su aquiescencia y colaboración directa o indirecta. ii. Ocultamiento de la víctima. iii. Negativa deliberada e intencional de las autoridades de reconocer la detención de la víctima y de informar sobre su paradero. La desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley, toda vez que le resulta imposible ejercer algún recurso judicial para lograr su libertad y garantía de otros derechos.

**Desplazamiento forzado:**

Tipo de migración humana que se caracteriza por que las personas se encuentran obligadas a abandonar su lugar habitual de residencia, para huir de situaciones de violencia que amenazan o vulneran gravemente sus derechos fundamentales a la vida y la integridad personal.

**Doctrina:**

Conjunto de opiniones y teorías de especialistas, tratadistas, investigadores y asociaciones científicas, que merecen credibilidad por su coherencia, solidez y fundamentación conceptual. También constituyen doctrina, en materia de derechos humanos, las opiniones y conceptos de los expertos y de los miembros de los órganos no judiciales que forman parte de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. La Corte Constitucional colombiana ha usado el concepto de doctrina para referirse a ciertas líneas conceptuales desarrolladas y consolidadas en algunas de sus sentencias.

**Erga homines:**

Expresión latina que significa “frente a todos”. En derecho se emplea para indicar que una determinada norma surte efectos generales para todos, y no solamente para algunas personas.

**Estándar de protección de los derechos humanos:**

Niveles mínimos de garantía y protección de un derecho, que el Estado debe proporcionar con el fin de asegurar su efectivo goce para todas las personas. Dichos estándares cumplen dos funciones básicas en un Estado social de derecho: determinar las condiciones que se deben satisfacer para asegurar el ejercicio de los derechos humanos y precisar algunas de las obligaciones que las autoridades nacionales deben cumplir para asegurar el disfrute de los mismos.

**Estado parte:**

Estado que suscribe un tratado internacional, acepta cumplir las obligaciones que emanan del mismo y adopta las medidas indispensables para que esas obligaciones adquieran vigor ante la comunidad de estados.

### **Estado social de derecho:**

Forma de organización política que se caracteriza por que su misión es asegurar el respeto, la garantía y la realización integral de los derechos humanos. El artículo 1 de la Constitución Política prescribe que Colombia está organizada como Estado social de derecho. Este mandato impone a las autoridades nacionales las obligaciones de asegurar la vida en condiciones dignas para todas las personas residentes en Colombia; garantizar la efectividad de los principios constitucionales y la primacía de los derechos reconocidos en la Carta; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

### **Homofobia:**

Término que designa el repudio, el rechazo o la animadversión hacia las personas de condición homosexual. En sentido amplio, designa el odio hacia las personas cuya orientación sexual y expresión de la misma, se aparta de aquello que la mayoría califica como “normal” o “apropiado” en ese aspecto de la vida personal. Los prejuicios homofóbicos suelen generar distintas formas de discriminación. La *Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*, prohíbe cualquier acto que motivado por la orientación sexual de la persona tenga como propósito excluirla del goce de sus derechos. Los Estados tienen el deber de prevenir y perseguir estos actos.

### **Jus cogens (ius cogens):**

Norma de derecho internacional general que tiene carácter obligatorio. Esta clase de disposición, según la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, tiene como rasgo esencial que es “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

### **Justicia transicional:**

Forma particular de justicia que se aplica cuando se desarrollan procesos que buscan transformar una situación de conflicto armado o de represión, en una de reconciliación o de normalización democrática.

La Ley 1448 de 2011, o ley de víctimas, la define como “los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”.

Son víctimas, según el artículo 3º de esa ley “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”.

**Jurisprudencia:**

Conjunto de las decisiones que adoptan los tribunales de justicia mediante sus sentencias. El artículo 230 de la Constitución dispone que la jurisprudencia y la doctrina proporcionan criterios auxiliares para el ejercicio de la actividad judicial. En materia de derechos humanos existe jurisprudencia nacional e internacional. Esta última corresponde a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**LGBTI:**

Sigla que se utiliza para identificar conjuntamente a las personas lesbianas, gais (homosexuales), bisexuales, transexuales e intersexuales.

**Observaciones generales:**

Conjunto de comentarios o explicaciones que un determinado órgano de tratados desarrolla sobre el alcance de las disposiciones contenidas en la convención o tratado cuya aplicación supervisa. Estos comentarios sistematizan la interpretación autorizada que el comité del que se trate, efectúa

sobre el respectivo tratado. Estas observaciones constituyen doctrina de derechos humanos.

### **Opinión consultiva:**

Dictamen técnico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interpreta o explica el contenido y el alcance de las disposiciones de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en América. Los Estados miembros de la OEA pueden solicitar estas consultas aunque no sean parte en aquella Convención.

### **Pluralismo:**

Concepto usado para describir una característica esencial de las sociedades en general y de cualquier sociedad en particular. Pluralismo significa que todas ellas poseen rasgos propios que las distinguen entre sí, que sus miembros viven y poseen diferencias sustanciales y que estos rasgos y características les conceden identidades particulares a grupos e individuos. La Constitución Política prescribe que el Estado colombiano tiene uno de sus fundamentos en el reconocimiento del pluralismo.

### **Ponderación de derechos:**

Metodología de interpretación constitucional cuyo propósito es solucionar los conflictos que surgen entre principios que poseen el mismo valor, entre principios y derechos, o entre derechos. Se aplica cuando resulta necesario decidir sobre una situación concreta en la cual surgen esos conflictos.

### **Principios:**

Normas o postulados de carácter general que se consideran el fundamento y origen de otros postulados o normas de carácter más específico. Un principio es común al conjunto de normas que derivan del mismo y, por lo tanto, el contenido del primero determina el contenido y el sentido de las segundas. Estas normas se pueden llamar conjunto de principios o principios rectores.

son fuente de normas necesarias para concretar el contenido del respectivo principio. Interpretativa, en cuanto el contenido del principio provee criterios para determinar el alcance de las normas que derivan del mismo. Integradora, en cuanto armoniza el sentido del conjunto de las normas en función del propósito que persiguen.

**Racismo:**

Forma de discriminación que obedece a prejuicios relacionados con características de la persona, tales como el color de la piel o, inclusive, con el idioma, la religión o la cultura. El racismo defiende la superioridad de una raza sobre aquellas, que víctimas de esos prejuicios, son valoradas como inferiores intelectual, social y moralmente. El derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la discriminación por motivos asociados a la raza. Los Estados tienen el deber de combatir y hacer cesar por todos los medios apropiados, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones. También tienen la obligación de reprimir la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, la incitación a la discriminación racial y todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos.

**Relator:**

Nombre con el que se conoce a un experto designado por la Organización de las Naciones Unidas o por la Organización de Estados Americanos, para que analice prácticas contrarias a los derechos humanos, la situación de un determinado grupo social en materia de derechos humanos o el estado de los derechos humanos en un cierto país o territorio. En algunos casos también recibe el nombre de experto.

**Sexismo:**

Forma de discriminación motivada por el sexo de la persona. El sexismo suele afectar especialmente a las mujeres. Los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir toda forma de discriminación contra la mujer y para garantizar el respeto de sus derechos en condiciones de igualdad con los hombres. También están obligados a combatir mediante la educación, todo prejuicio basado en ideas de inferioridad o superioridad de alguno de los sexos.

**Sistema de protección de los derechos humanos:**

Conjunto de normas cuyos propósitos son, por una parte, reconocer derechos y libertades de las personas y, por otra, crear mecanismos e instituciones para denunciar y hacer cesar las amenazas y violaciones contra los mismos. Las normas y mecanismos que funcionan en el contexto de la Organización de Estados Americanos dan lugar al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Los que operan en el marco de la Organización de las Naciones Unidas constituyen el sistema universal de protección de los derechos humanos.

**Tratado internacional:**

Acuerdo escrito que se suscribe entre estados y que se rige por las normas del derecho internacional. Los tratados pueden establecerse entre uno o varios Estados; entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; entre organizaciones internacionales. Los tratados pueden llamarse pacto, convención o convenio. Los protocolos son una clase de tratado que desarrolla, complementa o actualiza un pacto o convención.

**Violación de derechos humanos:**

Concepto que denomina las acciones y omisiones con las cuales se quebrantan las obligaciones y prohibiciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, violación de derechos humanos es una conducta que, desde la perspectiva jurídica, solamente puede atribuirse a quienes prestan sus servicios al Estado y a quienes actúan de hecho por cuenta del Estado.

Bayefsky, Anne F, *El Principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional*, disponible en: <http://www.programamujerescdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/46.pdf>

Birgin, Haydée, Kohen, Beatriz (compiladoras), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad, instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires. Editorial Biblos, 2006.

CEJIL, *Herramientas para la protección de los derechos humanos. Sumarios de jurisprudencia – Igualdad y no discriminación*, disponible en: [http://cejil.org/sites/default/files/sumarios\\_jurisprudencia\\_igualdad\\_no\\_discriminacion\\_0.pdf](http://cejil.org/sites/default/files/sumarios_jurisprudencia_igualdad_no_discriminacion_0.pdf)

Clerico, Laura y Aldao, Martín, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento*, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/clerico-laura-y-aldao-martin-nuevas-miradas-de-la-igualdad.pdf>

Comisión Interamericana de Derecho Humanos, *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*, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>

Corte Constitucional, *Sentencia C – 075 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil*, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-075-07.htm>

Corte Constitucional, *Sentencia T – 911 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla*, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-911-09.htm>

Corte Constitucional, *Sentencia C – 029 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil*, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>

Corte Constitucional, *Sentencia C – 577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*, Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

De la Torre Martínez, Carlos (coordinador). *Derecho a la no discriminación*. México; Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

De la Torre Martínez, Carlos. *El derecho a la no discriminación en México*. México; Editorial Porrúa México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.  
Defensoría del Pueblo., *El derecho a la igualdad*. Bogotá, 2001.

Fetscher, Iring. *La tolerancia*. Barcelona; Ed. Gedisa, 1994.

Fichte, Johan, *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*. Madrid, Ed. Tecnos, 1986.

González Le Saux, Marienne y Parra Vera, Oscar. *Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf>

Gutiérrez Contreras, Juan Carlos. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y la prevención de la discriminación*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2312/12.pdf>

Kamen, Henry. *Los caminos de la tolerancia*. Madrid; Ed. Guadarrama, 1967

Madrid-Malo Garizábal, Mario. *Derechos fundamentales – Conózcalos, ejérzalos y defiéndalos*. Bogotá; 3R Editores, 2004.

O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos – Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. *Las dimensiones del racismo*. Nueva York y Ginebra, 2005.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Igualdad, dignidad y tolerancia, un desafío para el siglo XXI*. Bogotá, 2001.

Palacios Zuloaga, Patricia. *La no discriminación, estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Santiago; Universidad de Chile, Embajada del Reino de los Países Bajos, Centro de Derechos Humanos, 2006.

Tojo, Liliana. *Igualdad y no discriminación: Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponible en: [http://www.eclac.cl/mujer/reuniones/Bolivia/Liliana\\_Tojo.pdf](http://www.eclac.cl/mujer/reuniones/Bolivia/Liliana_Tojo.pdf)

Universidad de los Andes. *Convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia - Las dimensiones colectivas de la discriminación y el reconocimiento de los derechos colectivos, Documento de toma de posición No.3*, disponible en: <http://www.justiciaglobal.info/docs/Documento%203%20-%20Derechos%20Colectivos%2029%2005%2009%20-%20final.pdf>

Valencia Villa, Hernando. *Diccionario Espasa – Derechos Humanos*. Madrid; Espasa, 2003.

## PÁGINAS WEB:

191

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.oas.org/es/cidh/>

Corte Constitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.hchr.org.co/>

ONU - Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cmw/index.htm>

ONU - Comité de Derechos del Niño: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>

ONU - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14)

ONU - Comité de Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm>

ONU - Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad: <http://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>

ONU – Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la MUJER: <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>

ONU – Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>

ONU - Consejo de Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hr-council/>



IMPRESA  
NACIONAL

[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)  
PBX (0571) 457 80 00  
Carrera 66 No. 24-09  
Bogotá, D. C., Colombia