

sobre dicho grupo, generando una desigualdad en el resultado dirigida contra el mismo.

VI. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS: LA OBLIGACIÓN DE TOMAR ACCIÓN POSITIVA

1. Las obligaciones generales del Estado y la acción positiva

Ya habiendo analizado los enunciados jurídicos que se desprenden de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, lo último que corresponde es identificar cuáles son las obligaciones que tienen los Estados para que sus conductas sean conformes con dichas disposiciones jurídicas.

Del artículo 1.1 de la Convención Americana se desprende la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en ella. El deber de respeto de los derechos configura una obligación negativa en cabeza del Estado, por la cual el Estado debe abstenerse de realizar cualquier actuación que pueda ser discriminatoria en perjuicio de una persona o situación jurídica. El deber de garantía, por su parte, se refiere a la obligación positiva del Estado de organizar el aparato estatal con el fin de prevenir la discriminación, y de investigarla y sancionarla en caso de que ésta ocurra.

Ahora bien, una obligación característica de los Estados en aquellos casos en los que se discute el derecho a la igualdad y no discriminación es la de tomar "acción positiva".⁷² En efecto, ante situaciones estructurales en las cuales un grupo de personas se encuentra en una situación *de facto* de exclusión social, el Estado no sólo puede implementar distinciones legítimas para corregir dicha situación, sino que además está obligado a implementarlas. Con ello, tal como lo afirma la doctrina:

⁷² D. Moeckli, "Equality and Non Discrimination", *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 204.

[...] esta concepción de la igualdad demanda del Estado no solamente el abstenerse de realizar acciones que profundicen la marginación de estos grupos, sino revisar normas que son en apariencia neutrales pero que tienen un impacto discriminatorio sobre los grupos en situación de exclusión, y además adoptar medidas positivas para favorecer su integración a la sociedad y su acceso a bienes sociales.⁷³

En este sentido, la Corte Interamericana, en el caso *Xákmok Kásek*, estableció que:

[...] la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.⁷⁴

Ante esa situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los integrantes de la comunidad indígena *Xákmok Kásek*, la Corte no sólo determinó que existió una discriminación *de facto* en contra de sus integrantes, sino también afirmó que “el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión”.⁷⁵

Un razonamiento similar existió en el caso *Furlan*, en el cual se hizo referencia a la situación de exclusión en la que se

⁷³ M. González Le Saux y Ó. Parra Vera, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, *op. cit.*, *supra* nota 60. p. 133.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C Núm. 214, párr. 273.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 274.

encontraban las personas con discapacidad. Ante esa situación, la Corte determinó 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. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

Asimismo, la Corte considera que 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 sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.⁷⁶

De esta forma, en aquellos casos en los cuales se identifica una especial situación de vulnerabilidad de una persona o grupo, la Corte ha entendido que el concepto de igualdad y no discriminación exige que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar la integración de las mismas a la sociedad. Estas

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C Núm. 246, párrs. 134 y 135.

medidas de “diferenciación positiva” serían, por lo tanto, obligatorias, conforme con el derecho interamericano.

Ahora bien, la doctrina ha afirmado que no basta que se identifique una situación estructural de discriminación para que procedan las medidas de acción positiva. Al respecto, se requiere que “se apliquen con el consentimiento de los miembros del grupo; se adopten con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad; sean temporales; se descontinúen cuando se haya alcanzado el objetivo [y que] no entrañen la mantención de estándares desiguales o separados”.⁷⁷ No obstante, sobre estos requerimientos no ha existido mayor análisis en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

2. Interseccionalidad de factores de vulnerabilidad

Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana, en el caso *Gonzales Lluy*, introduce el debate sobre la *interseccionalidad* de factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación y sus consecuencias jurídicas, en el marco de las obligaciones estatales derivadas de la igualdad y no discriminación.

El caso *Gonzales Lluy* se refirió, *inter alia*, a las limitaciones en el acceso a la educación de Talía Gonzales como consecuencia de tener VIH, de ser mujer, con discapacidad, niña y viviendo en condición de pobreza.⁷⁸ Según la referida sentencia, el cúmulo de características identificadas fortaleció la condición de vulnerabilidad en la que se encontraba Talía Gonzales y, como consecuencia, potenció de forma especial la discriminación de la cual fue víctima. Al respecto, la Corte señaló que:

La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una na-

⁷⁷ A. F. Bayefsky, “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 33.

⁷⁸ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, *supra* nota 20, párr. 285.

turalidad diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.⁷⁹

De esta forma, la Corte identificó una especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Talía Gonzales, por la cual la suma de todos los factores antes enunciados le impactó de una forma muy distinta y agravada con respecto de aquellos casos en los cuales la situación de vulnerabilidad deriva de una sola condición social.

No obstante ello, inmediatamente después del referido análisis, la Corte omite hacer referencia a alguna consecuencia jurídica derivada de la interseccionalidad de estos factores, y tan sólo procede a concluir que existió, en general, “una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer, y viviendo en condición de pobreza”, lo cual conllevó a determinar que el Estado violó el derecho a la educación en perjuicio de Talía Gonzales.⁸⁰

Lo anterior invita a abrir el debate sobre las consecuencias que derivan de la interseccionalidad de factores de vulnerabili-

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 290.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 291.

dad y riesgo de discriminación en el marco de las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pareciera que, partiendo de la obligación de los Estados de implementar medidas de “diferenciación positiva” en aquellos casos en los cuales una persona o grupo de personas se encuentren bajo los efectos de una situación de exclusión social de carácter estructural, existiría una obligación reforzada del Estado para promover la igualdad de estas personas y su integración a la sociedad. Un razonamiento similar fue llevado a cabo por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General Número 28, citada en el referido caso *Gonzales Lluy*, al señalar que “los Estados deberán prestar atención a las necesidades específicas de las niñas (adolescentes) ofreciéndoles educación sobre salud sexual y reproductiva y llevando a cabo programas para prevenir el VIH/Sida, la explotación sexual y el embarazo precoz”, ante la especial vulnerabilidad que una niña tiene frente al acceso al acceso a la educación, así como a la trata de personas, maltrato, la explotación y la violencia, por su condición de ser mujer al igual que por su edad.⁸¹

En alguna medida podría argumentarse que la Corte Interamericana avaló el razonamiento señalado, a pesar de que no lo hizo expresamente. La Corte determinó que la discriminación en perjuicio de Talía Gonzales en el acceso a la educación fue por razón del cúmulo de factores de vulnerabilidad identificados: tener VIH, ser mujer, con discapacidad, niña y viviendo en condición de pobreza. Precisamente, la Corte señaló que “[l]a discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores”.⁸² En este sentido, la discriminación identificada por la Corte en dicho caso fue una discriminación individualizada, distinta a la que pudiera haber sido víctima otra persona con uno solo de los referidos factores. El razonamiento lógico correspondiente sería,

⁸¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Núm. 28, 2010, párr. 21, citada en Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, *supra* nota 20, párr. 286.

⁸² *Ibid*, párr. 290.

entonces, que la violación al derecho a la igualdad y no discriminación por todas las causas antedichas determinada por la Corte derivó de la interrelación de todos los factores de vulnerabilidad en el caso particular de Talía. Siguiendo dicha línea argumentativa, podría concluirse que el Estado estaba en una obligación especial de aplicar medidas de diferenciación positiva en favor de Talía, no sólo por su condición de persona con VIH, sino por el resultado de la interrelación de los distintos factores de vulnerabilidad presentes en su caso. No obstante, tal como se señaló previamente, las consecuencias jurídicas de la interseccionalidad de factores de vulnerabilidad en el caso de Talía no fue analizado con mayor detalle, dejando espacio para distintas interpretaciones sobre lo señalado.

En cualquier caso, la importancia de iniciar el debate sobre las consecuencias jurídicas de la intersección de factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación no sólo permitirá identificar a los Estados sus obligaciones especiales en el cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar la igualdad y no discriminación. Dicho debate será además relevante para iniciar a realizar aproximaciones distintas al problema de las desigualdades y las discriminaciones, que permitirán a las autoridades enfrentarse a las situaciones que deban atender de una forma más particularizada, favoreciendo un entendimiento integral de la situación de vulnerabilidad en la que una persona puede encontrarse, y no observando los factores de vulnerabilidad de forma aislada e independiente.

VII. CONCLUSIÓN

El valor que el derecho interamericano le brinda al derecho a la igualdad y no discriminación hace fundamental su interpretación y aplicación en situaciones de toda naturaleza. En este sentido, la aplicación de una ley o de una práctica nacional no debe ser realizada de forma automática en cada situación, sino requiere la comprensión de las personas y situaciones jurídicas