

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Manuel Góngora Mera**

I. INTRODUCCIÓN

Al menos desde mediados del siglo xx, la discriminación ha sido estudiada en las ciencias sociales latinoamericanas desde una perspectiva multidimensional, como el resultado de una combinación de categorías como la etnicidad, el color de piel, el origen nacional o el género.¹ Sin embargo, el derecho antidiscriminatorio nacional y los tratados de derechos humanos ratificados en América Latina han sido tradicionalmente interpretados e implementados bajo una perspectiva unidimensional. Aún hasta fechas recientes, buena parte de los procesos judiciales por discriminación se adelantaban generalmente invocando solo una categoría

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Humboldt de Berlín. Investigador asociado del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Libre de Berlín (Lateinamerika-Institut, Freie Universität Berlin).

¹ Se pueden citar, entre otras, las obras de Fernandes, Florestan, “Raza y clase”; Saffioti, Heleieth, “Género y clase social”, y Stavenhagen, Rodolfo, “Etnicidad y clase”, todas en Jelin, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global Entangled Inequalities: Conceptual Debates and Evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018. En detalle, *cfr.* Jelin, Elizabeth, “Unequal Differences: Gender, Ethnicity/Race and Citizenship in Class Societies (Historical Realities, Analytical Approaches)”, en Jelin, Elizabeth *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 109-127.

MANUEL GÓNGORA MERA

de discriminación. Esto se debe en parte a que: 1) en la redacción de estas normativas se emplearon conjunciones disyuntivas (o/u) que sugieren que estas categorías prohibidas de discriminación se concibieron jurídicamente como causas separadas, exclusivas o alternativas de discriminación,² y 2) varios tratados internacionales sobre no discriminación fueron redactados con un marcado énfasis en un solo motivo de discriminación.³ Esta interpretación ha cambiado gracias a la creciente influencia del enfoque interseccional en los sistemas jurídicos de la región y, en particular, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

El enfoque interseccional, como ha sido expuesto en numerosas publicaciones, tuvo sus orígenes en la doctrina jurídica estadounidense. Una de sus más destacadas impulsoras ha sido la jurista Kimberlé Crenshaw. En un ensayo ampliamente citado que cumple ya 30 años,⁴ denunció las limitaciones procesales que sufrían las mujeres afroamericanas en casos en que existía una discriminación combinada por motivos raciales y de género, ya que la legislación vigente obligaba a tramitar casos de discriminación exclusivamente por motivos raciales o por el género, lo que en ocasiones llevaba al fracaso del proceso o a una distorsión artificial de la experiencia de discriminación concreta. En artículos posteriores, Crenshaw amplió sus reflexiones y profundizó conceptualmente su enfoque interseccional, logrando una influencia interdisciplinaria que traspasó las fronteras estadounidenses.⁵

² Por ejemplo, art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

³ Por ejemplo, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés); Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD).

⁴ Crenshaw, Kimberlé, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, 1989, pp. 139-168.

⁵ En detalle, *cfr.* Carbado, Devon W. *et al.*, “intersectionality: mapping the movements of a theory”, *Du Bois Review: Social Science Research on race*, vol. 10, núm. 2, septiembre de 2013, pp. 303-312.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

Actualmente, el término tiene diferentes significados y se usa de manera muy heterogénea en estudios sociolegales y en investigaciones empíricas de las ciencias sociales.⁶

En un artículo publicado en 2013⁷ expliqué cómo el concepto de interseccionalidad había sido discutido por órganos de las Naciones Unidas y del SIDH al menos desde finales de la década de 1990. Sin embargo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el concepto no gozaba de sistematicidad ni constituía una posición jurisprudencial estable, sustentada en alguna teoría o doctrina jurídica uniforme. En líneas generales, la noción a la que hace referencia el término “interseccionalidad” había sido discutida en litigio interamericano por iniciativa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o de los representantes de las víctimas en al menos tres temas de género que están fuertemente conectados: 1) derechos sexuales/reproductivos y discriminación en servicios de salud;⁸ 2) violencia basada en el género, y 3) discriminación basada en el género. La Corte IDH ha establecido una conexión conceptual muy estrecha entre estos dos últimos temas en varias sentencias, por ejemplo, en los casos *Penal Castro Castro vs. Perú*⁹ y “*Campo Algodonero*” vs. *México*.¹⁰ En el primero, la Corte reconoció que la discriminación de género aumenta el riesgo de las mujeres privadas de la libertad de ser vulneradas en contextos de violencia.

⁶ Véase Hancock, Ange-Marie, “When multiplication doesn’t equal quick addition: examining intersectionality as a research paradigm”, *Perspectives on politics*, vol. 5, núm. 1, marzo de 2007, pp. 63-79.

⁷ Góngora Mera, Manuel, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 133-159.

⁸ Sobre esta conexión véase Casas, Ximena, “Multiple discrimination in access to sexual and reproductive health: Experiences from Latin America and The Caribbean”, *University of Miami Law Review*, núm. 65, 2011, pp. 955-967.

⁹ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160.

¹⁰ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

MANUEL GÓNGORA MERA

Y en el segundo, explícitamente abordó la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación de género, por lo que son aplicables las reglas antidiscriminatorias del derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto, no solo siguió los estándares del SIDH,¹¹ sino también se inspiró en los del Sistema Universal (en particular, recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, conocido por sus siglas en inglés como Comité CEDAW)¹² y del Sistema Europeo (caso *Opuz vs. Turquía*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 junio de 2009).¹³

Pese a que en la propia sentencia la Corte IDH no aplicó un análisis interseccional,¹⁴ “*Campo Algodonero*” fue la base para reconocer la dimensión interseccional de las violaciones sexuales contra mujeres indígenas de escasos recursos en el sur de México en las sentencias *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* en 2010.¹⁵ En ambos casos, la CIDH alegó exitosamente que las víctimas sufrieron formas de discriminación “combinadas” por el hecho de ser mujeres, indígenas y pobres. Por otra parte, en ambas sentencias,

¹¹ Véase CEDAW, art. 9: “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

¹² Comité CEDAW, Recomendación general 19, Violencia contra la mujer (11º periodo de sesiones, 20 a 30 de enero de 1992), párr. 6.

¹³ Véase Corte IDH. Caso “*Campo Algodonero*” vs. México, cit., párrs. 395-397.

¹⁴ Véase Clérico, Laura y Novelli, Celeste, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir *Campo Algodonero*”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2015, pp. 453-487; Acosta López, Juana, “The Cotton Field Case: Gender perspective and feminist theories in the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 21, 2012, pp. 17-54.

¹⁵ Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215; Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

la Corte Interamericana también consideró la conexión entre los dos primeros puntos (derechos reproductivos/servicios de salud y discriminación de género), lo cual tiene sustento en el Sistema Universal. El artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) prohíbe la discriminación contra las mujeres en el acceso a servicios de salud, y el Comité CEDAW ha establecido que la negación de ciertos servicios de salud específicamente dirigidos a la mujer, por ejemplo, exámenes ginecológicos o atención en el embarazo, constituye una forma de discriminación de género.¹⁶ En ciertos contextos, el Comité CEDAW incluso ha reconocido que se pueden producir formas de discriminación interseccional, como cuando se niega atención obstétrica básica a mujeres afrodescendientes de bajos recursos.¹⁷

Lo que quiero resaltar aquí es que, al menos hasta 2014, la Corte Interamericana no formuló una línea uniforme sobre el concepto de “discriminación interseccional”; de hecho, el término “interseccional” fue usado por los intervinientes en el proceso (en particular, la Comisión y los representantes de las víctimas) como sinónimo de “discriminación doble” (o “triple”), “discriminación múltiple”, o “discriminación agravada”.¹⁸ Por ejemplo, en el caso *Cacarica*,¹⁹ la Comisión argumentó que al grupo de niñas y mujeres afrodescendientes cabeza de familia que habían sido víctimas de desplazamiento forzado debía aplicarse la noción de interseccionalidad en consideración a las “múltiples formas de

¹⁶ Comité CEDAW, Recomendación general 24, art. 12, mujeres y salud (20º periodo de sesiones, febrero 5 de 1999), párrs. 9-18.

¹⁷ Véase Comité CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*. Comunicación 17/2008 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/49/D/17/2008, de 10 de agosto de 2011.

¹⁸ La CIDH también ha usado indistintamente las expresiones “triple discriminación”, “discriminación múltiple” y “discriminación interseccional” en sus reportes. Véase, por ejemplo, CIDH. La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, 5 de diciembre de 2011, doc. OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II. Doc. 62, párrs. 59-80.

¹⁹ Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (“Operación génesis”) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de noviembre 20 de 2013. Serie C, núm. 270.

MANUEL GÓNGORA MERA

discriminación”, entre las cuales están “su condición de desplazados, su género, etnicidad y su condición de niñez” (cfr. párr. 308). No obstante, estos términos tienen desarrollos conceptuales diversos y sugieren soluciones variadas para abordar discriminaciones motivadas por varias categorías. La expresión “doble discriminación” fue empleada en la ya citada sentencia “*Campo Algodonero*”, por parte de los representantes de las víctimas (cfr. párr. 391 de la sentencia), sugiriendo una conjunción de dos formas de discriminación.

Sin embargo, la dificultad de hablar de una “doble discriminación” es que tiende a reducir el análisis a la verificación de formas de discriminación de género en conjunción con otro motivo de discriminación, cerrando la puerta a la consideración de formas adicionales de discriminación, y podría sugerir un análisis separado de la ocurrencia de cada motivo de discriminación. Por su parte, el concepto de “discriminación agravada”, desarrollado especialmente en el marco de la Conferencia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia en Durban de 2001, se refiere a “motivos conexos” que “agravan” la discriminación basada en la raza, color, linaje u origen nacional o étnico, citando enunciativamente el sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social, situación económica o el nacimiento (cfr. párr. 2 de la Declaración Durban).

En este sentido, el análisis judicial consistiría en identificar una forma de discriminación prioritaria (en este caso, la discriminación racial), y tratar la discriminación por otros motivos como agravantes de esta. Por ejemplo, en el caso *Rosendo Cantú* (cfr. párr. 82), los representantes de las víctimas plantearon que la discriminación por género sería la forma de discriminación prioritaria, la cual se vería agravada por la concurrencia de formas de discriminación por la etnicidad, la edad y la clase social. En contraste, el término “discriminación interseccional” elude la connotación matemática de la discriminación doble (o triple, múltiple, etc.) y sugiere que los motivos de discriminación operan de forma concurrente y simultánea, lo que puede tener un efecto sinérgico (superior a la suma simple de varias formas de discriminación) o puede activar/desencadenar una forma de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos (*trigger effect*).

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

A partir de 2015, la Corte Interamericana comenzó a invocar un concepto propio de discriminación interseccional, especialmente en el marco de casos de discriminación por el estado de salud, lo que, como se puede deducir de lo formulado en los párrafos previos, está estrechamente conectado a los otros tres temas de género en los que la Corte ya se había pronunciado. Adicionalmente, y aunque no siempre de manera uniforme, en las sentencias de este periodo la Corte ha propuesto fórmulas de aplicación del enfoque interseccional que se han extendido más allá de los cuatro temas mencionados, si bien el núcleo duro del campo del litigio sigue estando ante todo en denuncias de discriminación. El objetivo del presente trabajo es analizar este desarrollo conceptual en la jurisprudencia reciente de la Corte. En la primera parte se estudiará el concepto de discriminación interseccional que adoptó la Corte Interamericana; en la segunda, se hará una revisión de tres sentencias que invocaron el concepto y se identificarán las características y lógicas de argumentación aplicadas en cada caso; finalmente, en la tercera parte se ofrecerá un análisis de la postura sobre interseccionalidad adoptada en el caso *Cuscul Pivara*²⁰ y se destacará su relevancia en el conjunto de la jurisprudencia interamericana sobre la materia.

1.1. Adopción del concepto de discriminación interseccional: el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015)

Uno de los puntos que destaqué en mi artículo de 2013 acerca de la jurisprudencia sobre interseccionalidad en América Latina fue la falta de un estudio interseccional en casos de discriminación por el estado de salud y, en particular, en casos de portadores de VIH. Hasta ese momento, tanto las cortes nacionales estudiadas como la Corte Interamericana habían preferido subsumir la discriminación por el estado de salud de personas con VIH en algún motivo central de discriminación, como la etnicidad, el género o la “raza”. En efecto, si bien las cortes podían recono-

²⁰ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

MANUEL GÓNGORA MERA

cer que se produjo efectivamente alguna clase de discriminación contra una persona por el hecho de ser portadora de VIH, tendían a considerarla como una concreción de una discriminación más amplia (como la discriminación racial o de género) y por ello no la separaban en el análisis de las acciones u omisiones que constituían la violación del derecho humano en estudio. La Corte Interamericana, en su sentencia del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*,²¹ por primera vez adoptó oficialmente el concepto de “discriminación interseccional” para resolver esta temática de una manera sustancialmente diferente.

En 1998, Talía Gonzales Lluy, entonces una niña de 3 años de edad, fue contagiada con VIH tras recibir una transfusión de sangre en una clínica de salud privada. Posteriormente, en 2000, fue expulsada de su jardín infantil (una escuela pública de la ciudad de Cuenca), ya que el director de la institución consideró que al ser portadora de VIH podía poner en riesgo la salud de sus compañeros de escuela. Las cortes nacionales avalaron esta decisión, sin que ninguna entidad del Estado a cargo de los intereses de los niños y niñas hubiese intervenido en los procesos judiciales. Para la Corte Interamericana, la expulsión vulneró el derecho de Talía a recibir educación y constituyó un trato discriminatorio en una combinación de motivos prohibidos: por ser persona portadora de VIH, mujer, menor de edad y por su condición de pobreza. La Corte sostuvo que estos motivos prohibidos “confluyeron en forma interseccional”, lo que planteó en contraste con una mera sumatoria de múltiples factores. Es decir, no se trataba meramente de constatar que se produjo discriminación por diferentes motivos (discriminación doble, triple, múltiple), sino de determinar la forma en que esos diferentes motivos interactuaron entre sí, lo cual implicaba valorar si se proyectaron en forma separada o simultánea.

La discriminación interseccional fue entonces definida como una forma específica de discriminación que resulta de la intersección de múltiples bases o factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación (*cfr.* párr. 290). La interacción entre estas

²¹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

múltiples bases o factores crea un riesgo o una carga de discriminación única o distinta (*cf.* voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 11). Por tanto, si alguno de los factores identificados no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.

Para verificar si se había producido una discriminación interseccional en este caso, la Corte IDH aplicó una lógica de argumentación de dos pasos:

1. *La tesis de agravación*: esta fórmula, que ya había aplicado en casos como *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú vs. México*, básicamente constata que hay una multiplicidad de factores y causas de discriminación en el caso concreto, y que ello aumenta la vulnerabilidad o el riesgo a ser víctima de discriminación y agrava los daños que se sufren.²² Para sustentar el argumento de la agravación, la Corte (*cf.* párr. 286) citó al Comité CEDAW, que en su Recomendación 28 sostuvo que las niñas son más vulnerables a la discriminación en el acceso a la educación básica, a la trata de personas, al maltrato, la explotación sexual y la violencia, y que todas esas situaciones de discriminación se agravan cuando las víctimas son adolescentes. La Corte también citó al Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general 3 sobre derechos de los niños respecto al VIH/sida, que estableció

²² En este punto, se ha sugerido que la tesis de agravación de la discriminación significa que la implementación de la prohibición internacional de discriminación puede variar de acuerdo con las causas de la discriminación. En principio, todas las causas prohibidas de discriminación lo son en igual forma (p. ej., no es *per se* más grave la discriminación por motivos raciales que por motivos de género). Sin embargo, la tesis de agravación crea una distinción entre las consecuencias que se deben aplicar frente a una discriminación que se produce bajo una sola causa en comparación con aquellas situaciones en las que se combinan varios factores de discriminación. En estos casos, la protección que se debería conceder tendría entonces que considerar que la vulnerabilidad es mayor y el daño o afectación es más grave. Véase Gayet, Anne-Claire, “The Inter-American Court of Human Rights”, en Mercat-Brunns M. *et al.* (eds.), *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law*, Springer, Cham, 2018, pp. 543-562.

MANUEL GÓNGORA MERA

que la discriminación aumenta la vulnerabilidad de los niños y, en particular, los que pertenecen a determinados grupos, por ejemplo, quienes viven en áreas rurales, por lo que en estos casos los niños son víctimas por partida doble.

2. *Análisis de intersecciones*: una vez constatado el aumento de vulnerabilidad y riesgo de discriminación por la existencia de múltiples causas de discriminación, el siguiente paso fue establecer las conexiones que se produjeron entre estas. La cuestión consistía en analizar en qué medida la discriminación tenía una naturaleza diferente debido a la interacción de los motivos de discriminación identificados. La finalidad era comprender mejor la naturaleza de la discriminación real sufrida por una víctima concreta y, de este modo, evaluar mejor en qué medida se agravaron los daños. En *Gonzales Lluy*, la Corte identificó, entre otras, las siguientes conexiones (*cf.* párr. 290):

- a) *Clase social y estado de salud*: para la Corte, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que generó el contagio con VIH, así como en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Esto sugiere una relación recíproca entre estas dos causas de discriminación: la clase social baja aumentó el riesgo de contagio, y la estigmatización y exclusión social que generó el contagio redujo las posibilidades de ascenso social.
- b) *Edad y estado de salud*: al adquirir el VIH a tan temprana edad, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo en su desarrollo integral. La especificidad de la discriminación por la combinación de estos dos motivos prohibidos de discriminación sería entonces la perduración de los efectos.
- c) *Género y estado de salud*: las exclusiones sufridas por ser mujer portadora de VIH afectaron de manera diferencial su proyecto de vida; por ejemplo, su maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

De este modo, la Corte concluyó que en el caso de Talía no solo se produjo una discriminación múltiple (entendida como la discriminación fundada en dos o más factores de discriminación), sino que tuvo un carácter específico por su naturaleza concurrente. Tanto por la naturaleza del trato discriminatorio como por la gravedad y persistencia de sus efectos se puede diferenciar de la discriminación que padecen las mujeres adultas, la que sufren hombres portadores de VIH, o la que sufren en general los niños pobres. La discriminación por ser portadora de VIH impactó de una manera muy específica a Talía por tratarse de una mujer, menor de edad, proveniente de una familia de escasos recursos. Estas particularidades de la discriminación podrían pasar por alto de no aplicarse un enfoque interseccional, como lo explica en detalle el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente:

11. La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.

12. En suma, la interseccionalidad en el presente caso es fundamental para entender la injusticia específica de lo ocurrido a Talía y a la familia Lluy, la cual solo puede entenderse en el marco de la convergencia de las diversas discriminaciones ocurridas. La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos.

MANUEL GÓNGORA MERA

II. CONCEPTUALIZACIÓN Y APLICACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL

Como lo resaltó el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente en *Gonzales Lluy*, la Corte Interamericana dio un paso sustancial al adoptar el concepto de discriminación interseccional; sin embargo, también reconoció que la Corte debía adelantar esfuerzos adicionales para un estudio más profundo acerca del enfoque interseccional en sentencias futuras, especialmente en casos que involucren a grupos históricamente discriminados por su origen nacional, pertenencia étnica, adscripción racial, clase social, condición de discapacidad, orientación sexual y género, entre otros factores. Con posterioridad al caso *Gonzales Lluy*, la Corte Interamericana se ha pronunciado en torno al enfoque interseccional en cuatro sentencias hasta la fecha. En esta sección se analizarán tres casos; en la próxima sección se hará un estudio separado del fallo *Cuscul Pivaral*.

2.1. Caso *I.V. vs. Bolivia* (2016)

El primer caso a analizar es *I.V. vs. Bolivia*,²³ y se refiere a una esterilización no consentida a una mujer migrante. Los hechos se produjeron en julio de 2000, en un hospital público de La Paz. La señora I.V., una peruana que había radicado desde 1993 en La Paz en condición de refugiada, tuvo que someterse a un procedimiento de cesárea en la semana 38 de gestación, luego de que se le produjera una ruptura espontánea de membranas. Según la versión de I.V., durante la intervención quirúrgica (realizada bajo anestesia epidural), el cirujano a cargo decidió realizar una salpingoclasia bilateral (ligadura de las trompas de Falopio) sin su consentimiento informado y sin que fuera necesaria en una situación de emergencia en la que estuviera en riesgo inminente su vida o la de su bebé (su tercera hija). Un par de días después de la operación, el médico le informó que por indicación médica había realizado la ligadura de trompas, argumentando que un futuro embarazo podría poner en peligro su vida, por la debilidad

²³ Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

de la pared uterina tras la cesárea. El médico, sin embargo, alegó que la señora I.V. dio su consentimiento verbal durante la cirugía.

La Comisión Interamericana alegó que en este caso se combinaban varios factores de discriminación, ya que se trataba de una mujer migrante de escasos recursos, lo que la puso en una situación de vulnerabilidad al acudir a un servicio público de salud que no era idóneo y en el que, según diversos indicios, el personal médico que le practicó la cirugía estaba influenciado por estereotipos de género sobre la incapacidad de las mujeres para decidir autónomamente respecto de su propia reproducción. En estos casos en que el personal médico se considera facultado para tomar mejores decisiones que la paciente respecto al control de su reproducción, se configura una discriminación en el acceso de las mujeres a la salud (*cf.* párrs. 136 y 137).

Por su parte, la representante de la víctima agregó que existió discriminación múltiple en la esterilización forzada, dado que I.V. fue atendida en el hospital público bajo el perfil de ser pobre, con poca instrucción y, además, extranjera, lo que habría despertado actitudes xenofóbicas (*cf.* párr. 138). El Estado negó estos hechos y se opuso tajantemente a considerar el caso como parte de un patrón sistemático o una política de esterilización forzada y de control de natalidad bajo criterios discriminatorios como el que se ha observado en otros países (*cf.* párr. 141).

De este modo, la Corte Interamericana asumió, a petición de parte y de la Comisión, el estudio de una potencial discriminación por factores múltiples, reconociendo que la esterilización involuntaria de una mujer configura una forma de discriminación de género.²⁴ La Corte estableció, en primer lugar, que en este caso se incumplió con la obligación de obtener consentimiento previo, libre e informado para la esterilización (*cf.* párrs. 161-235), y que la decisión médica de practicarla sin consentimiento, mientras I.V. se encontraba en el transoperatorio de una cesárea, estuvo motivada por una lógica de cuidado paternalista, según la cual la paciente no tomaría decisiones confiables en el futuro para evitar un nuevo embarazo, y bajo el estereotipo de género,

²⁴ Sobre el debate conceptual véase Sifris, Ronli, “Involuntary sterilization of HIV-Positive women: an example of intersectional discrimination”, *Human Rights Quarterly*, núm. 37, 2015, pp. 464-491.

MANUEL GÓNGORA MERA

según el cual la mujer es la única responsable de la anticoncepción de una pareja (*cf.* párr. 236).

En este sentido, aplicando la técnica de escrutinio estricto,²⁵ la Corte constató que en este caso se produjo discriminación por el género (*cf.* párrs. 240-246). Pero a la hora de evaluar si se produjo una discriminación múltiple, o si los factores alegados convergieron interseccionalmente en la configuración de una situación específica de discriminación, la Corte brevemente consideró que no hubo elementos probatorios para establecer que la esterilización involuntaria en este caso se hubiera debido al origen nacional, la condición de refugiada o la posición socioeconómica de I.V., con lo cual no declaró la configuración de una discriminación interseccional (*cf.* párr. 248).

Sin embargo, lo novedoso de este caso es que plantea el tema de la múltiple discriminación en el análisis sobre la violación del derecho de acceso a la justicia de la víctima, un ámbito que no había sido explorado en sentencias previas de la Corte desde esa perspectiva. Sobre este punto, la Comisión había argumentado que I.V. fue discriminada por ser mujer, debido a la total impunidad en que quedó el caso y a las deficiencias procesales de las actuaciones administrativas y penales relacionadas con la violación de sus derechos reproductivos (*cf.* párr. 282). La representante de la víctima solicitó a la Corte que analizara el carácter discriminatorio de las deficiencias procesales de los operadores de justicia como distinciones motivadas por el sexo, género, posición económica, origen nacional y el estatus de refugiada de I.V. (*cf.* párr. 284).

La Corte inició su análisis recordando su jurisprudencia previa sobre el derecho de acceso a la justicia en casos de vulneraciones de derechos sexuales y reproductivos, así como haciendo

²⁵ Según esta técnica de examen, para analizar la idoneidad de una restricción o diferenciación se exige que: *i*) el fin que persigue no solo sea legítimo en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino además imperioso; *ii*) el medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario (no puede ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo), y *iii*) los beneficios de adoptar la restricción o diferenciación deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

un resumen de la práctica y estándares internacionales sobre la materia, para concluir que la ineficiencia del sistema de justicia en las investigaciones por violaciones a derechos sexuales y reproductivos constituye una forma de discriminación a la mujer. Posteriormente, en el análisis del alcance de la responsabilidad internacional del Estado por el proceso penal, la Corte concluyó que en el caso de la señora I.V. “[...] confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación en el acceso a la justicia asociados a su condición de mujer, su posición socio-económica y su condición de refugiada”. Sin embargo, no se aplicó la lógica de argumentación del caso *Gonzales Lhuy* (tesis de agravación y análisis de intersecciones). La argumentación tuvo dos pasos: i) se consideraron brevemente y por separado estos tres factores de discriminación, y ii) una vez constatado que se produjo discriminación múltiple, se verificó si se podía caracterizar o no como discriminación interseccional bajo un criterio de especificidad.

En el primer paso, la Corte encontró que no solo se produjo discriminación de género, sino también por la posición socio-económica de I.V. (debido a los cambios de jurisdicción, que implicaron costos elevados de traslado a largas distancias, *cfr.* párr. 319), y por su condición de refugiada (dado que durante los procedimientos judiciales sufrieron diversas presiones relacionadas con la calidad de su residencia en Bolivia. *Cfr.* párr. 320). Tras este análisis separado, la Corte concluyó que “[l]a discriminación que vivió I.V. en el acceso a la justicia no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”.

2.2. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua (2018)*

En *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*,²⁶ la Corte, por primera vez en una sentencia, anunció que aplicaría un análisis jurídico ba-

²⁶ Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 350.

MANUEL GÓNGORA MERA

sado en un enfoque interseccional como punto de partida y a lo largo del estudio para elucidar el alcance de una medida discriminatoria o la violación concreta de un derecho, y no como un argumento adicional o como conclusión (como hizo, por ejemplo, en *I.V. vs. Bolivia*).

Los dos motivos principales de discriminación también fueron resaltados desde el inicio, en la narración de los hechos del caso. El Estado nicaragüense fue demandado por su supuesta falta de respuesta para investigar y juzgar en un plazo razonable y sin revictimización las violaciones sexuales perpetradas contra la niña V.R.P., ocurridas entre septiembre y octubre de 2000 (cuando V.R.P. tenía ocho años), pese al abundante material probatorio que indicaba que el responsable habría sido su padre (un abogado miembro del Frente Sandinista para la Liberación Nacional que había sido procurador auxiliar del departamento de Matagalpa, entre otros cargos).

La Corte consideró que en “*Campo Algodonero*” y en otras sentencias previas²⁷ había establecido estándares sobre los deberes estatales de investigar y juzgar penalmente los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, pero que era necesario especificar estos estándares a las condiciones particulares de las violaciones sexuales cometidas contra niñas. Para estos efectos, la Corte indicó que aplicaría un enfoque interseccional con el fin de retomar sus estándares en casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, e interpretarlos en este caso concreto en combinación con los estándares internacionales sobre los derechos de niños y niñas (*cf.* párrs. 154 y 155). Es decir, a través del enfoque interseccional, la Corte no solo evaluó las vulneraciones a derechos reconocidos en instrumentos internacionales sobre violencia contra la mujer, sino además los reconocidos en instrumentos internacionales de protección de niñas y niños. De este modo, las categorías de género y edad de la víctima fueron centrales a lo largo de toda la sentencia.

²⁷ Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *cit.*; *Caso Espinoza González vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289; *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, núm. 333.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

Al aplicar este enfoque, la Corte consideró que, cuando se analizan casos que involucran niñas y adolescentes, los estándares normativos sobre violencia y violación sexual contra mujeres adultas debían orientarse con los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño: *i)* el principio de no discriminación, *ii)* el principio del interés superior de la niña, *iii)* el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y *iv)* el principio de respeto a la opinión de la niña que ha sido víctima de delitos de violencia sexual en todo procedimiento que la afecte (*cf.* párrs. 155-157). Por tanto, la Corte reconoció a las niñas una protección reforzada en razón a su vulnerabilidad a sufrir violencia sexual, especialmente en la esfera familiar. Esto supone para el Estado un deber de debida diligencia reforzada con una especial intensidad, que se hace efectivo con una respuesta institucional dirigida a las condiciones específicas de las niñas (edad, grado de madurez, nivel de comprensión, nivel socioeconómico) que hayan sido víctimas de delitos de violencia sexual durante la investigación penal, así como a la hora de adoptar medidas de protección (p. ej., asistencia jurídica y de salud), atención integral y acompañamiento especializado, rehabilitación (médica, psicológica) y reintegración social. Se le debe abrir espacios para pronunciarse durante el proceso judicial, con las debidas garantías, pero todas sus actuaciones han de realizarse con su consentimiento y evitando en todo momento su revictimización (p. ej., si el proceso se desarrolla en un entorno intimidatorio, hostil o insensible, o si la evaluación física le causa a la víctima un trauma adicional).

Es a la luz de estos criterios que la Corte realizó su análisis de fondo de las diversas violaciones a derechos humanos en este caso (*cf.* párrs. 172-203, 289-299) y concluyó que efectivamente se configuró responsabilidad internacional del Estado por vulnerar su deber de diligencia reforzada y protección especial, provocando una situación de revictimización. Para la Corte, la niña sufrió una doble violencia: sexual, por parte de un agente no estatal, e institucional, durante el proceso judicial (en particular, en el examen médico forense y la diligencia de reconstrucción de los hechos). Estos actos revictimizantes fueron calificados como un trato cruel, inhumano y degradante en términos del artículo 5.2 de la Convención Americana.

MANUEL GÓNGORA MERA

La aplicación del enfoque interseccional se ve reflejado en la sección de reparaciones, especialmente cuando la Corte ordena como garantía de no repetición que los protocolos de investigación integral para atender casos de violencia sexual tengan lineamientos más específicos para casos en que la víctima sea una niña, niño o adolescente (párrs. 377-385), implemente una figura especializada para asistencia jurídica gratuita de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos (párr. 387), y desarrolle capacitaciones permanentes para funcionarios públicos que trabajen con temáticas de violencia sexual (párrs. 392-395).

2.3. Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018)

Finalmente, en *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*,²⁸ la Corte se pronunció sobre una temática que no había estado asociada a la discusión sobre interseccionalidad: la adopción internacional. El caso se basa en la decisión de autoridades públicas guatemaltecas de separar a dos niños (de 2 y 7 años) de sus padres biológicos, declarándolos en estado de abandono en 1997, y concediéndolos en adopción a dos familias distintas en el exterior en 1998. La Comisión Interamericana consideró que la declaratoria de abandono y las irregularidades cometidas por las autoridades judiciales en la resolución de los recursos interpuestos contra esta decisión y los procesos de adopción violaron la Convención Americana.

La Corte inició su análisis destacando la sistematicidad de las serias irregularidades en los procesos de adopción de niños y niñas que se dieron en Guatemala al finalizar el conflicto armado interno en 1996 (especialmente entre 1997 y 2007). Esto era posible gracias a una legislación muy permisiva que promovió la privatización del proceso de adopción, en un intento por reacomodar a niños que necesitaban urgentemente un nuevo hogar tras el conflicto, pero terminó convirtiéndose en un lucrativo negocio internacional. A continuación, la Corte explicó que el caso debía

²⁸ Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, núm. 351.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

interpretarse a la luz del *corpus iuris* internacional de protección de niñas y niños (cfr. párr. 149), sin invocar para estos efectos el enfoque interseccional, como lo había hecho en *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Posteriormente, la Corte asumió el estudio de los alegatos de los representantes de las víctimas respecto a una potencial discriminación basada en la posición económica de los padres, estereotipos de género sobre los diferentes roles parentales (que hicieron que se juzgaran las conductas de la madre como un incumplimiento de un determinado rol socialmente impuesto) y la orientación sexual de la abuela de los niños.

La Corte aplicó una lógica de argumentación similar a la planteada en *I.V. vs. Bolivia*: primero se consideraron separadamente cada uno de estos motivos de discriminación y, una vez constatado que efectivamente se produjo una discriminación múltiple, se verificó si se podía caracterizar o no como discriminación interseccional. Para la Corte, los factores identificados “[...] confluieron de manera interseccional en la señora Flor de María Ramírez Escobar, quien por ser madre soltera en situación de pobreza, formaba parte de los grupos más vulnerables a ser víctima de una separación ilegal o arbitraria de sus hijos, en el marco del contexto de adopciones irregulares en que sucedieron los hechos de este caso”, y concluyó que “[l]a discriminación de la señora Ramírez Escobar es interseccional porque fue el producto de varios factores que interactúan y que se condicionan entre sí” (párr. 304). Como se observa, la lógica de argumentación para identificar el carácter múltiple de la discriminación es diferente a la aplicada en *Gonzales Lluy*, y el enfoque interseccional solo se ve brevemente reflejado en la parte final del examen de la vulneración de derechos humanos (“conclusión”, párrs. 303 y 304).

III. SISTEMATIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE INTERSECCIONALIDAD: EL CASO *CUSCUL PIVARAL VS. GUATEMALA* (2018)

El caso *Cuscul Pivaral* tiene vocación para convertirse en un *leading case* en materia de interseccionalidad en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esto se debe a que, por primera vez, se intenta agrupar las diferentes aproximacio-

MANUEL GÓNGORA MERA

nes conceptuales y lógicas de argumentación que la Corte había aplicado previamente.

Como se sabe, los hechos del caso giran en torno a serias omisiones estatales en el tratamiento médico de portadores de VIH en Guatemala. Entre el grupo de 49 personas sobre las cuales se desarrolló el caso, cinco mujeres se encontraban en estado de gravidez al momento de ser diagnosticadas con VIH, o estuvieron embarazadas con posterioridad a su diagnóstico. Según la denuncia ante la Comisión Interamericana, estas mujeres no recibieron una atención adecuada de conformidad con sus condiciones particulares. La Corte planteó un estudio más profundo sobre la situación específica de estas mujeres. Sandra Zepeda estaba en su séptimo mes de embarazo al ser diagnosticada con VIH; pese a ello, no recibió tratamiento adecuado para evitar la transmisión vertical del virus, lo que ocurrió en definitiva (párr. 136). Pascuala Mérida tenía cinco meses de embarazo cuando se le diagnosticó el VIH; cuando tuvo lugar el parto, el personal médico se negó a practicarle una cesárea programada, poniendo a su bebé en un alto riesgo de transmisión vertical del VIH. Sobre las tres mujeres restantes, la Corte no contó con elementos suficientes para evaluar su situación como mujeres embarazadas portadoras de VIH.

Al igual que la gran mayoría de las víctimas del caso, Sandra y Pascuala son personas de escasos recursos y cuentan con un bajo nivel de escolaridad (tercer y segundo grado de primaria, respectivamente). En consideración a la especificidad de su caso, la Corte optó por evaluar si se produjo discriminación contra ellas sobre la base de múltiples motivos de discriminación. Para ello, al igual que en *I.V. vs. Bolivia* y *Ramírez vs. Guatemala*, optó por analizar separadamente cada motivo de discriminación, pero como lo hizo en *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, desde el inicio del análisis aplicó el criterio de agravación (aumento de vulnerabilidad y riesgo), con el objetivo de resaltar la especificidad de la discriminación. La lógica de argumentación entonces combinó algunos elementos de las sentencias previas y el resultado fue un análisis a tres pasos:

1. *Identificación de los factores de riesgo o vulnerabilidad y su verificación como categorías prohibidas de discriminación a*

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

la luz de la Convención Americana: la Corte observó que ser portador de VIH es una condición social que encaja dentro de los motivos prohibidos de discriminación del artículo 1 de la CADH y que pone a las personas en una situación de vulnerabilidad o riesgo, por lo que deben tener garantizado el acceso a los servicios de salud (párrs. 129-133).

2. *Criterio de especificidad:* a continuación, la Corte evaluó cómo estos motivos de discriminación interactuaron o concurrieron entre sí, dando lugar a un tipo específico de discriminación. En el caso concreto, la Corte resaltó que la condición de ser portador de VIH y la pobreza extrema aumentan la mortalidad y morbilidad materna; en virtud del artículo 19 de la CADH, por lo que en estos casos el Estado debe asumir una posición de garante y adoptar medidas especiales para proteger el interés superior del niño (párrs. 131 y 132).
3. *Criterio de agravación:* la Corte verificó finalmente si esta discriminación específica efectivamente afectó a las víctimas del caso concreto. Al respecto, la Corte consideró que la falta de suministro de tratamiento antirretroviral a Sandra durante su embarazo, así como la negación a practicar el parto por cesárea a Pascuala, constituyeron una forma de discriminación basada en el género; al tratarse de mujeres embarazadas portadoras de VIH, esta discriminación aumentó el riesgo de transmisión vertical del VIH a sus hijos. La Corte resaltó que según el perito escuchado durante el juicio, la asistencia médica es crucial para garantizar la salud y vida de los recién nacidos, ya que más de 90% de los niños con VIH se infectan a través de su madre durante el embarazo, el trabajo de parto, el parto y la lactancia, y sin intervención, más de la mitad de los niños con VIH morirán en los primeros dos años de vida (párr. 137).

Tras constatar la multiplicidad de factores de discriminación y el impacto diferenciado de esta discriminación, la Corte concluyó que la discriminación que sufrieron las víctimas fue el producto de la intersección de múltiples factores (el ser mujeres, estar embarazadas y ser portadoras de VIH) que se condicionaron

MANUEL GÓNGORA MERA

entre sí. En consecuencia, la Corte calificó esta situación como una discriminación interseccional en relación con la obligación estatal de garantizar el derecho a la salud de las señoras Sandra Zepeda y Pascuala Mérida (párrs. 138 y 139), y en las reparaciones ordenó al Estado garantizar tratamiento médico adecuado a mujeres embarazadas que viven con VIH.

En su voto razonado, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor hace un ejercicio de sistematización de los fallos discutidos en este artículo e identifica los avances que se han logrado hasta *Cuscul Pivaral*, pero también advierte sobre algunos retos hacia el futuro. En particular, sugiere que si la Comisión Interamericana o los representantes de las víctimas denuncian que se ha producido una discriminación interseccional, deberán argumentar convincentemente que: *i)* las categorías que invocan estén cubiertas por la Convención Americana; *ii)* que su confluencia generó una discriminación específica, y *iii)* que efectivamente agravó la situación de la víctima. En sus palabras, “[...] no basta con alegar que existen diferentes elementos que confluyen en una persona, sino que debe acreditarse que la combinación de estos elementos generó una nueva forma agravada de discriminación con características específicas”.

Para dimensionar la importancia del caso *Cuscul Pivaral* para el desarrollo jurisprudencial del concepto de discriminación interseccional, conviene terminar esta sección con una cita adicional al voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

34. La Sentencia es especialmente relevante en este tema pues permite visibilizar la confrontación entre género y maternidad, factores usualmente solapados por la condición de persona que vive con el VIH. La mayoría apreció la existencia de un nuevo tipo de discriminación agravada a partir de la interacción de dichas circunstancias, reconociendo la necesidad de que el Estado brinde protección diferenciada a partir de las necesidades particulares que enfrentan las mujeres embarazadas que viven con el VIH. Esta aproximación tiene una doble virtud: por un lado, visibiliza a un grupo que ha sido históricamente discriminado y fija consecuencias jurídicas para el Estado por no brindar una protección bajo un enfoque diferencial; y, por otro lado, abre la puerta para que el Estado adopte medidas en el futuro que permitan una protección más eficaz y mucho más específica del derecho a la salud para mujeres embarazadas que vi-

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

ven con el VIH. En este sentido, la Sentencia —tanto en su análisis de fondo, como en materia de reparaciones— se suma a lo ya definido por ONUSIDA sobre la necesidad de fomentar un entorno protector y habilitante para las mujeres, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad.

IV. CONCLUSIONES

El concepto de interseccionalidad se introdujo en la jurisprudencia interamericana en torno a tres temas de género estrechamente vinculados: *i*) discriminación en servicios de salud; *ii*) violencia basada en el género, y *iii*) discriminación basada en el género. Desde 2015 se ha agregado un cuarto tema central: la discriminación por el estado de salud, en particular, por la condición de ser portador de VIH. En este conjunto temático, los casos usualmente se han relacionado con cuatro tipos de derechos por sujetos: *i*) derechos de la mujer; *ii*) derechos de los niños; *iii*) derechos de minorías étnicas, y *iv*) derechos de personas con VIH. En buena parte de los casos, el concepto de interseccionalidad ha permitido dar visibilidad a formas específicas de discriminación contra mujeres, por ejemplo: mujeres indígenas de escasos recursos víctimas de violencia sexual (*Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú vs. México*); niñas víctimas de violencia sexual (*V.R.P. vs. Nicaragua*); niñas portadoras de VIH en condición de pobreza (*Gonzales Lluy vs. Ecuador*); mujeres embarazadas portadoras de VIH (*Cuscul Pivaral vs. Guatemala*); mujeres migrantes de escasos recursos en condición de refugiadas (*I.V. vs. Bolivia*), o madres cabeza de familia de escasos recursos (*Ramírez vs. Guatemala*).

La noción de discriminación interseccional es una alternativa conceptual para afrontar el problema de las discriminaciones basadas en diversos motivos, factores o riesgos. Pero como hemos visto a partir del análisis jurisprudencial, la Corte Interamericana ha probado otras alternativas para resolver este tipo de casos. Antes de la década de 2010, la solución solía ser la subsunción de los distintos motivos de discriminación en una forma de discriminación principal. En casos como *Fernández Ortega y otros vs. México* o *Rosendo Cantú vs. México*, la Corte identificaba una forma de discriminación prioritaria, y trataba la discriminación por otros motivos como agravantes de esta. A partir de 2014, la Corte

MANUEL GÓNGORA MERA

ha estado invocando el concepto de discriminación interseccional y el enfoque interseccional, aunque no siempre de manera uniforme. La desviación más notoria en la línea jurisprudencial reciente es el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, donde la Corte empleó el concepto de “enfoque interseccional” para referirse a la aplicación de estándares normativos específicos de acuerdo con las características particulares de las víctimas. En otras palabras, el enfoque interseccional bajo esa definición significaría un método de entrecruce de estándares normativos (en este ejemplo, estándares sobre violencia contra la mujer y sobre protección de niños y niñas). Sin embargo, como se observó en el estudio de *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, esta es una tarea que realiza con frecuencia la Corte Interamericana sin tener que invocar la aplicación de un enfoque interseccional.

Para el resto de sentencias, el enfoque interseccional se refiere en buena medida a una forma integral y horizontal (es decir, sin partir *a priori* de la existencia de una categoría que es más importante que las demás) de interpretar y abordar casos de discriminación cuando se produce por varios motivos o factores y considerando sus impactos diferenciados. Sin embargo, la manera en que este enfoque se aplica judicialmente ha variado significativamente. Sobre la base de las cuatro sentencias analizadas (excluyendo el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* por las razones previamente mencionadas), se pueden identificar distintas lógicas de argumentación:

- a) La aplicada en *Gonzales Lluy*, a dos pasos: *i*) inicialmente se verifica si hay más de un factor o riesgo de discriminación y cómo esto la agrava (criterio de agravación), y *ii*) luego se analizan las combinaciones o intersecciones entre factores o motivos de discriminación.
- b) La aplicada en *I.V. vs. Bolivia* y en *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, a dos pasos: *i*) se analiza separadamente cada motivo de discriminación, y *ii*) de constatar que hay más de un factor de discriminación relevante (es decir, que se trata de una discriminación múltiple), se verifica si esta puede describirse o categorizarse como un caso de discriminación interseccional.
- c) La aplicada en *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, en la que se verifica que *i*) las categorías que se invocan como moti-

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

vos de discriminación estén cubiertas por la prohibición de la Convención Americana; *ii*) que su intersección o confluencia generó una discriminación específica (criterio de especificidad), y *iii*) que efectivamente agravó la situación de la víctima (criterio de agravación).

La diferencia más notoria entre estas tres opciones es el tipo de análisis interseccional. En *Gonzales Lluy*, la Corte parte de la base de que los motivos o factores de discriminación son analíticamente inseparables y, por tanto, opta por un análisis de las conexiones o interacciones que se produjeron entre estos. Esta visión se inscribe bien con los desarrollos teóricos sobre el concepto en las ciencias sociales, pero ante un estrado judicial es operativamente más compleja en términos probatorios, y puede derivar en argumentaciones de tipo contrafáctico que, en la mayoría de casos, no son comprobables (p. ej., especular si se hubiera o no llegado al resultado discriminatorio si los motivos prohibidos se hubieran dado por separado).

En las sentencias posteriores, la Corte abandona este tipo de análisis y opta efectivamente por separar analíticamente los motivos de discriminación; una vez que confirma que se produjo discriminación múltiple, evalúa si puede categorizarse como una discriminación interseccional. Como ejemplifican los casos *I.V.* y *Ramírez*, el déficit de esta alternativa es que el análisis tiende a convertirse en una simple sumatoria de discriminaciones, con lo cual, en la práctica, se borra la frontera conceptual entre discriminación múltiple y discriminación interseccional. Con *Cuscul Pivara* se instaaura una metodología híbrida que, si bien mantiene el análisis separado de los motivos de discriminación, le devuelve el énfasis al estudio más integral de los motivos de discriminación como categorías que se intersectan, así como a sus efectos sinérgicos.

La interseccionalidad es un concepto en construcción que se alimenta tanto de las ciencias sociales como del derecho internacional de los derechos humanos, que son ámbitos que se influyen mutuamente.²⁹ En ese sentido, no existe una manera

²⁹ Véase Sosa, Lorena, *Intersectionality in the human rights legal framework on violence against women: At the centre or the margins?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

MANUEL GÓNGORA MERA

única o “correcta” de hacer judicialmente operativa una perspectiva interseccional. Sin embargo, dado su origen doctrinal y la enorme variedad de corrientes teóricas que se han desarrollado en torno a la idea de interseccionalidad, era importante que la Corte Interamericana estableciera una postura propia y adoptara una definición estable sobre discriminación interseccional, manteniendo cierta uniformidad en la aplicación judicial del enfoque interseccional. En comparación con sentencias previas, *Cuscul Pivaral* ofrece criterios y conceptos mucho más claros a la hora de formular denuncias de discriminación invocando la interseccionalidad, por lo que, en aras de la coherencia, resulta deseable que los lineamientos generales de esta sentencia se mantengan en el futuro. Entre los puntos que aún merecen un pronunciamiento más detallado de la Corte se pueden destacar los siguientes:

1. *Las implicaciones del enfoque interseccional frente a las obligaciones del Estado de proteger los derechos:* según la Corte, el enfoque interseccional establece el deber de ofrecer una protección reforzada a grupos históricamente marginados (p. ej., pueblos indígenas y afrodescendientes), así como otros grupos vulnerables o en situaciones de riesgo (p. ej., personas con discapacidades, adultos mayores, portadores de VIH, personas en situación de desplazamiento forzado, personas privadas de la libertad). Sin embargo, la Corte debería ser más específica en relación con el alcance de estas obligaciones y su impacto en el diseño de políticas públicas. En su voto razonado en *Cuscul Pivaral*, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor sugiere observar la experiencia colombiana con el denominado “enfoque diferencial” en la protección de víctimas, que da énfasis a la protección de grupos afectados desproporcionalmente, como ocurre, por ejemplo, en los programas de atención integral a la población desplazada con un enfoque diferencial de género.
2. *Alcances en términos de las obligaciones estatales de reparación:* gracias al enfoque interseccional, la Corte puede identificar que el daño producido es más grave; sin embargo, se debería precisar el impacto de esta constatación en la evaluación de las reparaciones a víctimas de discriminación interseccional. Si las medidas de reparación

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

- deberían ser integrales, se deberían tener en cuenta las múltiples dimensiones que fueron afectadas y cómo se refleja en la indemnización, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición (reparación diferenciada).
3. *Límites de las categorías*: el enfoque interseccional implica la identificación de categorías, factores o motivos de discriminación: género, clase, etnicidad, “raza”, etc., y sus interacciones o articulaciones. La Corte no se ha limitado a combinaciones de género y “raza”, como sí suele ocurrir en la literatura socio-legal sobre la temática. Si bien las combinaciones analizadas por la Corte involucran generalmente la categoría de género, tampoco hay en los planteamientos teóricos de la Corte ningún sustento para limitar el enfoque interseccional a temas que involucren necesariamente la categoría de género. Por otro lado, la Corte ha sido amplia en relación con la interpretación del artículo 1.1 sobre otras condiciones sociales que pueden ser consideradas como motivos prohibidos de discriminación, como la condición de portar el VIH o el estado de gravidez. Todo esto ofrece un amplio margen para la aplicación del enfoque interseccional en casos de discriminación. Si bien esto puede ser favorable al inicio de una línea jurisprudencial sobre la temática, se corre el riesgo de una invocación arbitraria de múltiples factores de discriminación que en realidad podrían subsumirse bajo una causa central de discriminación. A largo plazo, esto puede debilitar el concepto mismo de interseccionalidad, pues puede llevar al absurdo de que, dado que prácticamente en toda discriminación concurren varias condiciones o circunstancias personales o sociales, toda discriminación tendría que calificarse como múltiple. En este punto se necesitan criterios sólidos para una distinción conceptual clara. La Corte ha optado por los criterios de agravación y especificidad, pero debe ser más concreta sobre la forma en que estos criterios deben ser aplicados.

El enfoque interseccional resulta un avance sustancial en la jurisprudencia interamericana, ya que da visibilidad a experiencias específicas de discriminación que usualmente pasaban desapercibidas en las políticas públicas de los Estados latinoameri-

MANUEL GÓNGORA MERA

canos y al interior de las instituciones de justicia, acostumbradas a operar con categorías abstractas y homogeneizadas como “las mujeres”, “los niños”, o “los pobres”. Esta mayor visibilidad no solo contribuye a una mejor comprensión de la situación individual de una víctima, sino que permite un análisis mucho más cercano a las realidades sociales que padecen grupos especialmente vulnerables en el conjunto de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en la región, lo que supone un análisis contextual del incremento del riesgo o vulnerabilidad de las víctimas: nos muestra que no todos sufren por igual en el marco de un conflicto armado; que la marginación en áreas rurales afecta desproporcionadamente a ciertos grupos de la población, o que los déficits de atención en algunos centros de salud tienen distintos niveles, según el género, la condición social y el color de piel. Nos revela a los excluidos entre los excluidos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA LÓPEZ, Juana, “The Cotton Field Case: Gender perspective and feminist theories in the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 21, 2012.
- CARBADO, Devon W. *et al.*, “Intersectionality: mapping the movements of a theory”, *Du Bois Review: Social Science Research on Race*, vol. 10, núm. 2, septiembre de 2013.
- CASAS, Ximena, “Multiple discrimination in access to sexual and reproductive health: Experiences from Latin America and The Caribbean”, *University of Miami Law Review*, núm. 65, 2011.
- CLÉRICO, Laura y NOVELLI, Celeste, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir *Campo Algodonero*”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2015.
- CRENSHAW, Kimberlé, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, 1989.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes...

- FERNANDES, Florestan, “Raza y clase”, en JELIN, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global Entangled Inequalities: Conceptual Debates and Evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.
- GAYET, Anne-Claire, “The Inter-American Court of Human Rights”, en MERCAT-BRUNS, M. *et al.* (eds.), *Comparative perspectives on the enforcement and effectiveness of antidiscrimination Law*, Springer, Cham, 2018.
- GÓNGORA MERA, Manuel, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- HANCOCK, Ange-Marie, “When multiplication doesn’t equal quick addition: examining intersectionality as a research paradigm”, *Perspectives on Politics*, vol. 5 núm. 1, marzo de 2007.
- JELIN, Elizabeth, “Unequal Differences: gender, ethnicity/race and citizenship in class societies (historical realities, analytical approaches)”, en JELIN, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global entangled inequalities: conceptual debates and evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.
- SAFFIOTI, Heleieth, “Género y clase social”, en JELIN, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global entangled inequalities: conceptual debates and evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.
- SIFRIS, Ronli, “Involuntary sterilization of HIV-Positive women: an example of intersectional discrimination”, *Human Rights Quarterly*, núm. 37, 2015.
- SOSA, Lorena, *Intersectionality in the human rights legal framework on violence against women: At the centre or the margins?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, “Etnicidad y clase”, en JELIN, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global entangled inequalities: conceptual debates and evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.