

Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos

LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
EN EL DERECHO INTERAMERICANO DE
LOS DERECHOS HUMANOS

Edward Jesús Pérez



LA IGUALDAD
Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL
DERECHO INTERAMERICANO
DE LOS DERECHOS HUMANOS

Edward Jesús Pérez



2016

Las opiniones expresadas en este texto son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan necesariamente las opiniones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

PRIMERA EDICIÓN:

agosto, 2016 (CD)

ISBN COLECCIÓN SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS (CD):

978-607-729-279-1

PRIMERA EDICIÓN:

agosto, 2016

ISBN OBRA COMPLETA:

978-607-8211-06-7

ISBN:

978-607-729-244-9

D. R. © COMISIÓN NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS

Periférico Sur 3469,
esquina con Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, Ciudad de México

DISEÑO DE PORTADA:

Irene Vázquez del Mercado Espinosa

FORMACIÓN DE INTERIORES:

Carlos Acevedo R.

Impreso en México

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
I. INTRODUCCIÓN	13
II. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS.	14
1. El derecho positivo.	15
2. El rango y valor de la igualdad y no discriminación de acuerdo con la Corte Interamericana	19
3. La relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana: cláusulas subordinadas y autónomas de la igualdad y no discriminación	23
III. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	29
1. La definición de no discriminación, interpretada a la luz del derecho interamericano	29
2. El término igualdad en el derecho interamericano: ¿igualdad formal o material?	34
IV. DISTINCIONES LEGÍTIMAS	38
1. Identificando si dos situaciones jurídicas son iguales o análogas.	39
2. Justificaciones en el derecho interamericano para una distinción.	41
3. El <i>test</i> : verificando si una distinción es legítima	44
4. El <i>test</i> estricto de ponderación y las categorías sospechosas	47
V. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA	49

VI. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS:	
LA OBLIGACIÓN DE TOMAR ACCIÓN POSITIVA	52
1. Las obligaciones generales del Estado y la acción positiva	52
2. Interseccionalidad de factores de vulnerabilidad . .	55
VII. CONCLUSIÓN	58

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos reconoce que la labor de difusión y fomento del respeto a los derechos humanos es importante y urgente por lo que continúa creando conciencia sobre la existencia de los mismos y la necesidad de que sean respetados. En su interés está elevar el nivel nacional de su protección para salvaguardar la libertad y la dignidad de las personas, cumpliendo con su tarea de difusión a través de la presente colección que hoy entrega a la sociedad.

Nuestro país ha dado en los últimos años pasos significativos en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ratificar un número muy significativo de tratados internacionales y aceptar la competencia de diferentes órganos internacionales de protección, entre otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como organismo no jurisdiccional y cuya función está vinculada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tribunal que constituye la culminación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, resultando ambas instancias complementarias o subsidiarias de la misión que primordialmente compete a los Estados.

La Comisión IDH y la Corte IDH se encargan de determinar si las acciones u omisiones de los Estados parte son o no compatibles con los compromisos adquiridos a raíz de la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Comisión IDH es un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuya función principal es promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y servir como órgano consultivo de la Organización en esa materia. Fue el primer órgano tutelar de derechos en el sistema interamericano, iniciando su actividad en 1960. Han sido relevantes los estándares fijados por la Comisión IDH, ya que desde la interpretación que ese organismo ha dado a la Convención Americana y a otros

instrumentos internacionales, es posible establecer una mejor protección de los derechos fundamentales.

Si bien México es parte de la Convención Americana desde el 24 marzo de 1981, reconoció la competencia de la Corte IDH hasta el 16 de diciembre de 1998. La Corte IDH es el órgano jurisdiccional instituido para la protección de los derechos humanos en el continente. La propia Corte IDH ha señalado que, ante todo y principalmente, es una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, la Corte posee facultades de naturaleza preventiva y ejecutiva, de las que resulta, en el caso de las primeras, medidas provisionales cuando exista una situación de extrema gravedad y urgencia en que sea preciso proteger derechos contra ataques que pudieran acarrear consecuencias irreparables para las personas.

La Corte IDH, en ejercicio de sus funciones contenciosa, consultiva y cautelar, ha aportado una gran variedad de criterios en materia de derechos humanos derivada de su interpretación de la Convención Americana y de otros tratados. En esa medida, al aplicar dichas disposiciones internacionales al ordenamiento interno, es importante acudir a la jurisprudencia o doctrina fijada por ella, misma que por su amplitud y riqueza, debe ser conocida con detalle para comprender y desentrañar cómo, desde los pronunciamientos que hace en los casos que se someten a su conocimiento, interpreta los instrumentos internacionales, estableciendo estándares para la mejor protección de los derechos.

Del conocimiento de los casos que se han sometido a su jurisdicción, la Corte IDH ha analizado una gran variedad de temas del catálogo de derechos. De igual manera, ha conocido casos de todos los países que han reconocido la competencia de la Corte, dictando sentencias que han tenido un muy positivo cumplimiento, que se ha traducido en cambios normativos, en mejoramientos en los sistemas de protección y en mecanismos de reparaciones.

Respecto a los criterios o jurisprudencia que deriva de las sentencias de la Corte IDH, varios tribunales constitucionales de

Latinoamérica consideran que tanto los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la interpretación de esos derechos desarrollada en las sentencias de la Corte IDH deben ser reconocidos por los Estados.

En México, en un primer momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que son criterios vinculantes de la Corte IDH los derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y son criterios orientadores la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.* Sin embargo, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte resolvió que toda la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para México con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, siempre y cuando su aplicación resulte más protectora de los derechos de las personas de conformidad con el artículo 1o. constitucional.

Lo anterior, enmarca la importancia del estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de las funciones de sus órganos y de los mecanismos de protección, como son las peticiones y casos que pueden culminar con una sentencia, informe o recomendación; así como el análisis de los criterios emitidos sobre temáticas de derechos humanos de mayor impacto en la región.

La Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ocupa de una gran variedad de temas del catálogo de derechos que se han sometido al conocimiento de los organismos que lo integran. En este caso, la Colección se integra con los siguientes títulos:

- 1) *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 2) *Los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

* SCJN. Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Tesis número LXVIII/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

- 3) *El trámite de casos individuales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 4) *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano.*
- 5) *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 6) *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.*
- 7) *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 8) *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano.*
- 9) *Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 10) *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 11) *La Convención Americana sobre derechos Humanos. Reflexiones generales.*
- 12) *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 13) *El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismo para la protección ambiental.*
- 14) *Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 15) *La evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 16) *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-State actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.*
- 17) *Los derechos sexuales y reproductivos: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 18) *¿Superposición de las reparaciones otorgadas por comisiones de la verdad y tribunales regionales de derechos*

humanos? Una aproximación a la realidad interamericana.

- 19) *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional.*
- 20) *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano.*
- 21) *La pena de muerte en el Sistema Interamericano: aproximación jurídica-filosófica.*
- 22) *Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.*
- 23) *Guía de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 24) *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos.*
- 25) *La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 26) *Criterios de la Corte Interamericana sobre la interpretación de los derechos humanos a la luz del derecho internacional humanitario.*
- 27) *Las garantías judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 28) *La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH.*
- 29) *La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Esta Colección, desde la perspectiva de cada uno de los autores—a quienes agradecemos que compartan su experiencia y visión de los temas—pretende difundir la cultura de los derechos humanos entre todas las personas, esto supone fortalecer el conocimiento de los diferentes derechos, su exigibilidad y empoderamiento. Asumimos el compromiso de generar ese diálogo necesario con la sociedad civil quien es el destinatario y actor idóneo para que germinen y prosperen los derechos en nuestro país con base en su plena exigencia y reivindicación.

Al igual que todas las colecciones de esta Comisión Nacional, el lector podrá encontrar, en nuestro sitio *web*, la versión electrónica de los títulos señalados.

*Luis Raúl González Pérez,
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos*

I. INTRODUCCIÓN

No queda duda de la importancia que el derecho a la igualdad y no discriminación tiene en el derecho internacional de los derechos humanos. Todo el sistema de protección de derechos humanos en el derecho internacional se fundamenta en la igualdad y no discriminación: las personas, justamente por su condición de ser personas, sin distinción, cuentan con los mismos derechos humanos.

Ahora bien, brindarle contenido al derecho a la igualdad y no discriminación es un reto en sí mismo: ¿cómo se garantiza la igualdad cuando los individuos son, sin excepción, distintos?, y ¿por qué tratar a personas de forma igual puede generar efectos discriminatorios? Las respuestas a estas preguntas no son claras. Más aún, los problemas relacionados con situaciones de desigualdad y discriminación no tienen una solución única y aplicable a todos los casos.

Este fascículo no pretende ser un estudio exhaustivo sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con la igualdad y no discriminación, ni tampoco aspira a hacer un análisis exhaustivo sobre la totalidad de las discusiones jurídicas que se pueden desprender de la interpretación de dicho derecho. Su objeto es introducir al lector en la metodología que, conforme con el derecho interamericano, ha sido desarrollada por la Corte Interamericana para dar respuesta a las preguntas señaladas, y atender a las situaciones de desigualdad y discriminación que podrían ser contrarias al derecho internacional de los derechos humanos.

Para ello, en primer lugar, se procederá a analizar el derecho positivo que consagra los derechos a la igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano, con el fin de fijar el marco dentro del cual el intérprete jurídico puede realizar su análisis. Posteriormente, en segundo lugar, se tratará de hacer una breve aproximación a los conceptos de igualdad y no discriminación, en la que se podrá identificar el contenido sustantivo detrás de los mismos. En tercer lugar, se hará referencia a

la legitimidad de una distinción, con el fin de precisar cuándo está permitida una distinción entre personas o situaciones jurídicas, y cuándo es contraria al derecho interamericano. En cuarto lugar, se hará una breve introducción a la distinción entre la discriminación directa e indirecta, y las consecuencias jurídicas que de ello se desprenden. Finalmente, se referirá a las obligaciones de los Estados para cumplir con respetar y garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas.

II. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El reto de analizar el derecho a la igualdad radica en que su estudio puede partir desde la filosofía o desde el derecho positivo. En el primero de los casos, la metodología a seguir implicaría estudiar las distintas acepciones posibles sobre la igualdad y no discriminación, y con base en ello determinar cuál sería el contenido que debe brindarse a las palabras igualdad y no discriminación. Esta primera aproximación tiene como obstáculos que el contenido de dichas acepciones no sólo atiende a la filosofía jurídica, sino que también incluye valoraciones de naturaleza política, y que lejos de ser compatibles entre sí, tienden incluso a contradecirse en distintas oportunidades.

En la segunda alternativa, se partiría del derecho positivo, y siguiendo con las reglas de interpretación del derecho positivo internacional aplicables, previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, se analizaría el derecho escrito de acuerdo con su literalidad, para luego brindarle sustancia mediante las reglas de interpretación jurídica, en manos de los jueces y demás intérpretes de las normas. En este sentido, visto que el objeto del presente fascículo es entender el derecho a la igualdad y no discriminación desde una perspectiva estrictamente norma-centrista, se considera que el análisis debe partir

desde el derecho positivo, para luego ser interpretado conforme con las reglas que el derecho internacional proporciona para ello. Esto no implica una exclusión absoluta de la perspectiva filosófica del derecho a la igualdad, sino tan sólo una limitación en la metodología a seguir para interpretar el contenido de las normas que regulan este derecho.

Así, en este apartado se analizará el derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento jurídico positivo aplicable en el continente americano, haciendo referencia, en primer lugar, a la literalidad de las normas que regulan dicho derecho; en segundo lugar, al rango y valor que dichas normas jurídicas tienen en el ordenamiento jurídico americano, y finalmente, a la relación entre las distintas disposiciones que regulan la igualdad y no discriminación dentro del *corpus iuris* interamericano. Con ello, se pretenderá identificar cuál es el marco dentro del cual hay margen para interpretar el derecho a la igualdad y no discriminación conforme con las disposiciones jurídicas aplicables, y cómo las distintas normas que regulan el derecho a la igualdad y no discriminación están diseñadas para relacionarse entre ellas.

1. El derecho positivo

Tal como ha sido señalado previamente por la literatura, la igualdad es una idea vacía, ya que en sí misma no responde a la pregunta de quiénes son iguales ni en qué consiste el trato igual. El reto del intérprete jurídico es darle sustancia al derecho a la igualdad y no discriminación desde la noción abstracta de la igualdad, convirtiéndola en formulaciones legales concretas que distingan cuando un trato desigual es legítimo.¹ En virtud de que el desarrollo propuesto pretende estudiar la garantía de igualdad y no discriminación desde el derecho interamericano

¹ Daniel Moeckli, “Equality and Non Discrimination”, en Daniel Moeckli *et al.*, coords., *International Human Rights Law*. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 190.

de los derechos humanos,² se procederá a darle contenido a dicho concepto a partir de las normas jurídicas que las prevén. Para ello, se partirá de las reglas de interpretación previstas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y las previstas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³

En primer lugar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 1.1 y 24, prevé el derecho a la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

Artículo 1.1:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en

² Para los efectos del presente artículo, el término “derecho interamericano de derechos humanos” se referirá al conjunto de normas de derecho internacional que regulan las obligaciones que tienen los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos, relativas a la protección de derechos humanos. En ese sentido, se entenderán como parte de dicho conjunto de normas, *inter alia*, las previstas en: la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e intolerancia, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, las Convenciones Interamericanas sobre la Concesión de Derechos Civiles y Políticos a la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

³ Acorde con dichos artículos, la interpretación de un tratado debe proceder “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Aunado a ello, subsidiariamente, se podría acudir a otros medios de interpretación, como los trabajos preparatorios del tratado objeto de estudio. Dichas reglas, previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no podrán permitir una interpretación de la Convención Americana en un sentido de: “a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. *Vid.* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 31 y 32; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29.

ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...]

Artículo 24

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

Ambas normas, cada una con su respectivo sentido y alcance, tal como se analizará posteriormente, permean la interpretación y aplicación del texto de la Convención Americana y de los ordenamientos jurídicos de los Estados que hayan ratificado dichos tratados. En efecto, la consecuencia de la previsión de estas normas es que, en la medida de que dicha obligación sea exigible para el Estado, éste deberá no sólo tomar acciones para garantizar el acceso a los derechos contenidos en la Convención en condiciones de igualdad, sino tomar todas las medidas para garantizar que dentro de cada Estado se garanticen condiciones de igualdad en el acceso a todos los derechos y en el cumplimiento de los deberes contenidos en cada ordenamiento jurídico nacional.

Aunado a lo anterior, la Convención Americana realza el valor del derecho a la igualdad y no discriminación cuando lo prevé no sólo en los artículos antes referidos, sino también cuando hace referencia a los mismos dentro de normas que corresponden a otros derechos. En efecto, del artículo 8.2 de la Convención se desprende el derecho de toda persona, “en plena igualdad”, a garantías judiciales mínimas durante un proceso judicial. El artículo 17, referente a la protección de la familia, prevé la obligación del Estado de disponer “la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio”, y la de “reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Finalmente, el artículo 23 dispone el derecho al sufragio “universal e igual y por voto se-

creto”, y además prevé el derecho de “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país”.

La especial valoración a la igualdad y no discriminación expuesta en el tratado mencionado se puede observar extendida a lo largo de todo el andamiaje jurídico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo sucesivo, “Protocolo de San Salvador”), expresamente provee que: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Protocolo de San Salvador, además de la disposición general sobre la no discriminación expuesta, también enuncia la prohibición de discriminar y el derecho a la igualdad de forma específica en su artículo 7, referido a garantías laborales, donde dispone la obligación de los Estados parte de dicho tratado de garantizar “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

Además, el derecho interamericano de los derechos humanos se ve complementado por tratados que, de forma específica, tienen como objeto, directo o indirecto, la eliminación de la discriminación y la garantía de igualdad en diversos casos. Entre ellos, se identifican la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Así, de la voluntad de los Estados partes de la Organización de Estados Americanos, integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se desprende al menos el especial

valor que, en este hemisferio, se le ha brindado a la protección contra la discriminación y al fortalecimiento de las garantías de igualdad entre todos los seres humanos.

No obstante ello, aunque exista consenso por parte de los Estados sobre la importancia de la igualdad y no discriminación, no basta la lectura de las normas jurídicas dispuestas en el derecho positivo para determinar de forma clara las obligaciones que se desprenden de las mismas. El derecho positivo, entonces, tan sólo sirve de punto de partida para orientar el contenido que se le debe dar a este derecho. Los enunciados legales previstos en el derecho interamericano servirán entonces como una cáscara, que mediante la interpretación de la norma realizada por la jurisprudencia y la doctrina, permitirán determinar el contenido que tiene el derecho a la igualdad y no discriminación en el derecho interamericano. Frente a ello, más adelante procederemos a analizar el contenido de la igualdad y no discriminación, según lo ha entendido la Corte Interamericana.

2. El rango y valor de la igualdad y no discriminación de acuerdo con la Corte Interamericana

De la previsión general del derecho de igualdad y no discriminación en el derecho interamericano sí se pueden obtener conclusiones relacionadas con el rango y valor de los mismos. *Prima facie*, el reconocimiento de dichos derechos encuentra un origen convencional en los tratados señalados previamente, de tal forma que su existencia como derecho estaría vinculada directamente con la ratificación de un Estado al tratado correspondiente, en este caso, principalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, la voluntad estatal observada en la sección anterior fortalece la afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la cual el derecho a la igualdad y la no discriminación tiene rango de *jus cogens* en el derecho internacional. En ese sentido, la Corte Interamericana recientemente afirmó que:

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. 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.⁴

En este sentido, en el año 2003 fue la primera ocasión en la cual la Corte tuvo la oportunidad de hacer referencia al rango del principio de igualdad y no discriminación, a través de su Opinión Consultiva 18 sobre la *Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados*, en la que expresamente se le consultó a la Corte si este principio pertenece al *jus cogens*. En dicha oportunidad, la Corte amparó el carácter de *jus cogens* del derecho a la igualdad y no discriminación aseverando que:

[...] 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

⁴ Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C Núm. 289, párr. 216.

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.

[...]

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*.⁵

Dicha formulación ha sido posteriormente ratificada de forma uniforme a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶ No obstante ello, en el presente fascículo no se pretende dilucidar si el razonamiento de la Corte en esa oportunidad fue suficiente para clasificar dicho derecho como parte del *jus cogens*.

Si se acepta la formulación de la Corte por la cual dicha norma es de rango *jus cogens*, la igualdad y no discriminación se configurarían como normas imperativas del derecho internacional, inderogables salvo por otra norma del mismo rango,⁷ y exigibles con independencia de la ratificación de algún trata-

⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A Núm. 18, párrs. 100-101.

⁶ Al respecto, ver, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*, *op. cit.*, *supra* nota 4, párr. 216; Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C Núm. 279, párr. 197, y Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párr. 79.

⁷ *Mutatis mutandi* artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece: “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite

do de derechos humanos. En este sentido, los Estados tendrían la obligación sustantiva de respetar y garantizar la igualdad y no discriminación, independientemente de que sean parte de alguna de las normas analizadas previamente o, en general, de algún tratado que prevea dicho derecho. Lo anterior no implica que algún tribunal, como la Corte Interamericana, tenga jurisdicción para valorar posibles incumplimientos de dicha obligación si el Estado no es parte de un tratado que le otorgue jurisdicción a algún tribunal internacional, como lo es la Convención Americana con relación a la referida Corte.

No obstante lo anterior, algún sector de la doctrina ha manifestado dudas con relación a la pertenencia del derecho a la igualdad y no discriminación al rango del *jus cogens*. Por ejemplo, Moeckli afirma que el derecho a la igualdad y no discriminación genera obligaciones a los Estados en el derecho internacional, pero en el plano de la costumbre internacional.⁸ Otros sectores de la doctrina distinguen el rango y valor de la obligación de respetar y garantizar la igualdad y no discriminación de acuerdo con la categoría sobre la cual se fundamentaría una posible distinción arbitraria: Bayefsky, en su artículo de 1990, por ejemplo, argumentó la pertenencia del derecho a la igualdad y no discriminación en el derecho internacional consuetudinario con relación a las distinciones por razón de raza y religión, sin proceder a afirmar que alguna otra categoría podría estar protegida por el derecho internacional extraconvencional.⁹ Es probable que el desarrollo de tratados internacionales cuyos fines han sido la erradicación de la discriminación, al igual que aquellos otros dirigidos a la protección especial en favor de grupos vulnerables podrían propiciar que, siguiendo la línea argumentativa de la citada autora, se haya ampliado el espectro de categorías protegidas por el derecho internacional consuetudinario, o incluso se hubiese llevado a una conclusión más

acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

⁸ D. Moeckli, “Equality and Non Discrimination”, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 194.

⁹ Anne F. Bayefsky, “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, 1990, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>, fecha de consulta: 19 de agosto de 2015, pp. 19-22.

amplia, como la señalada por Moeckli o la prevista por la Corte Interamericana en su reiterada jurisprudencia.¹⁰

En cualquier caso, lo que pareciera constante en el derecho internacional, y en particular, en el derecho interamericano es que los Estados se encuentran obligados a respetar y garantizar la igualdad y no discriminación de todas las personas, ya que, independientemente de su calificación dentro de las fuentes del derecho como *jus cogens* o como costumbre internacional, genera obligaciones vinculantes para los Estados, con independencia de la existencia y ratificación de un tratado que prevea dicho derecho, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. La relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana: cláusulas subordinadas y autónomas de la igualdad y no discriminación

Previo a proceder a darle contenido al derecho a la igualdad y no discriminación según los textos positivos señalados, es pertinente hacer referencia a la relación entre los artículos que regulan el derecho a la igualdad y no discriminación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: sus artículos 1.1 y 24. Para ello, debe referirse a los conceptos de cláusulas subordinadas y cláusulas autónomas sobre igualdad y no discriminación.

En este sentido, una cláusula subordinada prohíbe la discriminación en cuanto al goce y disfrute de los derechos conte-

¹⁰ En este sentido, Bayefsky determinó el carácter consuetudinario de la prohibición de discriminación por raza amparándose en los análisis realizados por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva de 1971 sobre el caso Namibia. En cuanto a la prohibición de discriminación por razón a la religión, se refirió a la adopción por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas a la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones. Siguiendo dicha metodología, la proliferación de documentos jurídicos, vinculantes y no vinculantes, dirigidos a la erradicación de la discriminación podrían llevar a concluir que existe consenso en el derecho internacional de que la igualdad y no discriminación son normas de obligatorio cumplimiento, bien sea en carácter de costumbre internacional, o incluso como parte integrante del *jus cogens*.

nidos dentro del instrumento referido. Por su parte, una cláusula autónoma prohíbe cualquier tipo de discriminación, de forma autónoma, con independencia de que se refiera a un derecho contenido en el mismo instrumento o que provenga de otra fuente.¹¹ Es decir, en el marco del primer tipo de cláusula, los Estados tienen una obligación de respetar y garantizar todos los derechos contenidos dentro de, por ejemplo, la Convención Americana sin discriminación alguna. En el segundo caso, los Estados tendrían la obligación de respetar y garantizar que, en general, no exista un trato discriminatorio en perjuicio de cualquier persona o situación jurídica.

En el texto de la Convención Americana se encuentran cláusulas de ambas naturalezas. El artículo 1.1 de la Convención, al proveer la obligación de los Estados de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona [...] sin discriminación alguna...”, está estableciendo una cláusula subordinada, que sólo ampara la prohibición de discriminación en cuanto al respeto y garantía de los demás derechos convencionales. Por otra parte, el artículo 24 de la Convención, al reconocer el derecho autónomo a la igualdad, se constituye como una cláusula autónoma que puede ser transgredida por el Estado en la medida que incurra en tratos discriminatorios, con independencia de que dicho trato haya sido con relación a alguna de las obligaciones contenidas en la Convención.

Similar al artículo 1.1 de la Convención es el artículo 3 del Pacto de San Salvador, que dispone la prohibición de discriminar al “garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian”. De esta forma, la obligación de no discriminar contenida en dicho artículo 3 está subordinada a que referido trato lo sea con relación a alguno de los derechos contenidos en el mencionado Protocolo.

La diferencia entre la cláusula subordinada y la cláusula autónoma sobre la igualdad y no discriminación en la Convención Americana fue analizada en primera oportunidad por la Corte Interamericana en 1984, en su Opinión Consultiva 4 sobre

¹¹ D. Moeckli, “Equality and Non Discrimination”, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 194.

la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada a la Naturalización*, cuando la Corte debió emitir su opinión sobre la compatibilidad de la propuesta de reforma constitucional costarricense en materia de adquisición de la nacionalidad.¹² Respecto de la relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención, la Corte determinó que mediante la previsión de ambos artículos en dicho tratado:

[...] 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.¹³

De esta forma, la Corte reconoció la diferencia entre el contenido de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, de tal forma que el artículo 1.1 de la Convención, en principio, se refiere al derecho de las personas a gozar de los derechos contenidos en ese tratado sin discriminación, mientras que el artículo 24 de la Convención Americana extiende la obligación de no discriminación y de igualdad a las normas del derecho doméstico, de tal forma que en el ordenamiento jurídico interno tampoco podrán imponerse restricciones discriminatorias. Este análisis ha sido consistentemente sostenido por la Corte Interamericana.¹⁴ Lo anterior, no obstante, implicaría que ninguna de ellas puede ser

¹² Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A Núm. 4.

¹³ *Ibid.*, párr. 54.

¹⁴ En este sentido, Uprimny ha señalado que el artículo 24, entendido como cláusula autónoma tiene como características que 1) “consagra un derecho independiente respecto a los demás derechos reconocidos en la Convención”, 2) “genera obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados”, y 3) “se refiere específicamente a la garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades”. *Vid.* Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, “Igualdad ante la ley”, en Christian Steiner y Patricia Uribe, coords., *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada*. Berlín, Konrad-Adenauer Stiftung, 2014, p. 585.

leída de forma aislada, ya que la cláusula autónoma tendría como uno de sus objetos extender la obligación de no discriminar convencional a todas aquellas prácticas y normas extraconvencionales. Así lo ha señalado Uprinmy, al afirmar que:

[...] la diferencia entre los dos artículos radica en su alcance, más que en su contenido. Así, mientras la prohibición de discriminación del artículo 1.1 se restringe a los derechos consagrados en la misma Convención, el artículo 24 extiende esta prohibición a todas las disposiciones de derecho interno de los Estados Parte al condenar todo trato discriminatorio de origen legal.¹⁵

Lo señalado previamente encuentra mayor sustento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: en los casos *Norín Catrimán y otros vs. Chile* y *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte afirmó que el artículo 24 “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”.¹⁶ Añade la Corte en dichos casos que:

[...] 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.¹⁷

El uso de las palabras “no se limita a reiterar” pareciera insinuar que el contenido del artículo 24 incluye el contenido

¹⁵ *Ibid.*, p. 584.

¹⁶ Corte IDH. Caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 6, párr. 199; Corte IDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Núm. 127, párr. 186.

¹⁷ Corte IDH. Caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 6, párr. 199; Corte IDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *op. cit.*, *supra* nota 16, párr. 186.

del artículo 1.1 sumado al derecho a la igualdad y no discriminación *de otros derechos y toda la legislación interna que se apruebe*, fortaleciendo la tesis de que la relación entre ambos artículos es de extensión o alcance, siendo que el artículo 24 amplía el efecto de la obligación de igualdad y no discriminación.

Ahora bien, el debate sobre la relación entre ambos derechos encuentra un hito en las decisiones a los casos *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, *Fernández Ortega vs. México*, *Rosendo Cantú vs. México*, y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, en los que la Corte creó la siguiente disyuntiva: "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 a su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana".¹⁸ Desde dicho momento, la Corte Interamericana trató ambas obligaciones de manera alternativa: si existe discriminación en el goce de algunos de los derechos contenidos en la Convención, procedía el análisis con base en la cláusula subordinada sobre la igualdad y no discriminación; si existe discriminación frente a otro derecho reconocido por el ordenamiento jurídico interno de un Estado, procedía el análisis con base en el derecho autónomo a la igualdad y no discriminación.

El señalamiento anterior ha tenido una excepción clara en el caso *Veliz Franco*. En dicho caso, la Corte afirma que la influencia negativa de estereotipos de género en perjuicio de las víctimas en la investigación de los hechos de dicho caso configura una violación a ambos, al artículo 24 y al artículo 1.1 de la Convención, pues "[l]os hechos del presente caso comprenden ambas modalidades de discriminación y por lo tanto no se hace nece-

¹⁸ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Núm. 182; 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, párr. 199; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C Núm. 216, párr. 183; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párr. 82.

sario realizar una distinción”.¹⁹ Dicha decisión no presenta mayor justificación a cómo dichos hechos podrían constituir violaciones a ambos artículos. En ella tampoco se justificó algún cambio de criterio por parte de la Corte en cuanto a la relación entre ambos artículos. Pareciera, además, que dicha decisión fue un caso aislado, ya que, con posterioridad, la totalidad de las sentencias que se han referido a la relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención han adoptado la tesis *disyuntiva* que preexistía al caso *Veliz Franco*.

Por lo tanto, pareciera que la jurisprudencia pacífica de la Corte Interamericana ha reiterado que, al valorar una posible transgresión a la igualdad y no discriminación, deberá hacerlo con base en el artículo 1.1 de la Convención, si se refiere a un trato discriminatorio en el acceso a un derecho contenido en la Convención, y con base en la cláusula autónoma, si se alude a un trato discriminatorio en el acceso a un derecho ajeno a la Convención. Así lo ha sido en los últimos casos —a la fecha de presentación de este fascículo— de la Corte Interamericana en los que se valoró dicho derecho, *Gonzales Lluy, Granier y Otros, Espinoza Gonzáles y personas dominicanas y haitianas expulsadas*, publicados en los últimos dos años, en los cuales se determinó la existencia una violación al artículo 1.1 de la Convención: en el primero de los casos, por las limitaciones en el acceso a la educación en perjuicio de la niña Talía Gonzales, al tener VIH, entre otros factores que agravaron su vulnerabilidad;²⁰ en el segundo de los casos, por la no renovación de la concesión de uso del espectro radioeléctrico para la radiodifusión en perjuicio de un medio de comunicación por razón de su línea editorial,²¹ en el tercero de los casos, por el sometimiento a la señora Espinoza Gonzáles a una práctica generalizada de violencia sexual

¹⁹ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C Núm. 277, párr. 215.

²⁰ 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, párr. 291.

²¹ Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 235.

como estrategia en la lucha contra un grupo terrorista;²² y en el último de los mismos, por las privaciones de libertad de varias personas “por ser haitianos o de origen haitianos”.²³

III. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El siguiente objetivo del presente fascículo es darle contenido a las acepciones “igualdad” y “no discriminación” en el marco del derecho interamericano y, en particular, con base en las disposiciones contenidas en la Convención Americana. Al respecto, como ha afirmado Uprimny, “[e]xisten distintas concepciones de igualdad, que pueden ser incluso incompatibles entre sí. Por ejemplo, no sólo no es lo mismo hablar de igualdad de trato, igualdad de oportunidades o igualdad de resultados, sino que a veces el respeto de cada uno de estos tipos puede traducirse en la vulneración de otro”.²⁴ De dicha dicotomía se desprende la relevancia de determinar cuál es el contenido de dicho derecho dentro del marco fijado por las normas jurídicas analizadas.

1. La definición de no discriminación, interpretada a la luz del derecho interamericano

El texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no proporciona una definición del término discriminación. De una lectura de las demás normas que conforman el derecho interamericano, se puede observar que el artículo 1 de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intole-

²² Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*, *op. cit.*, *supra* nota 4, párr. 229.

²³ Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C Núm. 282, párr. 404.

²⁴ R. Uprimny Yepes y L. M. Sánchez Duque, “Igualdad ante la ley”, *op. cit.*, *supra* nota 14, p. 581.

rancia sí proporciona una definición del referido concepto, al preverlo de la siguiente forma:

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

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Igualmente, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores define discriminación en su artículo 2, en los siguientes términos: “Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada”.

No obstante, las definiciones proporcionadas por dichas Convenciones no se encuentran vigentes hasta la fecha, ya que dichos tratados no se hallan en vigor todavía.²⁵ Aunado a ello,

²⁵ El artículo 20 de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia dispone que “La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos”. Sin embargo, a la fecha de presentación de este fascículo, ningún Estado ha ratificado dicho tratado. *Vid.* Estado de Firmas y Ratificaciones de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilate

si bien la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define “discriminación contra las personas con discapacidad”, este tratado no proporciona una definición clara sobre el término “discriminación”, en general. De esta forma, en el derecho positivo interamericano vigente no se encuentra una clara disposición que defina el término discriminación.

Por su parte, la Corte Interamericana ha definido discriminación como toda diferencia de trato que carezca de justificación objetiva y razonable, “es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”.²⁶ Dicha definición se adoptó con base en la reiterada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos,²⁷ al interpretar el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone la obligación de los Estados parte de dicho tratado de no discriminar en el aseguramiento de los derechos previstos en dicho tratado en favor de las personas.²⁸

Dicha definición debe ser leída en conjunto con la proporcionada por el Comité de Derechos Humanos, mediante su Observación General Número 18, en la que dispuso que discriminación es:

rales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp, fecha de consulta: 17 de agosto de 2015. Una disposición similar se encuentra dispuesta en el artículo 37 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, e igualmente, a la presente fecha, ningún Estado la ha ratificado. *Vid.* Estado de Firmas y Ratificaciones de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp, fecha de consulta: 17 de agosto de 2015.

²⁶ Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*, *op. cit.*, *supra* nota 4, párr. 219, y Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 6, párr. 200.

²⁷ *Vid. Inter alia*, Corte EDH, *Caso D.H. y otros vs. República Checa*, Núm. 57325/00. Sentencia del 13 de noviembre de 2007, párr. 196, y Corte EDH, *Caso Sejdic y Finci vs. Bosnia y Herzegovina*, Núms. 27996/06 y 34836/06. Sentencia del 22 de diciembre de 2009, párr. 42.

²⁸ El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es una cláusula subordinada de igualdad y no discriminación. Dicha norma dispone que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

[...] 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.²⁹

La misma fue adoptada por el Comité con base en la definición que brinda, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la discriminación racial, y la que proporciona, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sobre la discriminación contra la mujer, identificando los elementos comunes de cada una de las definiciones proporcionadas por dichos tratados, para inducir la definición ante dicha.³⁰ La Corte Interamericana adoptó esta última definición como propia en los casos *Atala Riffo vs. Chile* y *Norín Catrimán vs. Chile*, al referirse a la falta de definición del término discriminación dentro de la Convención Americana.³¹

Las definiciones proporcionadas por el Comité de Derechos Humanos y por la Corte Europea de Derechos Humanos son útiles para la construcción de una definición de las disposiciones de la Convención Americana y de los demás tratados del derecho interamericano sobre no discriminación. El texto de los artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es similar al de los artículos 1.1 y 24, respectivamente, e igualmente, el artículo 14 del Convenio Europeo de Dere-

²⁹ Dicha definición fue adoptada por el Comité de Derechos Humanos con base en la definición que la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial brinda a la discriminación racial, y la que proporciona la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sobre la discriminación contra la mujer. *Vid.* Comité de Derechos Humanos, Observación General Núm. 18, No Discriminación, 10 de noviembre de 1989, párrs. 7 y 8.

³⁰ *Idem.*

³¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 18, párr. 81, y Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 6, párr. 206.

chos Humanos es análogo al artículo 1.1 de la Convención. Además, dichos tratados atienden a objetos similares, y protegen en ambos casos la igualdad y no discriminación tanto en el goce de los derechos contenidos dentro del tratado (cláusula subordinada), como en general ante cualquier otra práctica o normativa estatal (cláusula autónoma).³²

Aunado a ello, la metodología seguida por el Comité de Derechos Humanos para el diseño de la definición de discriminación dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inducida de las definiciones de discriminación racial y discriminación contra la mujer, es igualmente aplicable al derecho interamericano. En este sentido, partiendo de la definición de discriminación contra las personas con discapacidad contenida en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,³³ se podría inducir que, en el marco del derecho interamericano vigente, la discriminación estaría definida como toda distinción, exclusión, restricción que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en perjuicio de un grupo determinado de personas, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.³⁴

En este sentido, partiendo de las distintas modalidades de interpretación del término discriminación antes señaladas, —se considera que el término “discriminación” en el marco del derecho interamericano vigente, debe ser entendido como lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Núm. 18. Dicha definición abarca la totalidad de los

³² Si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no prevé una cláusula autónoma sobre la igualdad y no discriminación, el artículo 1 del Protocolo Núm. 12 a dicho Convenio sí prevé dicha cláusula autónoma, con efectos similares a los correspondientes al artículo 24 de la Convención Americana.

³³ El artículo 2.a de dicho tratado define la discriminación contra personas con discapacidad como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

³⁴ Un análisis similar al anterior fue realizado en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. No obstante, la Corte no brinda una definición final del término discriminación en el marco del derecho interamericano. Al respecto, ver: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, op. cit., supra* nota 20, párr. 253.

elementos proporcionados por las demás definiciones de discriminación que podrían ser aplicables con base en el ordenamiento jurídico interamericano.

2. El término igualdad en el derecho interamericano: ¿igualdad formal o material?

La falta de definición en los tratados internacionales del término igualdad es un poco más compleja. En este sentido, ni el derecho positivo interamericano, ni la jurisprudencia de la Corte Interamericana permiten dilucidar con claridad una definición del término igualdad.

Ahora bien, la falta de una “posición” en cuanto a la definición de igualdad en el derecho interamericano ha llevado a una interpretación holística sobre dicho principio. En efecto, la doctrina ha señalado que la Convención Americana admite una doble interpretación del derecho a la igualdad: un concepto de igualdad formal que “se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características”,³⁵ y un segundo concepto de igualdad de oportunidades, relacionado “a la preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo”.³⁶

La jurisprudencia de la Corte avala dicho planteamiento. En los casos en los cuales se valora la “igualdad entre iguales”, la Corte ha mantenido el criterio de igualdad formal, por el cual ante situaciones iguales, proceden consecuencias iguales.

Por ejemplo, en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, la Corte asumió una tesis de igualdad formal entre jueces titulares y provisorios en el acceso a la justicia y el acceso a cargos públicos. En dicho caso, la Sala Político Administrativa venezolana determinó que la destitución de la jueza Reverón Trujillo había sido arbitraria, pero que, por su condición de jueza provisoria, no procedía su restitución. Ante ello, la Corte determinó que:

³⁵ R. Uprimny Yepes y L. M. Sánchez Duque, “Igualdad ante la ley”, *op. cit.*, *supra* nota 14, p. 585.

³⁶ *Ibid.*, p. 586.

[...] la diferencia de trato entre jueces titulares que cuentan con una garantía de inamovilidad plena, y provisorios que no tienen ninguna protección de dicha garantía en el contexto de la permanencia que les corresponde, no obedece a un criterio razonable [...] conforme con la Convención [...]. Por ello, el Tribunal concluye que la señora Reverón Trujillo sufrió un trato desigual arbitrario respecto al derecho a la permanencia, en condiciones de igualdad, en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual constituye una violación del artículo 23.1.c de la Convención Americana en conexión con las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la misma.³⁷

Otro caso en el cual la Corte adoptó una tesis de igualdad formal es el caso *Atala Riffo vs. Chile*, en el que la Corte debía valorar la decisión de la jurisdicción chilena de otorgar la tuición de tres niñas a su padre, debido a que la madre era de orientación sexual diversa. En este caso, la Corte determinó que la serie de razonamientos “abstractos, estereotipados y/o discriminatorios” en los que se fundamentó la decisión de los tribunales chilenos no justificaba la distinción de trato entre ambos padres, por lo que existió discriminación en perjuicio de la señora Karen Atala Riffo en dicho proceso de tuición.³⁸ En este sentido, la Corte asume una tesis de igualdad formal entre ambos padres frente al proceso de tuición que sostenían sobre sus tres hijas, y la falta de motivación razonable que justificara la distinción realizada por el tribunal chileno permitió que la Corte Interamericana identificara discriminación en perjuicio de la señora Atala.

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

³⁷ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C Núm. 197, párrs. 139-141.

³⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 18, párr. 146.

En este sentido, en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, la Corte observó que “[d]e las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.³⁹ En ese caso, la Corte valoró la expulsión por parte de Bolivia de los integrantes de una familia en condición de migrantes en situación irregular, y a su vez, solicitantes del estatus de refugiado. La Corte, en su análisis, determinó que “los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad”, que conllevó a una situación de desigualdad mantenida por “situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales)”.⁴⁰ Ante esta situación de desigualdad, para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a los integrantes de este grupo vulnerable, la Corte determinó que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.⁴¹

Por ello, la Corte consideró que “si se complementan las normas anteriores con el *corpus juris aplicable a las personas migrantes*, es posible considerar que [...] está reconocido el de-

³⁹ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C Núm. 272, párr. 128.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 129.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 130. *Vid. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A Núm. 16, párr. 119.

recho de cualquier persona extranjera [...] a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria”, y por ello las autoridades del Estado “deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión”.⁴² Ante la falta de estas garantías, el Estado de Bolivia fue declarado responsable internacionalmente por la violación de los derechos convencionales de los integrantes de la familia Pacheco Tineo. En este caso, se puede observar la construcción de una interpretación del derecho de acceso a la justicia en la Convención con base en una situación estructural de desigualdad en perjuicio de los migrantes en condición de irregular, por la cual el Estado estaría obligado a garantizar condiciones de igualdad en el acceso a la justicia a desiguales.

Otro ejemplo en el que la Corte Interamericana entendió el concepto de igualdad como igualdad de oportunidades es el de *Artavia Murillo y otros*. En dicho caso, la Corte valoró la prohibición absoluta en el Estado de los procedimientos de fecundación *in vitro*, lo cual generó un impedimento al derecho de las parejas a elegir si someterse a dichos procedimientos, especialmente, aquellas personas que sufren de infertilidad. En dicho caso, la Corte determinó que “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 lo que “las personas con infertilidad en Costa Rica [...] debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva”.⁴³ En este sentido, la Corte interpretó el derecho a la igualdad como igualdad de oportunidades, exigiendo al Estado brindar condiciones para que las personas que sufren infertili-

⁴² Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, *op. cit.*, *supra* nota 39, párrs. 135 y 136.

⁴³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C Núm. 257, párr. 293.

dad, en su situación de vulnerabilidad, puedan tener herramientas para atender a dicho problema de salud.

Partiendo de lo anterior, pareciera que la decisión sobre cuál acepción de la igualdad debe aplicarse, al menos en el marco del derecho interamericano, viene determinada por la condición de los sujetos de derecho involucrados, y de la posible existencia de situaciones de vulnerabilidad especiales en cada caso. En este sentido, la acepción de igualdad como igualdad de oportunidades operaría, principalmente, en aquellos casos en los cuales las distinciones se refieran a situaciones de discriminación estructural.⁴⁴

IV. DISTINCIONES LEGÍTIMAS

Una distinción entre dos personas no necesariamente implica que exista discriminación y, por ende, no implica una violación al derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el derecho interamericano. En efecto, tal como se señaló previamente, existe discriminación en la medida que exista una distinción entre dos personas que no sea objetiva ni razonable. Por argumentación en contrario, una distinción puede ser legítima en la medida que sea objetiva y razonable, lo cual conlleva que mantenga un fin legítimo y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios usados y el referido fin.

Partiendo de lo anterior, al momento de valorar la legitimidad de una distinción, proceden realizar tres operaciones: 1) determinar si una situación jurídica entre dos personas es relevantemente igual, con el fin de identificar si aplicarían al caso en estudio las obligaciones que derivan del derecho a la igualdad y no discriminación; 2) identificar cuáles justificaciones podrían ser consideradas legítimas y cuáles estarían prohibidas confor-

⁴⁴ Christian Courtis, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, disponible en: http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVICurso_Interdisciplinario_en_Derechos_discursos_y_ponencias/3.%20C.Courtis.pdf, fecha de consulta: 17 de agosto de 2015, p. 5.

me con el derecho interamericano, y 3) determinar si la distinción que existió atiende a un *test*, en el que se determine la legitimidad y proporcionalidad de la medida.

1. Identificando si dos situaciones jurídicas son iguales o análogas

No es una tarea sencilla identificar cuándo dos situaciones jurídicas son iguales o análogas, para los efectos de determinar si existe o no una violación a los derechos a la igualdad y no discriminación. En efecto, si se exigiera una igualdad absoluta entre situaciones jurídicas para determinar el cumplimiento de las obligaciones estatales en cuanto a la igualdad y no discriminación, probablemente el contenido de dicho derecho quedaría vacío. Difícilmente dos personas son exactamente iguales. Con dificultad dos situaciones jurídicas serán idénticas.

Ante esta situación, la doctrina plantea una solución:

La relevancia de las semejanzas y diferencias debe fijarse con respecto a la norma o situación específica de la cual se deriva el trato distintivo, en tanto el asunto en cuestión consiste precisamente en determinar si dos personas o grupos son lo suficientemente similares para reclamar *prima facie* un trato igual en un asunto en particular, o lo suficientemente distintas para justificar o incluso para exigir un trato diferenciado. Son pues el tipo de trato realizado y el propósito perseguido por las autoridades los factores que determinan si la situación es o no relevantemente igual.⁴⁵

De tal forma, no es la totalidad de la situación jurídica la que requiere ser igual para que opere el derecho a la igualdad y no discriminación. Son sólo los elementos relevantes para la aplicación de la norma o práctica por parte del Estado los que

⁴⁵ R. Uprimny Yepes y L. M. Sánchez Duque, “Igualdad ante la ley”, *op. cit.*, *supra* nota 14, p. 589.

deben ser ponderados a los efectos del cumplimiento de la obligación de igualdad y no discriminación.

El planteamiento señalado ha sido asumido por la Corte Interamericana en sus razonamientos al momento de identificar situaciones análogas. Por ejemplo, en el caso *Apitz y otros vs. Venezuela*, se disputaba la condición de igualdad en la que se encontraban cinco magistrados que integraban la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa frente a la destitución que sufrieron tres de los mismos, por la emisión unánime de una decisión judicial que fue calificada como un “error judicial inexcusable”. En este caso, la Corte constató que los tres magistrados destituidos no se encontraban en situación de igualdad pues no cumplían con los requisitos para acceder a la jubilación, lo cual acarrearía “la no imposición de la sanción correspondiente al ilícito disciplinario”.⁴⁶ No obstante ello, la Corte valoró si “el cumplimiento de los requisitos de jubilación introducía una diferencia razonable entre dos grupos de acuerdo con los fines de la norma disciplinaria aplicada”.⁴⁷ Ante ello, concluyó que:

La Corte considera que la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución. La Corte constata que los cinco jueces tenían un grado idéntico de responsabilidad disciplinaria, y el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación. Prueba de que la condición de jubilación es una premisa extraña al juicio disciplinario, es que en otros casos fue posible aplicar la sanción correspondiente a un ilícito disciplinario y, simultáneamente, conceder aquel derecho social a quien cumplía con los requisitos para ello.⁴⁸

Con base en lo anterior, la Corte determinó que “los cinco magistrados debían considerarse como idénticamente situados

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, *op. cit.*, *supra* nota 18, párrs. 195 y 196.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 197.

⁴⁸ *Ibid.*, párrs. 197 y 198.

frente al proceso disciplinario".⁴⁹ De esta forma, la Corte identificó una situación análoga entre los cinco jueces, y determinó que su condición frente a la jubilación no era un factor razonable para justificar diferencias en la aplicación de una sanción disciplinaria por la emisión de una decisión judicial unánimemente adoptada entre todos ellos.

Siguiendo el criterio de la Corte Interamericana, al interpretar la norma jurídica correspondiente a la igualdad y no discriminación, se debe identificar cuál es la norma o práctica aplicada de forma distinta a dos situaciones jurídicas, y si los criterios por los cuales se aplicó dicha norma o práctica de forma distinta son relevantes para su respectiva aplicación. En este sentido, se debe verificar la relevancia del factor que motivó la aplicación distinta de una norma o práctica, para determinar si realmente estaban en situaciones análogas o iguales.

2. Justificaciones en el derecho interamericano para una distinción

Tal como se señaló previamente, no toda distinción es contraria al derecho interamericano y, en particular, al derecho a la igualdad y no discriminación. Existen distintas razones que podrían justificar una distinción, siempre que atiendan a un *test*, al cual se hará referencia posteriormente.

No obstante, el derecho positivo puede regular de forma expresa algunos casos en los que una distinción se encuentre especialmente prohibida. En efecto, en la doctrina se ha identificado que el derecho positivo puede disponer tres modalidades para prever justificaciones que deben estar prohibidas al momento de establecerlas: 1) la previsión de una garantía general de igualdad, como la establecida en el artículo 24 de la Convención, por la cual el órgano con jurisdicción, mediante la aplicación de un *test*, determina cuáles son o no las distinciones legítimas o ilegítimas, sin prever una lista de causales prohibidas; 2) la previsión de una lista taxativa de razones prohibidas

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 200.

para realizar distinciones, por la cual el intérprete de la norma debe limitarse a valorar si la restricción fue realizada por alguna de las causales previstas en ella, y 3) la previsión de una lista abierta, mediante la cual el texto de la norma prevé una relación de categorías prohibidas para realizar una distinción, pero que además deja abierta la posibilidad de que existan otras justificaciones prohibidas. El artículo 1.1 de la Convención Americana se enmarcaría en este supuesto.⁵⁰

Este último supuesto requiere mayor profundización, ya que admite la pregunta ¿cómo se determina cuáles serían las otras justificaciones que se encontrarían prohibidas para realizar una distinción? En efecto, el artículo 1.1 provee una lista de justificaciones prohibidas para realizar una distinción, que concluye con “cualquier otra condición social”.

En el caso *Atala Riffo*, la Corte se vio en la obligación de determinar si la orientación sexual era una categoría prohibida para realizar una distinción en el marco del artículo 1.1 de la Convención Americana. Para ello, la Corte, con base en las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, que exigen que las disposiciones del tratado se interpreten brindando siempre “la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado”,⁵¹ confirmó que “[l]os 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”.⁵² Partiendo de ello, la Corte tomó en cuenta 1) las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual; 2) la interpretación realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos de la respectiva cláusula de no discriminación contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que permitía la incorporación de la orientación sexual como justificación prohibida; 3) las otras decisiones de los órganos de tratado del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos que for-

⁵⁰ D. Moeckli, “Equality and Non Discrimination”, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 196.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 18, párr. 84.

⁵² *Ibid.*, párr. 85.

talecían la prohibición de discriminar con base en la orientación sexual, y 4) las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU que se referían a la prohibición de discriminar con base en la orientación sexual,⁵³ y, por ello, determinó que:

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 consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁵⁴

De esta forma, la incorporación de una categoría prohibida para proceder a realizar distinciones dentro de la cláusula abierta contenida en el artículo 1.1 de la Convención procedió en el caso *Atala Riffo*, tras identificar la existencia de una voluntad en el derecho internacional de prohibir la discriminación con base en la orientación sexual.

Similarmente, el caso *Gonzales Lluy* permitió a la Corte identificar si el ser una persona con VIH/Sida calificaba como otra categoría prohibida en el marco de los términos “otra condición social” establecidos en el artículo 1.1 de la Convención. Al respecto, la Corte valoró 1) pronunciamientos realizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante los cuales determinó que el estado de salud se encontraba

⁵³ *Ibid.*, párrs. 86-90.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 91.

dentro de las categorías protegidas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2) pronunciamientos realizados por el Comité de los Derechos del Niño; 3) Resoluciones de la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y 4) informes de varios Relatores Especiales de Naciones Unidas, con el fin de determinar que “el VIH es un motivo por el cual está prohibida la discriminación en el marco del término ‘otra condición social’ establecido en el artículo 1.1 de la Convención”.⁵⁵

En este sentido, siguiendo el análisis realizado en ese caso, correspondería interpretar los términos “otra condición social” contenidos en el artículo 1.1 de la Convención siempre a la luz de las demás normas y otros instrumentos que podrían brindar la interpretación más favorable al respecto.

3. El *test*: verificando si una distinción es legítima

Ahora bien, ante una situación de desigualdad, en los términos señalados anteriormente, la operación que procede, a partir de ese momento, es la aplicación de un *test*, con el fin de determinar si dicha desigualdad atiende a una distinción legítima, es decir, que obedece a criterios objetivos y razonables. Como se indicó previamente, la Corte ha entendido que una distinción atiende a criterios objetivos y razonables si persigue un fin legítimo y si existe proporcionalidad entre el fin buscado y la distinción aplicada.

La aplicación de este *test* se ve claramente identificada en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, al que ya se ha hecho referencia en el presente fascículo. En este caso, Chile identificó como alegado fin legítimo para justificar la distinción en el resultado del proceso de tuición sobre sus hijas el interés superior del niño. Al respecto, señaló que:

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, ade-

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, *supra* nota 20, párrs. 254 y 255.

más, 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.⁵⁶

Ahora bien, siguiendo el criterio establecido en esa sentencia, no basta con identificar un fin legítimo. La Corte en ese caso señaló que “la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona”.⁵⁷ Por lo tanto, quien alegue que una distinción es legítima, debe demostrar el fin por el cual se aplica dicha distinción, y la afectación que la falta de aplicación de la mencionada distinción tiene sobre el fin legítimo que se propone proteger.

Por otra parte, a efectos de estudiar la proporcionalidad entre el grado de afectación a un fin legítimo y la afectación causada por la aplicación de la distinción referida, el caso *Fecundación in vitro* permite ejemplificar la operación argumentativa realizada por la Corte para determinar que una distinción atendía a un fin legítimo pero era desproporcionada. En dicho caso, la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro* atendía a la protección absoluta de la vida de un embrión. No obstante ello, la Corte pudo acreditar que “la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV”, y que el derecho a la vida del embrión no goza de protección especial por parte de la Convención Americana, razón por la cual afirmó que “encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y Niñas vs. Chile*, op. cit., supra nota 18, párr. 108.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 110.

inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV".⁵⁸ En este sentido, la Corte concluye en ese caso que:

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV.

En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. [...] la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.⁵⁹

De esta forma, se observa que la ponderación realizada por la Corte busca sopesar el grado de afectación a los bienes jurídicos que estarían perjudicados por la distinción. En la medida en que el grado de afectación sobre uno de los bienes jurídicos sea desproporcionado, la Corte procedería a determinar

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, *op. cit.*, *supra* nota 43, párrs. 310 y 311.

⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 314-316.

que dicha distinción es ilegítima, constituyendo de esta manera discriminación y, por lo tanto, una violación a las obligaciones estatales previstas en la Convención Americana.

4. El *test* estricto de ponderación y las categorías sospechosas

El *test* señalado previamente tiene una modalidad más estricta en algunos casos, cuando la justificación es *prima facie* incompatible con el derecho a la igualdad y no discriminación. Este *test* estricto aplica “para analizar la utilización de ‘categorías sospechosas’, respecto de las cuales ‘resulta casi imposible imaginar[las] como causa razonable de un trato diferente justificado’”.⁶⁰

En este sentido, en el derecho interamericano se deben considerar como categorías sospechosas no sólo aquellas que están expresamente previstas en el derecho interamericano (por ejemplo, las previstas en el artículo 1.1 de la Convención Americana), sino también las que se puedan desprender de la interpretación de la cláusula abierta de justificaciones prohibidas establecidas en el artículo 1.1 de la Convención, con base en el enunciado “otra condición social”, punto al cual previamente se hizo referencia.

Una distinción que se realiza fundamentada en una categoría sospechosa no es *per se* incompatible con el derecho interamericano y, en particular, con el derecho a la igualdad y no discriminación. No obstante ello, existe una presunción de invalidez de dichas distinciones, que se traduce en dos consecuencias jurídicas: 1) se requiere que el fin que pretende buscar dicha distinción atienda a “fuertes razones (‘una necesidad social imperiosa’ o ‘razones de mucho peso’), y 2) ocurre una inversión a la carga de la prueba, por la cual correspondería al Estado demostrar la justificación de la distinción objeto de escrutinio, probar que atiende a una necesidad social imperiosa, y justi-

⁶⁰ Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, *Revista IIDH*. San José, Costa Rica, núm. 47, enero-junio de 2007, p. 131.

ficar que dicha distinción es necesaria para el cumplimiento de dicho fin.⁶¹

En el caso *Atala Riffo*, la Corte Interamericana adoptó el criterio señalado, al valorar la decisión judicial de la Corte Suprema chilena, que afirmó que “la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”.⁶² Al respecto, la Corte determinó que, siendo la orientación sexual una categoría enmarcada bajo el concepto “otra condición social” dentro del artículo 1.1 de la Convención “la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”.⁶³ Añadió la Corte que:

En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo [...] vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.⁶⁴

⁶¹ Ariel Dulitsky, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago de Chile, núm. 3, 2007, pp. 23-24.

⁶² Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 18, párr. 123.

⁶³ *Ibid.*, párr. 124.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 125.

Se observa que la Corte, aunque sin hacer referencia al término “categoría sospechosa”, sí aplicó un *test* estricto de igualdad al momento de desechar la justificación brindada por la Corte Suprema de Chile para amparar la distinción de la que fue víctima la señora Karen Atala durante el proceso de tuición sobre sus hijas. En este sentido, la Corte requirió un escrutinio de mayor nivel para valorar la justificación, exigiendo una razón “de mucho peso” para que la distinción fuera considerada como legítima, y además requiriendo que sea el Estado quien pruebe dicha distinción.

Lo mismo ocurrió en el caso *Granier y otros vs. Venezuela*, al referirse a una posible discriminación en perjuicio del medio de comunicación Radio Caracas Televisión (RCTV) con base en su línea editorial. En dicho caso, habiéndose identificado que 1) frente a la decisión de no renovar la concesión de uso sobre el espectro radioeléctrico necesaria para la radiodifusión, RCTV se encontraba en una situación similar a otros medios de comunicación a los que sí les fue renovado, y 2) que la línea editorial del medio sí califica como una categoría sospechosa, enmarcada bajo el concepto de opinión política expresamente contenido en el artículo 1.1 de la Convención; la Corte procedió a invertir la carga de la prueba, por lo que “el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de reservarse el espectro no tenía una finalidad o efecto discriminatorio”.⁶⁵

V. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. Así lo ha determinado la Corte en su reiterada jurisprudencia al afirmar 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 fac-*

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Granier y otros vs. Venezuela*, *op. cit.*, *supra* nota 21, párr. 228.

to”.⁶⁶ Ahora bien, es pertinente distinguir ambas acepciones, pues tienen consecuencias jurídicas que serán brevemente indicadas a continuación.

La discriminación directa se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga. En estos casos, correspondería al demandante demostrar que otros han sido tratados de mejor forma sin justificación, y que ambos se encuentran en una situación comparable.⁶⁷

Un ejemplo de discriminación directa fue la práctica generalizada de violencia sexual en Perú entre 1980 y 2000, dirigida específicamente contra mujeres, identificada por la Corte en el caso *Espinoza Gonzáles*. Al respecto, la Corte observó que “los agentes estatales utilizaron la violencia sexual y la amenaza de violencia sexual en contra de Gladys Carol Espinoza Gonzáles como estrategia en la lucha contra el mencionado grupo subversivo”, y que “el haber sometido a la señora Espinoza a dicha práctica generalizada constituye discriminación individualizada por su condición de mujer, en violación del artículo 1.1 de la Convención Americana en su perjuicio”.⁶⁸ En este sentido, la Corte identificó que las mujeres fueron directamente afectadas por la práctica de violencia sexual dirigida en su contra por razón de su género.

Por otra parte, la discriminación indirecta se observa en aquellos casos en los que, si bien a primera vista la práctica o norma aplicada al caso, y que genera consecuencias jurídicas distintas es neutral, su impacto en un grupo determinado podría generar una consecuencia igualmente discriminatoria. De esta forma, aunque en principio no habría una diferencia en el trato,

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, *op. cit.*, *supra* nota 4, párr. 220; Corte IDH. *Caso Norín Catrín y otros vs. Chile*, *op. cit.*, *supra* nota 6, párr. 201; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C Núm. 251, párr. 236.

⁶⁷ D. Moeckli, “Equality and Non Discrimination”, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 198.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, *op. cit.*, *supra* nota 4, párr. 229.

la situación estructural en la que se encontrarían estos grupos, conllevaría a una situación de discriminación.⁶⁹ Al respecto, la Corte ha determinado que la discriminación indirecta se ve reflejada en aquellos casos en los que “el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”.⁷⁰

Así, en el caso *Nadege Dorzema*, la Corte determinó que un grupo de migrantes haitianos fueron víctimas de discriminación indirecta debido a:

- i) la falta de medidas preventivas para enfrentar de manera adecuada situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera terrestre con Haití y en consideración de su situación de vulnerabilidad; ii) la violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza en contra de personas migrantes desarmadas; iii) la falta de investigación con motivo de dicha violencia, la falta de declaraciones y participación de las víctimas en el proceso penal y la impunidad de los hechos; iv) las detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías; v) la falta de una atención y tratamiento médico adecuado a las víctimas heridas, y vi) el tratamiento denigrante a los cadáveres y la falta de su entrega a los familiares.⁷¹

Así, la Corte valoró dichos hechos no en forma aislada, sino en atención a la especial condición de vulnerabilidad en la que las personas migrantes haitianas se encontraban en esa oportunidad. De esta forma, la especial situación de vulnerabilidad en la que se hallaban los migrantes haitianos generó que, hechos que originalmente no serían constitutivos de discriminación, tuviesen consecuencias negativas desproporcionadas

⁶⁹ D. Moeckli, “Equality and Non Discrimination”, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 198.

⁷⁰ La Corte adoptó este criterio fundamentándose en la Observación General Núm. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Vid.* Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, *op. cit.*, *supra* nota 66, párr. 235.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 237.

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 los cuales un grupo de personas se encuentra en una situación *de facto* de exclusión social, el Estado no sólo puede implementar distinciones legítimas para corregir dicha situación, sino que además está obligado a implementarlas. 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

involucradas, para determinar el grado, extensión, e impacto que puede tener.

Así, el derecho interamericano exige que la concepción de igualdad formal se vea complementada por la concepción de igualdad de oportunidades en aquellos casos en los cuales las personas se encuentren en una situación estructural de exclusión y discriminación, siendo especialmente vulnerables a ser víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

Por esa razón es imperativo que el intérprete jurídico, al valorar una posible transgresión a la igualdad y no discriminación, la entienda no sólo como un derecho sustantivo, sino como un proceso en el que se ponderen los bienes jurídicos involucrados, y la necesidad de atender a una situación de discriminación estructural. Para ello, el derecho interamericano brindó dos herramientas para atender a estos elementos: 1) el *test* de igualdad, que permitirá identificar cuándo una distinción es legítima o no, y 2) la obligación de acción positiva, por la cual el Estado corregiría la discriminación estructural en perjuicio de un grupo, para promover su inclusión social.

La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos, fue editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. La copia se realizó en 1,000 discos.

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Rafael Estrada Michel

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

Edward Jesús Pérez



Abogado *cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela; LL. M. con especialización en Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge, Reino Unido. Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue profesor de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello y profesor asistente de la cátedra de Derecho Constitucional de esa misma universidad. Cuenta con experiencia profesional en el litigio ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos y el sistema universal de protección de derechos humanos, en casos relacionados a la independencia de la judicatura, derechos políticos, libertad de expresión, libertad personal, tortura y no discriminación, entre otros. Ha publicado varios artículos de investigación jurídica sobre la no discriminación, libertad de expresión, independencia de los operadores de justicia y en general, sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos.



9 786078 211067



9 786077 292449