IGUALDAD Y LA NO-DISCRIMINACION EN EL DERECHO INTERAMERICANO

Ariel E. Dulitzky

La identidad de las Américas no puede dissociarse de su carácter multirracial, pluriétnico, multicultural y pluralista. La amplia diversidad de nuestras sociedades constituye una de nuestras características determinantes. Sin embargo, con frecuencia la historia y el presente de nuestro hemisferio se ha caracterizado por el racismo, la discriminación racial, étnica y de género, la xenofobia y formas de intolerancia¹. América Latina es la región más desigual en el mundo desde el punto de vista de distribución de la riqueza². La discriminación y la intolerancia todavía persisten en la región y continúan siendo causa de sufrimientos, desventajas y violencia, así como de otras violaciones graves de los derechos humanos, en perjuicio de sectores sociales particularmente marginalizados como los indígenas, los afrodescendientes, los migrantes, las mujeres, los desplazados, los discapacitados. Muchos de estos grupos son víctimas de violencia, de manera desproporcionada en comparación al resto de la población, tanto por parte de los agentes de seguridad pública como de actores privados.

De modo que el análisis jurídico y la interpretación de las cláusulas de igualdad y no discriminación que se encuentran incluidas en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no es un mero ejercicio

¹ Ver Declaración de la Conferencia Regional Preparatoria para las Américas para la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, A/CONF.189/PC.2/7, 24 de abril de 2001.

² La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) concluyó que América Latina y el Caribe no logró mejorar su situación distributiva durante los años noventa, que el 10% de la población con mayores ingresos logró aumentar su participación en el ingreso total de la región y el 40% de los hogares más pobres fueron los más afectados por las crisis económicas de la región. Para la CEPAL, América Latina se mantiene como la región más desigual del mundo en cuanto a ingresos. CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2000-2001*, Santiago de Chile, 2001, págs. 17 y sigs. y 67 y sigs.

académico sino que es una imperiosa necesidad política y moral para avanzar en la creación de sociedades más equitativas y democráticas.

El principio de igualdad y no discriminación no ha generado mucha jurisprudencia por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. Este artículo pretende buscar una mejor comprensión de los principios de igualdad de los seres humanos y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de ningún tipo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, nacionalidad u origen social, propiedad, nacimiento u otra condición. Realizaremos nuestro análisis desde la perspectiva de la normativa y jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Particularmente nos referiremos a las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³. Todo ello, bajo el entendimiento de que “[L]a acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables⁴.

³ Con excepción de algunas referencias, no nos detendremos en las normas jurídicas o en el desarrollo jurisprudencial doméstico. Al respecto, puede verse una recopilación de normas jurídicas constitucionales relacionadas con la proscripción y la prevención de la discriminación racial, en *Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Después de Durban: construcción de un proceso regional de inclusión social*, IDH, San José de Costa Rica (2001), pág. 99 y sig. Todo ello a pesar de que el artículo 29 de la Convención Americana invita a prestar atención a las disposiciones normativas internas al momento de interpretar la Convención Americana.

⁴ Corte I.D.H., *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, voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, Serie A No. 16, pár. 23.

I. La igualdad y la no discriminación como principio fundamental de la protección interamericana de los derechos humanos

La no-discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio fundante, básico, general y fundamental relativo a la protección internacional de los derechos humanos.⁵ En otras palabras, la inclusión por oposición a la exclusión y el respeto igualitario de las libertades fundamentales es una característica distintiva del régimen internacional de los derechos humanos.⁶ Así, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración Americana) en su Preámbulo parte de la premisa que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".⁷ De hecho, todas las referencias a los derechos humanos contenidas en la Carta de las Naciones Unidas van unidas al principio de la no-discriminación. Así, el artículo 1 de la Carta establece que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es el de

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades

⁵ CDH, *Observación General n°18*: No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 1.

⁶ Ver, Kevin Boyle y Anneliese Baldaccini, *International Human Rights approaches to Racism, en Discrimination and Human Rights*, Ed. Sandra Fredman, 2001, pág. 138.

⁷ Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14 de julio de 1989, Ser. A. No. 10, párrs. 35-45; CIDH, Caso 9647, Informe No. 3/87, *James Terry Roach y Jay Pinkerton*, Estados Unidos, 22 de septiembre de 1987, publicado en OEA/Ser.L/V/II.71 Doc.9 Rev. 1, 22 de septiembre de 1987, párrs. 46-49, CIDH, Caso 9903, Informe N° 51/01, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros*, Estados Unidos, 4 de Abril de 2001, publicado en OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 Rev., 16 abril de 2001. Véase también el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 20.

fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.⁸

Asimismo, el Artículo 55 inciso c. de la Carta de las Naciones Unidas que hace referencia específicamente a los derechos humanos indica que la ONU promoverá “ el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.⁹

En el mismo sentido de la indisolubilidad entre respeto a los derechos humanos y no-discriminación, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los Estados miembros proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.¹⁰ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o la CIDH) ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental¹¹ del sistema de protección de los derechos humanos

⁸ (El resaltado nos pertenece). Ver en el mismo sentido el artículo 13 (1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: b. fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión) y el artículo 76 (Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el artículo 1 de esta Carta, serán: c. promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo). (No hay resaltados en el original).

⁹ El resaltado nos pertenece.

¹⁰ Artículo 3 inciso I. (El resaltado nos pertenece). Ver asimismo el artículo 45 (Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica) (El resaltado nos pertenece).

¹¹ CIDH, Caso 11.625, Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra*, Guatemala, 19 de Enero de 2001, publicado en OEA/Ser./L/V/II.111 Doc. 20 Rev., 16 abril de 2001, párr.36.

instaurado por la OEA.¹² La Corte, por su parte sostuvo que: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos¹³. Y agregó que “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos”¹⁴

Como reafirmación de este principio, la Carta Democrática Interamericana señala en su preámbulo que la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la Convención) contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia. En particular, el artículo 9 de la Carta Democrática indica que:

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

El régimen internacional de derechos humanos en definitiva ha sido creado y funciona sobre la premisa básica de la igualdad entre todos los seres humanos, por lo que todas las discriminaciones se encuentran precluidas del mismo. Los principios de no discriminación y de igual protección de la ley sirven como bases fundamentales de los principales instrumentos normativos del

¹² CIDH. *Consideraciones sobre la Compatibilidad de las Medidas de Acción Afirmativa Concebidas para Promover la Participación Política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación*, Sección A, Informe Anual 1999, Capítulo VI, publicado en OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3, 13 abril 2000, (en adelante CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad).

¹³ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 88.

sistema internacional de protección de los derechos humanos.¹⁵ En una opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte) hizo notar que:

[I]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.¹⁶

La jurisprudencia y práctica internacional ha elevado este principio de no-discriminación a un status especial dentro del derecho internacional. Así la Corte Interamericana indicó que la prohibición de la discriminación constituía una obligación *ius cogens*.¹⁷ El carácter de normas *ius cogens* de la prohibición de la discriminación significa que son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.¹⁸

La no-discriminación constituye un principio tan básico que aún cuando los tratados de derechos humanos facultan a los Estados para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinados derechos, se exige que dichas medidas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 55 (en adelante OC-4/84).

¹⁷ Corte IDH, OC-18/03, *supra* nota 13, párr 101.

social¹⁹. Cabe notar, que la Convención no incluye el principio de igualdad y la obligación de no-discriminación como no derogables. Sin embargo, se puede considerar que dicha inderogabilidad se encuentra implícita en tanto y en cuanto la Convención incluye al principio de no-discriminación como un elemento indispensable para la legitimidad de las medidas de emergencia²⁰.

El carácter básico y general del principio de no-discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley ha llevado a la adopción de tratados específicos sobre esta materia. A modo de ejemplo, se pueden mencionar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los convenios relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (111) y sobre igualdad de remuneración (100) de la Organización Internacional del Trabajo y la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO.²¹ En el ámbito interamericano se pueden mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

En definitiva, la igualdad y la no-discriminación revisten un carácter de principio fundamental que subyace en todo el sistema internacional de los

¹⁸ Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, artículo 53.

¹⁹ Artículo 27 de la Convención Americana y artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev., 2 junio 2000, Original: Español, Capítulo II, párr. 70.

²⁰ CDH, *Observación General N° 29: Estados de Emergencia*, 31 de agosto de 2001, párr. 8.

²¹ Ver asimismo la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, ONU, 1981, Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, UNESCO, 1978, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, ONU, 1992 y Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, ONU, 1985, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, OIT, 1960 y Convenio sobre igualdad de remuneración, OIT, 1951, entre otros.

derechos humanos. Su negación implicaría la negación misma de este sistema en su totalidad. Tal es la magnitud de este principio fundamental que una reserva a tal principio sería contraria al objeto y fin de los tratados respectivos y por ende inválida.²²

II. Las normas jurídicas relativas a la no-discriminación y su definición

a. Los artículos pertinentes

La Convención Americana indica en su artículo 1 que:

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Complementa dicha disposición el artículo 24 que estipula que:

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

Dada la importancia de la igualdad y la no-discriminación, los tratados de derechos humanos, además de las cláusulas genéricas de igualdad y no discriminación recién citadas, establecen expresamente en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos, el principio de no-discriminación o de igualdad.²³

²² Cecilia Medina, *Towards a more effective guarantee of the enjoyment of human rights by women in the inter-American system*, en R. Cook (editora), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press, 1994, pág. 268-269.

b. La definición de discriminación

Los conceptos de igualdad y discriminación han resultado peculiarmente resistentes al intento de obtener una definición clara y categórica.²⁴ No es el objetivo de este trabajo analizar todas las acepciones y concepciones posibles en torno a los mismos. La Convención Americana no define qué se entiende por discriminación. Ante tal silencio, la Comisión por ejemplo, ha tomado como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁵ y en la Convención sobre la

²³ El artículo 8.e dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas enunciadas en dicho artículo. Análogamente, el artículo 23 en su inciso 1.b prevé que el sufragio debe ser universal e igual y en el inciso 1.c asegura el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad de participación de todos los ciudadanos en la vida pública, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2. El párrafo 4 del artículo 17.4 estipula que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. El artículo 17.5 dispone que la ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Refiriéndose al artículo 23 de la Convención que en su inciso 1 apartado b estipula la igualdad del sufragio y en su apartado c la igualdad en el acceso a las funciones públicas, la Comisión Interamericana los ha entendido como derechos a la igualdad política. CIDH, Caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y Otros, Chile, Informe N°. 137/99, 27 de Diciembre de 1999, párr. 97. Asimismo, la CIDH ha dicho que el artículo 17 inciso 4 que estipula la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, es la "aplicación concreta" del principio general de igual protección y no discriminación en el matrimonio. CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra*, *supra* nota 11, párr. 40.

²⁴ Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000 pág. 411, Roberto Saba, *Discriminación, trato igual e inclusión*, en Abregú y Courtis, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 561 y sigs y Nicolás Espejo Yaksic, *La Garantía de la no-discriminación y el Principio de Igualdad*, Incluido en: *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?* N°1, Ed. Fabiean Di Plácido, Argentina, 2000, pág. 66.

²⁵ El artículo 1 de la Convención estipula: En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁶ para sostener que:

discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.²⁷

²⁶ El artículo 1 de la Convención indica: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

²⁷ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra*, *supra* nota 11, párr. 32. CDH, Observación General No.18, *supra* nota 5, párr. 7. Ver, asimismo, Convenio (No. 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, Organización Internacional del Trabajo, 1958: A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, UNESCO, 1960: 1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d) Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Organización de los Estados Americanos, 1999, artículo 2 inciso a. (El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa 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.)

De la definición de discriminación se pueden extraer algunos elementos determinantes²⁸. En primer término, la discriminación incluye acciones y omisiones: distinción, exclusión, restricción y preferencia. Estas acciones u omisiones deben estar basadas en algunos de los motivos prohibidos de discriminación que serán analizados más adelante. En tercer lugar puede tratarse de discriminaciones intencionales (“que tengan por objeto”) o bien que tengan un impacto discriminatorio (“por resultado”)²⁹. Finalmente estas discriminaciones deben tener por objeto o resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (de aquí en adelante CERD) ha entendido que a la cabeza de estos derechos y libertades figuran los que emanan de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos.³⁰

c. La prohibición de discriminación en el ámbito público y privado

La prohibición de la discriminación alcanza tanto el ámbito público como privado. La Corte ha sido enfática en este aspecto y ha sostenido por ejemplo que los “Estados ... tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional,

²⁸ Claudio Kiper, *Derechos de las Minorías ante la Discriminación*, Hammurabi, Argentina, 1998, pág. 37.

²⁹ CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad, *supra* nota 12. Ver en la jurisprudencia nacional Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 1024 del 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente: José Rafael Tinoco (La prohibición sobre la discriminación se extiende no sólo a las acciones realizadas o practicas establecidas por razones discriminatorias, sino también a cualquier otro tipo de acciones o practicas no discriminatorias que tienen efectos discriminatorios o poseen impactos discriminatorios).

³⁰ CERD, *Recomendación General N°20: Aplicación no discriminatoria de los derechos y las libertades*, Naciones Unidas, 15 de marzo de 1996, A/51/18, párr 1.

nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes” y agregó que “El Estado es entonces responsable por si mismo tanto cuando funciona como empleador, como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación”³¹. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que en virtud del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, amparado por el artículo 26, los Estados deben tomar medidas contra la discriminación por agentes públicos y privados en todos los ámbitos³². Si bien la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial concluye la definición de discriminación racial con la frase "cualquier otra esfera de la vida pública", el CERD ha entendido que en la medida en que las prácticas de las instituciones privadas influyan en el ejercicio de los derechos o en la disponibilidad de oportunidades, el Estado Parte debe garantizar que el resultado de estas prácticas no tenga como finalidad ni como efecto crear o perpetuar la discriminación racial³³.

d. Las distinciones permisibles y el criterio de razonabilidad

De a definición de discriminación los organismos internacionales de derechos humanos han entendido que no habrá, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente. La distinción debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma³⁴. La Corte ha establecido, al igual que lo han hecho otros

³¹ Corte IDH, OC-18/03, *supra* nota 13, párr. 149 y 150.

³² CDH, *Observación General N° 28: Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*, 29 de marzo de 2000, párr. 31.

³³ CERD, Recomendación General N°20, *supra* nota 30, párr. 5.

³⁴ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 47.

organismos y tribunales internacionales³⁵ que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”³⁶. En este sentido, la Corte advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”³⁷.

Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraría el principio de no-discriminación. En realidad, ha dicho la Comisión, la distinción podría ser necesaria para hacer justicia o proteger a personas que requieren la aplicación de medidas especiales.³⁸ Un trato igual de desiguales sería en sí mismo una forma de desigualdad.³⁹ La Corte estableció que:

[n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón,

³⁵ El Comité de Derechos Humanos en el mismo sentido ha señalado que: “Una diferenciación basada en criterios objetivos y razonables no reviste el carácter de discriminación prohibida en los términos del artículo 26.” CDH, Caso *Broeks contra los Países Bajos*, Communication No. 172/1984, opinión adoptada el 9 de abril de 1987, Informe del Comité de Derechos Humanos 1987, Doc. de la ONU A/42/40, Anexo VIII.B, 139 y *Zwaan-de Vries contra los Países Bajos*, Communication No. 182/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40), (1987), párr. 12.5. Corte EDH, Caso *Willis v. Reino Unido*, Communication No. 36042/97, sentencia del 11 de junio de 2002, párr. 39; Caso *Wessels-Bergervoet v. Los Países Bajos*, Comunicación No. 34462/97, sentencia del 4 de junio de 2002, párr. 42; Caso *Petrovic v. Austria*, sentencia del 27 de marzo de 1998, Reports 1998-II, párr. 30; Caso *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, Fondo, 23 de julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párr. 34, entre otros.

³⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 4/84, *supra* nota 16, párr. 55.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ CIDH, Caso *María Eugenia Morales de Sierra*, *supra* nota 11, párr.31

³⁹ Ver por ejemplo Corte EDH, Caso *Pretty contra el Reino Unido*, Application No. 2346/02, sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 88.

vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana⁴⁰.

La jurisprudencia ha entendido que una distinción es permisible cuando concurren dos elementos: 1) el tratamiento diferenciado persigue un fin legítimo, y 2) existe una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido. Por ejemplo, la Corte Europea ha dicho que:

una diferencia de tratamiento entre personas que se encuentran en situaciones análogas o relevantemente similares es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin a ser alcanzado.⁴¹

Para identificar un trato discriminatorio, por lo tanto, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables⁴² y que las distinciones de tratamiento sean contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas y que no guarden una conexión proporcional entre las distinciones y los objetivos de la norma⁴³.

⁴⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 16, párr. 57.

⁴¹ Caso *Pretty v. the United Kingdom*, *supra* nota 39, párr. 88.

⁴² CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad, *supra* nota 12, citando a la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Lindsay contra el Reino Unido*, Decisión del 11 de noviembre de 1986 sobre admisibilidad, 49 D&R 181 (que determinó que las parejas casadas y no casadas no se encuentran en situaciones análogas en relación a la distinción en el régimen tributario, al considerarlas en el contexto de los derechos y obligaciones relacionados con el matrimonio).

⁴³ Varios autores han indicado que esta jurisprudencia internacional ha optado por la forma más débil de analizar el tema de la discriminación y le ha restado a las disposiciones respectivas de cierta importancia. Ver Jabos y White, *The European Convention on Human Rights*, Ed. Oxford University Press, 1996, pág. 287, van Dijk y van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, Londres, 1998, pág. 396.

En síntesis, en principio, los tratados de derechos humanos se aplican a todos los individuos bajo la jurisdicción de los Estados sin distinción alguna. Así, por ejemplo, la Convención Americana estipula en su artículo 1 que los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. De modo, que al menos los derechos humanos básicos deben ser respetados sin ninguna distinción.⁴⁴ Las distinciones que se establezcan en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales básicos, en tanto que constituyen una excepción a una regla básica de goce igualitario, deben ser de aplicación restrictiva.⁴⁵

Todo ello sin perjuicio que algunos instrumentos internacionales prevén explícitamente ciertas distinciones⁴⁶. Particularmente la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial estipula en su artículo 1 inciso 2 que la Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte entre ciudadanos y no ciudadanos⁴⁷. Aún en dichos casos, las distinciones permisibles no eliminan las

⁴⁴ CDH, *Comentario General No.15: la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 11 de abril de 1986, párr. 2.

⁴⁵ Ver por ejemplo Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *supra* nota 29, (La discriminación exige de una fundamentación porque constituye una excepción a un principio y quien alega tal situación tiene la carga de la prueba).

⁴⁶ Ver por ejemplo el artículo 23 de la Convención Americana que se refiere a ciudadanos en lugar de personas y permite distinciones basadas entre otros motivos en la nacionalidad (artículo 23 incisos 1 y 2). Ver asimismo, Muñoz Q., Hugo, *El Principio de No Discriminación y los Derechos Humanos*, en Justicia y Discriminación en Costa Rica, San José, CONAMAJ, 1998, pág. 42.

⁴⁷ La Recomendación general No.11, relativa a los no ciudadanos, A/48/18, del CERD, párr. 3 (no debe interpretarse el párrafo 2 del artículo 1 en el sentido de que desvirtúa de algún modo los derechos y libertades reconocidos y enunciados en otros instrumentos, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la Recomendación general No.20, *supra* nota 30, párr. 4 (muchos de los derechos y libertades mencionados en el artículo 5, como el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales, beneficiarán a todas las personas que vivan en un Estado determinado; otros, como el derecho a tomar parte en las elecciones, a votar y a ser elegido, son derechos de los ciudadanos).

obligaciones que surgen del régimen integral de protección de los derechos humanos basado en los principios de igualdad y no discriminación⁴⁸.

e. Las discriminaciones directas e indirectas o impacto desproporcionado

Como se indicó más arriba, la prohibición de discriminación proscribía aquella situación en la que por algunos de los motivos prohibidos una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable, es decir la que tenga por objeto directo tal discriminación. Pero allí no se agotan los supuestos, ya que la prohibición de discriminación abarca también las acciones u omisiones que tengan un resultado o efecto discriminatorio aun cuando en su apariencia tal acción u omisión sea neutral. Esta situación ha sido denominada discriminación indirecta o efecto discriminatorio. Una definición de lo que se entiende por discriminación indirecta o aquella que tiene un efecto discriminatorio, es la que se encuentra en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de Europa que en su artículo 2 apartado 2 estipula que

existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios⁴⁹.

⁴⁸ *Ibidem* nota anterior.

⁴⁹ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *Diario Oficial n°L 180 de 19/07/2000, p. 0022 - 0026*.

La discriminación directa o tratamiento desproporcional es el reflejo del principio de la igualdad formal o de la igualdad como consistencia, es decir los iguales deben ser tratados de la misma manera⁵⁰. Pero este principio formal, soslaya el factor que un tratamiento aparentemente igualitario puede en realidad consolidar desventajas estructurales o pasadas. De allí que se haya desarrollado de manera complementaria y paralela el concepto de discriminación indirecta a fin de abarcar aquellas situaciones en la que una norma un criterio o practica aparentemente neutral produce desventajas a una proporción sustancialmente mayor de un grupo social con relación a otros grupos sociales.⁵¹ El Comité, sin embargo, en al menos un caso ha indicado que una ley que es aplicada uniformemente aun cuando tenga un efecto discriminatorio no es violatoria del artículo 26 del Pacto⁵². Una situación, práctica o disposición que impacta desfavorable y desproporcionalmente en un grupo determinado constituye una discriminación. Así, la CIDH sostuvo que las agresiones domésticas contra mujeres son desproporcionadamente mayores que las que ocurren contra hombres, lo que a su criterio y debido a la ineficacia del Poder Judicial para investigar los hechos y sancionar a los responsables constituye discriminación⁵³.

f. La discriminación de iure y de facto

Al hablar de la discriminación, se suele distinguir también entre la discriminación de *iure* o legal, y la discriminación de *facto* o de hecho. Tal como se indicó, la definición de discriminación abarca aquella que tiene su origen en

⁵⁰ Sandra Fredman, *Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality*, Oxford University Press, 2001, pág. 23.

⁵¹ *Ibidem*, pág.24.

⁵² CDH, PPC v. los Países Bajos, Comunicación No. 212-1986, decisión de inadmisibilidad aprobada el 24 de marzo de 1988

⁵³ CIDH, Caso 12.051 , Informe N°54/01, Maria Da Penh a Maia Fernandes, Brasil, 16 de Abril de 2001, publicado en OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev. 16 abril 2001, Original: Español, párr.47.

normas jurídicas cuyo objeto o resultado sea el de establecer distinciones entre personas igualmente situadas. Además, la prohibición de discriminación comprende los supuestos en los que aún ante la inexistencia de una ley o una política discriminatoria, en los hechos existe discriminación.

La Corte expresamente ha indicado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales”⁵⁴.

También dijo expresamente sobre una discriminación de *iure* que “una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza”. En este supuesto, sostuvo la Corte, “la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”⁵⁵.

La discriminación de *facto* o de hecho, ha sido jurisprudencialmente reconocida como cubierta por la misma prohibición que la discriminación de *iure*. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que la simple demostración de estadísticas sobre ciertas disparidades no es suficiente para probar que existe

⁵⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 13, párr. 103.

⁵⁵ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 43.

discriminación en un caso concreto, por lo que es indispensable aportar prueba concreta con relación al caso particular de que se trata⁵⁶.

Al diferenciar entre discriminación de *iure* y *de facto* y refiriéndose específicamente a la discriminación por motivos de sexo, la Comisión ha establecido que una ley que otorga una serie de capacidades legales exclusivamente al marido y no a la esposa establece una situación de dependencia de jure para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, sostuvo la CIDH si dichas disposiciones aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre se perpetúa una discriminación de facto contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia⁵⁷.

III. Los Motivos Prohibidos de Discriminación y el estándar de revisión

a. El catálado de motivos prohibidos de discriminación

Tanto la Convención como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contienen un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Los artículos 2 y 26 del Pacto prohíben la discriminación motivada en la raza, color, sexo,⁵⁸ idioma⁵⁹, religión,⁶⁰ opiniones

⁵⁶ CIDH, Resolución N° 23/89, Caso 10.031, Estados Unidos, 28 de septiembre de 1989, publicado en OEA/Ser.L/V/II.77rev.1 Doc.7 17 mayo 1990, Original: Español, párr. 41 y 45.

⁵⁷ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra*, *supra* nota 11, párr.40.

⁵⁸ Comité, *S.W.M. Broeks v. Países Bajos*, *supra* nota 35, *F.H. Zwaan-de Vries v. Países Bajos*, *supra* nota 35. *S. Aumeeruddy-Cziffra y 19 Mauritian women v. Mauritania*, Communication No. R.9/35/1978. *Ato del Avellanal v. Peru*, Communication No. 202/1986, 28 de octubre de 1988 *Hendrika S. Vos v. los Países Bajos*, Communication No. 218/1986, 29 de marzo de 1989,

políticas⁶¹ o de cualquier índole, origen nacional⁶² o social, posición económica, nacimiento- y un criterio genérico –cualquier otra condición social⁶³- que permite afirmar que no se trata de una norma taxativa.⁶⁴

Al igual que las normas pertinentes del Pacto, el artículo 1.1 de la Convención Americana reconoce de modo no taxativo algunos criterios prohibidos de discriminación.⁶⁵ Entre ellos menciona de raza,⁶⁶ color, sexo,⁶⁷,

Pauger v. Austria, Communication No. 415/1990, 30 de abril de 1999, *A.P.Johannes Vos v. los Países Bajos*, Communication No. 786/1997, 29 de julio de 1999.

⁵⁹ Comité, *Dominique Guesdon v. Francia*, Communication No 219/1986; e *Ives Cadoret y Hervé Le Bihan v. Francia*, Communications Nos. 221/1987 y 333/1988, 11 de abril de 1991 y *Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canadá*, Communications Nos. 359/1989 y 385/1989, 10 de abril y 21 de noviembre de 1989. Ver también artículo 27 (En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma). Ver Fernand de Varennnes, *Language, Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston /Londres, 1995, pág. 68 y sigs.

⁶⁰ Comité, *Singh Bhinder v. Canadá*, Communication No. 208/1986, 9 de noviembre de 1989 y *Arieh Hollis Waldman (Initially represented by Mr. Raj Anand from Scott & Ayles, a law firm in Toronto, Ontario) v. Canadá*, Communication No. 694/1996, 5 de noviembre de 1999.

⁶¹ Comité, *Stalla Costa v. Uruguay*, Comunicación No. 198/1985, 9 de julio de 1987.

⁶² Comité, *Josef Frank Adam v. República Checa*, Communication No. 586/1994, 25 de julio de 1996.

⁶³ Comité, *Ibrahim Gueye y otros v. Francia*, Communication No. 196/1983, 3 de abril de 1989.

⁶⁴ El artículo 2 usa el término “distinción”, pero de los trabajos preparatorios se demuestra que se usa como sinónimo de discriminación.

⁶⁵ El Juez Piza en su voto separado en la Opinión Consultiva OC-4 sostuvo que el carácter no taxativo de esta enumeración encuentra su sustento en el propio lenguaje de la Convención que utiliza en español (sin discriminación alguna), portugués (*sem discriminação alguma*), inglés (*without any discrimination*) y francés (*sans distinction aucune*), cit, párr. 12.

⁶⁶ CIDH, Caso 11.139, Informe No. 57/96, *William Adrews*, fondo, Estados Unidos, 6 de diciembre de 1996, publicado en OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6, 17 febrero 1998, Original: Español, párr. 174, Caso 12.001, Informe No 66/06, *Simone André Diniz*, fondo, Brasil, 21 de octubre de 2006, publicado en OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1, 3 marzo 2007, Original: Español.

⁶⁷ Ver entre otros, CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra*, supra nota 11; CIDH, *María da Penha Maia Fernandes*, supra nota 53 párr. 2, 51 y 56, CIDH, Caso 11.307, Informe No. 103/01, *María Merciadri de Morini*, solución amistosa, Argentina, CIDH, Caso 12.350, Informe No. 73/01, MZ, admisibilidad, Bolivia, 10 de octubre de 2001, ambos publicados en OEA/Ser.L/V/II.114 doc. 5 rev. 16 abril 2002, Original: Español, CIDH, Petición 12.404, Informe No. 51/02, *Janet Espinoza*

idioma⁶⁸, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional⁶⁹ o social posición económica.⁷⁰, nacimiento o cual otra condición social.⁷¹

En la Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes*, que constituye el análisis más elaborado de la Corte Interamericana en materia de discriminación, se indicó que no son admisibles los 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 condición⁷².

De modo que, siguiendo las pautas tradicionales de interpretación de cualquier tratado internacional⁷³, los textos de la Convención y el Pacto ofrecen un preciso catálogo como principal punto de partida para analizar cuáles situaciones constituyen alguna forma de discriminación. Los textos

Feria y otras, admisibilidad, Perú, 10 de octubre de 2002, publicado en OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 marzo 2003, Original: Español y Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 16, párr. 67.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141

⁶⁹ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 y CIDH, *Caso 10.675*, Informe N° 51/96, Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, publicado en OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. 14 marzo 1997 Original: Español.

⁷⁰ Corte IDH, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 22, en lo referido a si se aplicaba el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente. La Corte estimó que si la posición económica de una persona (su indigencia) le impide hacer uso de los recursos internos "porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica".

⁷¹ CIDH, *James Terry Roach y Jay Pinkerton*, *supra* nota 7; CIDH, *Andrés Aylwin Azócar y otros*, *supra* nota 23.

⁷² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 13, párr. 101.

⁷³ Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

convencionales ofrecen un listado claro de categorías prohibidas y todos los destinatarios de las normas de derechos humanos saben a qué criterios pueden o no acudir a fin de establecer diferencias. Así, ante una situación que se plantea como discriminatoria, en primer lugar, debe observarse si la cláusula, práctica, norma, acción u omisión estatal que se analiza establece directa o indirectamente diferenciaciones o distinciones basadas en algunas de las categorías prohibidas por la Convención o el Pacto. Por lo general, se considera que los factores prohibidos de discriminación tienden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona (tales como el color o la raza) o bien a factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data (por ejemplo, la religión o el origen nacional)⁷⁴.

b. Otros motivos prohibidos de discriminación

Sin embargo, las categorías proscritas a los efectos del principio de no discriminación no son un número cerrado.⁷⁵ En todos los instrumentos internacionales la cláusula de no discriminación generalmente enumera categorías prohibidas y luego agrega una frase que denota que la enumeración

⁷⁴ En esta descripción, la Corte incluyó nuevas categorías prohibidas de discriminación (convicción, origen étnico, nacionalidad, edad, patrimonio o estado civil), sin explicar por qué estas nuevas categorías cualifican como alguna de las “condiciones sociales” a la que hace mención el punto final de los artículos 1.1 de la Convención y 26 del Pacto, tratados que estaba llamada a interpretar en esa Opinión Consultiva o por qué es legítimo incluir nuevos motivos. En las nuevas categorías incluidas, se encuentran motivos de una diferente entidad. Así mientras el origen étnico es inmutable, el patrimonio no lo es. Mientras la edad no puede modificarse por la propia voluntad de la persona, la nacionalidad en principio sí podría serlo. En tanto algunas de las nuevas categorías incluidas por la Corte han estado asociadas a discriminaciones históricas, por ejemplo el origen étnico, otras no están vinculadas a esta discriminación tradicional, tal como el estado civil. Además, el tribunal interamericano modificó algunos motivos prohibidos de discriminación, nuevamente sin fundamentar las razones para tales cambios. Así, hizo referencia a “género” en lugar de “sexo”, “situación económica” en lugar de “posición económica”, “opinión política” en lugar de “opiniones políticas. Por último, la Corte en la citada enumeración eliminó dos palabras que podrían ser cruciales al momento de interpretar el carácter cerrado o abierto del listado de criterios prohibidos de discriminación. Así, no incluyó la palabra “cualquier” al referirse a la opinión de [cualquier] otra índole. Pero lo que es más importante, suprimió la palabra “social” al final de la expresión “o cualquier otra condición”.

⁷⁵ Ver en el mismo sentido, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-410/94, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz (no constituye un catálogo rígido o cerrado que excluya otros supuestos generadores de tratos discriminatorios).

es meramente ejemplificativa.⁷⁶ La calificación de “cualquier otra condición social” que menciona la Convención Americana implica que ella se da en un contexto social determinado, es una construcción social específica u opera en función de las relaciones entre personas, grupos de personas o la sociedad en su conjunto.

Así, aunque la preferencia sexual no es una de las categorías especialmente nombradas, en la sentencia del caso *Salgueiro contra Portugal*, la Corte Europea de Derechos Humanos interpretando una disposición similar sostuvo que la orientación sexual podía ser considerada como un motivo prohibido de discriminación.⁷⁷ Por ello, es necesario mantener abierta la posibilidad de encontrar formas de discriminación no contempladas específicamente pero que de todos modos constituyen violación al principio de igualdad.

c. El criterio o test de revisión estricto

A nuestro juicio, la tendencia jurisprudencial está avanzando en el sentido de que las diferencias basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto. Los Estados, a fin de que las distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar la existencia de un interés particularmente importante, de una necesidad social imperiosa, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible⁷⁸. La

⁷⁶ Por ejemplo, la Convención habla de “...o cualquier otra condición social” en el artículo 1.1.

⁷⁷ Corte EDH, Caso *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal*, Nº 33290/96, Sentencia de 21 de diciembre de 1999. El Comité en el Caso *Toonen v. Australia*, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) sostuvo que la discriminación basada en la orientación sexual constituía una forma de discriminación sexual.

⁷⁸ Otros tribunales regionales y nacionales han impuesto a los gobiernos una carga redoblada de justificación de distinciones o clasificaciones basadas en factores como la nacionalidad, la raza, el color o el sexo. Véase, por ejemplo, Corte EDH, Caso *Abdulaziz vs. Reino Unido*, Sentencia

Convención al incluir una referencia expresa de criterios prohibidos de discriminación, representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones desventajosas y, en muchos casos, contrarias a la dignidad humana. Los catálogos convencionales bajo análisis representan un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios y un llamado a que los grupos tradicionalmente discriminados con base a ellos reciban una protección especial.

del 28 de mayo de 1985, Ser. A. N^o. 94, párrafo 79 (“el impulso a la igualdad entre los sexos es hoy día una meta primordial de los Estados miembros del Consejo de Europa. Esto significa que deberán exponerse razones de sumo peso para que pueda considerarse que una diferencia de tratamiento basada en el sexo es compatible con la Convención”) y *Gaygusuz v. Austria*, Comunicación N^o 17371/90, Sentencia del 16 de septiembre de 1996, Reports 1996-IV 1129, párrafo 42 (“deberán exponerse razones de sumo peso para que pueda considerarse que una diferencia de tratamiento basada exclusivamente en motivos de nacionalidad es compatible con la Convención). Suprema Corte de Justicia (Argentina), *Repetto, Inés*, 8 de noviembre de 1988, Jueces Petracchi y Baqué, párrafo 6 (toda distinción entre nacionales y extranjeros, con respecto al goce de los derechos reconocidos en la Constitución argentina, “se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad” y, por consiguiente cualquiera que sostenga la legitimidad de la distinción “debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’.”), Corte Suprema de Estados Unidos, *Palmore vs. Sidoti*, 4666 US 429, 1984, (las clasificaciones raciales “están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias [...] para la consecución de sus fines legítimos”); *Loving vs. Virginia*, 388 US 1, 87, 1967, (la cláusula sobre igualdad de protección de la Constitución “demanda que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, deben estar sujetas al escrutinio más riguroso”), Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia 1024 del 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente: José Rafael Tinoco (estableciendo la necesidad de la probanza plena de la justificación, probadamente necesarísima y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable; b) la necesidad fundamental cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida; c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados; y, d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante el cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos, sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o, menos discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada.); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01 Magistrado ponente: Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa (La Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1^o del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio).

Como dijimos previamente, tradicionalmente la jurisprudencia internacional propone evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido. Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un *test* diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este *test* generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además *imperioso*. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, es decir, que no pueda ser reemplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores⁷⁹.

El tratamiento de los motivos incluidos en los catálogos, que algunos denominan “categorías sospechosas” de discriminación, establece que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y a su vez requiere un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad.

La Comisión ha comenzado a utilizar este criterio estricto de revisión. Cuando se utiliza el sexo para establecer una distinción en el tratamiento entre hombres y mujeres solo puede justificarse si el motivo aducido para dicho trato desigual es imperioso o de gran importancia o peso. Así la Comisión sostiene que “Las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso” donde “se tendrían que esgrimir razones de peso para

⁷⁹ Parafraseando a la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01, Magistrado ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo”⁸⁰. Esta misma formulación fue seguida por la Comisión en el caso “Morales de Sierra”⁸¹. Aquí la Comisión aplicó la doctrina de no discriminación ante la utilización legislativa del sexo como criterio diferenciador. La CIDH indicó que el artículo 24 de la Convención Americana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia en el trato, como aquellas que se basan en el sexo, resultan “fuertemente sospechosas de ilegalidad,” y que el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechosas, la norma o la política que la utiliza serán observadas bajo un criterio de escrutinio intenso o estricto⁸². La Comisión reiteró este criterio en su *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*⁸³ al indicar que “las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”⁸⁴. Esta tesis fue reafirmada en su *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. En dicho Informe, la CIDH reafirma que en la utilización de las categorías sospechosas existe una “presunción del carácter discriminatorio de la medida o política restrictiva. Por ello, cuando se utilizan dichos criterios sospechosos para tratar de manera diferenciada a una persona o grupo, debe realizarse un escrutinio aún mayor para determinar su razonabilidad que cuando se está frente a otro tipo de criterios”⁸⁵. Al explayarse, la Comisión vuelve a exigir un

⁸⁰ Ver CIDH, Consideraciones sobre la compatibilidad, *supra* nota 12, capítulo VI, sección II, punto B.

⁸¹ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra*, *supra* nota 11, párrs. 31 y 36.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 338.

⁸⁵ CIDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, 20 de enero de

análisis de manera concienzuda y pormenorizada de toda restricción fundada en alguna de las categorías del artículo 1.1 de la Convención Americana. Y resume de esta manera el test al que se someten estas situaciones “se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que éste no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asiente exclusivamente en el prejuicio”⁸⁶.

Mientras en el criterio de “razonabilidad”, se advierte en principio una importante tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones; conforme al criterio más estricto, en cambio, existe una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado que se funda en una pauta considerada “sospechosa”. En consecuencia, es el Estado el que debe presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”) para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”. Por lo general, rara vez se encuentra que las razones aducidas por el Estado son suficientes, por lo que dichas clasificaciones tienden a ser consideradas contrarias a las normas de derechos humanos, a las constitucionales, o a ambas.

El empleo de los motivos incluidos en los catálogos no queda absolutamente vedado; simplemente se establece una presunción de ilegitimidad de la norma, política, o acción basada en tales criterios de distinción. Desde el punto de vista del control convencional, esta presunción de ilegitimidad se traduce en la inversión de la carga justificatoria y en su sometimiento a un estándar de escrutinio elevado. Acreditado el empleo de una clasificación sospechosa, la inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la

2007, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, párr. 80.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 83.

fundamentación de la medida impugnada. Cabe entonces al Estado demostrar las razones concretas que condujeron a acudir a dicha clasificación para establecer una distinción legal. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la medida no supera el examen de convencionalidad⁸⁷ o constitucionalidad. El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera razonabilidad. Debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin socialmente imperioso y debe justificar por qué es necesario acudir a el para cumplir esos fines⁸⁸.

IV. Las Acciones Positivas y La No-Discriminación

El principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por los tratados.⁸⁹ La Corte ha dicho que "tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran".⁹⁰ Estas medidas son perfectamente compatibles con las disposiciones convencionales⁹¹.

⁸⁷ Utilizamos el concepto de control convencionalidad o examen de convencionalidad en el sentido utilizado recientemente por la Corte Interamericana. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128 ("los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"⁸⁷ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes").

⁸⁸ Ver *mutatis mutandi*, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, *Caso Salgado c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, Expte. N° 826/01, sentencia del 21 de noviembre de 2001, voto del Juez Maier, Considerando N° 4.

⁸⁹ Ver CDH, Observación General No. 18, *supra* nota 5, párr. 3.

⁹⁰ La Corte específicamente ha indicado, por ejemplo, que "en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de

La exclusión de la discriminación no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población tradicionalmente discriminada. Por ello, distintas Convenciones particulares como la relativa a la discriminación contra la mujer, la de discriminación racial, las interamericanas contra la violencia contra la mujer o la discriminación contra las personas con discapacidad autorizan medidas positivas dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva dichos grupos sociales.

En este sentido, se puede citar la Convención Internacional para la Eliminación de Todas formas de Discriminación Racial que indica en su artículo 1 inciso 4:

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron⁹²

Las acciones afirmativas corresponden a políticas que se impulsan respecto de ciertos grupos que históricamente han sido postergados,

edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño." Opinión Consultiva, OC-17/02, *supra* nota 37, párr. 54.

⁹¹ CIDH, Consideraciones sobre la Compatibilidad, *supra* nota 12, CDH, Observación General N° 18, *supra* nota 5, párr. 10.

⁹² Ver asimismo artículo 4 incisos 1 y 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, 1979 y Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,

perjudicados y que se encuentran en desventaja. Ante tal situación la política parte del presupuesto de que no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades, sino que se requiere un impulso mayor, un trato especial o privilegiado.⁹³

La Comisión Interamericana ha indicado que estas disposiciones reconocen que, aun en los casos en que se reconoce la igualdad como una cuestión de derecho, esto no equivale a una garantía de igualdad de oportunidad y trato. Por lo tanto, se permite la adopción de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho mientras tales condiciones persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidad⁹⁴.

La Corte ha agregado que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁹⁵.

A fin de determinar la compatibilidad de las medidas especiales de acción afirmativa con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los tratados de derechos humanos la práctica internacional ha dividido el análisis en tres partes: Primero, ¿provoca la medida una diferencia en el trato que se sitúe dentro del campo de aplicación de los instrumentos internacionales? Segundo, si lo hace, ¿tiene esa diferencia en el trato un objetivo legítimo? Este análisis toma

ONU, 2006, artículo 2 inciso b.

⁹³ Rodolfo Figueroa, *Igualdad y Discriminación*, incluido en: Cuaderno de Análisis Jurídicos Serie Publicaciones Especiales N°10: Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, <http://www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/10/figueroa.pdf>, pág. 24

⁹⁴ CIDH, Consideraciones sobre compatibilidad, *supra* nota 12.

⁹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 13, párr. 103.

en consideración los intereses que el Estado procura atender y los objetivos que pretende lograr. Tercero, ¿son los medios empleados proporcionales al fin que se persigue? En otras palabras, ¿hay un equilibrio razonable de intereses entre el fin que se persigue y cualquier restricción que se imponga sobre los derechos? Si se trata de una restricción, ¿se ha impuesto la medida menos restrictiva posible para alcanzar el objetivo que se persigue? ¿Es el trato en cuestión arbitrario o injusto en cualquier caso? La evaluación de estas cuestiones debe tomar en cuenta que una distinción basada en la condición, por ejemplo en el sexo o raza, da lugar a un escrutinio más riguroso, tal como se explicó más arriba⁹⁶.

Así las cosas, las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas soportadas por determinados grupos sociales en principio, no son contrarias a la igualdad; empero, su validez depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta la sola condición de pertenencia a un grupo social para predicar la compatibilidad de supuestas medidas protectoras con las normas sobre igualdad y no discriminación. Por el contrario, deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias que las justifiquen.⁹⁷

V. La Igualdad Ante La Ley y La Igual Protección Ante La Ley

La igualdad ante la ley se encuentra recogida en el artículo 24 de la Convención que estipula:

Artículo 24

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

⁹⁶ Ibidem, Sección C.

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-410/94, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

El artículo 24 tiene una importancia especial pues no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 1.1 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 24 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes.

La prohibición de la discriminación no puede interpretarse aisladamente del principio de la igualdad ni viceversa. Así, si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer sus derechos, encuentra que por cualquier de los motivos prohibidos en las convenciones se le impide hacerlo queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley⁹⁸.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Europa ha indicado que la prohibición de toda discriminación no es sino la expresión específica del principio general de igualdad, que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado⁹⁹.

⁹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, *supra* nota 70, párr 22.

⁹⁹ Ver, entre otros, sentencias de 20 de septiembre de 1988, *España/Consejo*, 203/86, Rec. p. 4563, apartado 25; de 17 de abril de 1997, *EARL de Kerlast*, C-15/95, Rec. p. I-1961, apartado 35, y de 13 de abril de 2000, *Karlsson y otros*, C-292/97, Rec. p. I-2737, apartado 39. Ver asimismo, la opinión disidente del Juez Tanaka en el *South West Africa Case (Second Phase)*, International Court of Justice, 1966, pág. 284 (el principio de igualdad ante la ley no excluye el trato diferente de personas debido a la consideración de diferencias fácticas. El tratamiento igualitario de cuestiones diferentes de una manera mecánica sería tan injusto como tratar situaciones iguales diferencialmente). Esta es la formulación generalmente aceptada por tribunales nacionales. Ver por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) Fallos 198:112 ("la igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de los se otorga a otros en igualdad de condiciones"). Tribunal Constitucional de Colombia, C-530 de 1993 (el principio de igualdad exige "ofrecer un tratamiento similar a todos cuantos se encuentran en similares condiciones."), Corte Suprema de Justicia de México, Amparo en revisión 173/2002. 10 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Lucila Castelán Rueda. Secretario: Rafael Andrade Bujanda (los poderes públicos tienen la obligación constitucional de garantizar que todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho sean tratadas igual, sin privilegio ni favoritismo alguno). Para la

La relación entre la igualdad y la no-discriminación se ha explicado comúnmente como el aspecto afirmativo y el aspecto negativo de un mismo principio; como las dos caras de una misma moneda.¹⁰⁰

La relación simbiótica entre la igual protección ante la ley y la no discriminación ha sido explicada por la CIDH de la siguiente manera:

Una persona que goza de igual protección y reconocimiento ante la ley está facultada para actuar a fin de asegurar otros derechos ante actos públicos o privados. A la inversa, la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos y da lugar a una serie de consecuencias¹⁰¹.

La igualdad normativa se refiere a la exigencia de que los contenidos de la ley deben satisfacer un determinado estándar de igualdad. Mientras que igualdad ante la ley hace referencia no al contenido sino a la aplicación, que exige que la autoridad administrativa o judicial encargada de aplicar la ley lo realice de manera igualitaria.¹⁰²

La garantía de igual protección ante la ley importa asimismo la protección judicial de tal derecho, no solamente cuando ha sido violado por instituciones o agentes públicos sino por particulares en perjuicio de otros particulares.¹⁰³

jurisprudencia argentina ver Alberto Garay, *La igualdad ante la ley*, Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 1989. Para la jurisprudencia colombiana ver Henrik López Sterup, *Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia*, Ponencia presentada en la Ciudad de Santa Cruz de la Sierra, mayo de 2002. II Curso Regional Andino para Profesores de Derecho y Funcionarios de Organizaciones no-gubernamentales de Derechos Humanos.

¹⁰⁰ Ver por ejemplo Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 16, párr. 10.

¹⁰¹ CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra*, *supra* nota 11, párr. 52

¹⁰² Rodolfo Figueroa, *supra* nota 93, pág. 32.

¹⁰³ Nicolás Espejo Yaksic, *supra* nota 93, pág.73. Véase CIDH, *Simone André Diniz*, *supra* nota 56

También significa que todos los derechos serán igualmente protegidos a todos los individuos sin discriminaciones arbitrarias.

El principio de igualdad ante la ley complementa la prohibición general de discriminación. Particularmente, el artículo 24 de la Convención extiende al derecho interno la obligación de no introducir regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley¹⁰⁴. El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la Convención se extiende incluso respecto de derechos no reconocidos en la Convención. En los casos *Broeks y Zwaan-de Vries* contra Holanda decididos por el Comité interpretando una disposición similar en este aspecto, donde se alegaba que conforme a la ley holandesa una mujer casada, para recibir beneficios de desempleo, tenía que probar que era jefa de hogar requisito que no se exigía a los hombres casados. Es decir, se alegaba una discriminación respecto de derechos no garantizados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos sino en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité sostuvo que los Estados no están obligados a dictar legislación que provea de seguridad social, pero una vez que la dictan, ella debe cumplir con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. En consecuencia tanto el derecho de igualdad ante la ley, como el derecho a igual protección de la ley pueden ser violados incluso si la discriminación se establece respecto de un derecho no reconocido en el Pacto¹⁰⁵.

La igual protección de la ley se refiere a los recursos que los tratados incluyen para la protección de los derechos garantizados¹⁰⁶. La Corte ha reiterado que no es suficiente que dichos recursos existan formalmente sino que los mismos deben tener efectividad¹⁰⁷, es decir, deben dar resultados o

¹⁰⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota 16, párr. 54.

¹⁰⁵ CDH, Casos *S.W.M. Broeks v. Países bajos*, *supra* nota 35 y *F.H. Zwaan-de Vries v. Países Bajos*, *supra* nota 35

¹⁰⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, *supra* nota 70 párr. 23.

respuestas a las violaciones de los derechos. Ello se refiere particularmente a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra las violaciones de derechos fundamentales¹⁰⁸. Dicho recurso debe funcionar igualitariamente a fin de garantizar la igual protección ante la ley.

El principio de igual protección ante la ley requiere que cualquier persona pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.¹⁰⁹ Dada la importancia de la igualdad como elemento del debido proceso, la Corte ha dicho 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. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹¹⁰.

En función de la importancia de un recurso judicial como requisito de la igualdad, la Comisión Interamericana ha entendido que existe discriminación contra las mujeres agredidas por violencia doméstica si debido a la ineficacia y negligencia del sistema judicial respectivo y la inadecuada aplicación de los

¹⁰⁷ Corte IDH *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125.

¹⁰⁸ Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 163.

¹⁰⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 4, párr. 117.

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 119.

preceptos nacionales e internacionales no se procesa y condena a los agresores. Ello constituye a criterio de la Comisión una práctica discriminatoria.¹¹¹

VI. VIOLENCIA, DISCRIMINACIÓN Y LA DEBIDA DILIGENCIA EN LA INVESTIGACIÓN.

La discriminación y la intolerancia suelen constituir la base de otras violaciones de derechos humanos y ser generadoras de violencia contra grupos tradicionalmente discriminados. Desde el punto de vista normativo, un caso ilustrativo es la Convención de Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, "Convención De Belém Do Pará") , la cual reconoce expresamente la relación que existe entre violencia de género y discriminación, indicando que tal violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres¹¹², y que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados.¹¹³ Ejemplos de esta conexión entre violencia y discriminación son los crímenes de odio (*hate crimes*)¹¹⁴ y, como caso extremo, el crimen internacional de genocidio, que precisamente tiene la

¹¹¹ CIDH, *María Da Penha Maia Fernandes*, *supra* nota 53, párrs. 47 y 52.

¹¹² Convención de Belém do Para, Preámbulo.

¹¹³ Convención de Belém do Para, artículo 6.

¹¹⁴ Se puede entender como crimen de odio a la ofensa criminal cometida contra una persona, propiedad o sociedad, motivada en todo o en parte, por el prejuicio racial, religioso, por discapacidad, orientación sexual u origen étnico o nacional. U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation (FBI), .Hate Crime Data Collection Guidelines, *Uniform Crime Reporting*, October 1999 (revised), en: <http://www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf>, pág. 4 (visitado el 27 de marzo de 2007).

intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso¹¹⁵.

La Comisión se ha mostrado particularmente preocupada por la violencia de la que son víctimas personas pertenecientes a grupos tradicionalmente discriminados. En un caso de ejecución extrajudicial de un joven afrodescendiente por parte de la policía, sostuvo que percibe una notable influencia del factor racial, resaltó la existencia de una preocupación por la violencia contra los jóvenes en Brasil, enfatizando especialmente el nexo existente entre ésta relación y los factores raciales y recalcó que la mayoría de las víctimas de la violencia policial en el territorio del Estado son jóvenes pobres, de raza negra o mestiza, muchos de los cuales carecen de antecedentes penales¹¹⁶.

En el caso de las mujeres, la CIDH ha establecido que la obligación de garantizar la igualdad y no discriminación está íntimamente vinculada con la prevención, la investigación y la sanción de la violencia contra las mujeres¹¹⁷.

¹¹⁵ Ver artículo II Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, ONU, 1948 y artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

¹¹⁶ CIDH, Informe N° 33/04, Caso 11.634, *Jailton Neri Da Fonseca*, (Brasil), párr. 35-38.

¹¹⁷ Así, en su *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, la Comisión indicó que la falta de igualdad formal de las mujeres de la región las coloca en una situación de desprotección frente a la violencia. Resalta que “en numerosos códigos penales valores tales como la honra, el pudor social, la doncellez, la castidad, las buenas costumbres, prevalecen sobre valores como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección legal a las víctimas de tales delitos, u obligándolas a probar que pusieron resistencia en el caso del delito de violación, o someténdolas a procedimientos interminables que producen una continua victimización”. Esto conlleva a situaciones de desprotección hacia la mujer víctima de violencia, por falta de legislación adecuada o porque la legislación vigente no se cumple” CIDH, *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 octubre 1998. En el informe sobre los homicidios en contra de mujeres en *Ciudad Juárez, México* reafirmó en dicho informe que la discriminación basada en el género es un obstáculo en la sanción y prevención de asesinatos de mujeres. El informe destaca que la violencia y la falta de respuesta ante este tipo de casos, obedece a la discriminación que afecta a la mujer. Indica que “no se ha prestado suficiente atención a la necesidad de hacer frente a la discriminación que subyace en los delitos de violencia sexual y doméstica, y que igualmente subyace en la ineficacia en cuanto a la aclaración de los delitos y el procesamiento de los culpables. Para resolver esos casos de homicidio es preciso prestar atención a las causas raigales de la violencia contra la mujer en todas sus principales manifestaciones” CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, párr. 11.. En el Informe

En el caso *Maria da Penha Fernandez* del año 2001, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil, permitió a la CIDH aplicar la Convención de Belém do Pará por primera vez y decidió que el Estado no había actuado con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario¹¹⁸. Más aún, estableció la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial hacia casos de violencia doméstica, lo que a criterio de la CIDH constituyó una práctica discriminatoria. La Comisión determinó que la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia va más allá que la de procesar y condenar; ya que también incluye la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”¹¹⁹.

El informe sobre *Acceso a la Justicia de las Mujeres víctimas de violencia*¹²⁰. En dicho informe, la Comisión hace especial hincapié en el problema de la violencia contra la mujer como una manifestación de la discriminación basada en el género. Allí la CIDH sostuvo que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, que impone a los Estados el deber de actuar con debida diligencia frente a la violencia contra la mujer exige reformar o abolir leyes y reglamentos vigentes o modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer, lo

sobre *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, la CIDH explica que las circunstancias que han expuesto a las mujeres a ser discriminadas, así como las consecuencias de esta situación de desventaja, han sido explotadas y manipuladas por los actores del conflicto armado. Hay un elemento de este informe que deseamos resaltar. La CIDH indica que la situación de las mujeres indígenas y afrocolombianas es particularmente crítica al ser víctimas de múltiples formas de discriminación por causa de su raza, etnia y por el hecho de ser mujeres, situación que se agrava dentro del ámbito del conflicto armado. Recuerda que la Convención de Belém do Pará establece que al actuar con debida diligencia, el Estado debe tomar especial cuenta de la situación de vulnerabilidad a la violencia que puede sufrir las mujeres en razón de su raza y etnia, entre otras condiciones de riesgo. CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia* OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 octubre 2006, Original: Español, párr. 102 y sigs.

¹¹⁸ CIDH, *Maria da Penha Maia Fernandes*, *supra* nota 53

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 56.

¹²⁰ CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007, Original: Español

que incluye el deber de revisión de normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar discriminatorio en perjuicio de las mujeres. Ello, en palabras de la Comisión, “debido a la relación evidente entre discriminación y violencia”. Como ejes centrales de esta teoría insistió en que la discriminación se halla en la raíz de la violencia contra la mujer¹²¹ y que la discriminación perpetúa la violencia contra la mujer y por ello, la Convención de Belém do Para reconoce un vínculo crítico entre la adecuada protección judicial y la eliminación de la violencia¹²². La Comisión considera que el principio de la debida diligencia contenido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará no es una simple reiteración de las obligaciones que emergen del deber de prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención. Por el contrario, la Comisión deriva obligaciones concretas como la necesidad de simplificar procedimientos judiciales penales e incrementar el número de instancias en las que víctimas de violencia pueden interponer denuncias¹²³, la de producir, compilar, analizar y difundir información sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer¹²⁴. También la Comisión dio pautas sobre el tipo de pruebas y de valoraciones permisibles en casos de violencia sexual, tales como la obligación de no considerar la falta de resistencia física de la víctima como un factor para no sancionar al agresor¹²⁵. Exigió, dada la íntima correlación entre la discriminación y los parámetros de la debida diligencia en la investigación contenidos en la Convención de Belém do Pará, que tanto los fiscales como los policías deben evitar cualquier tipo de discriminación en su trabajo y deben considerar las necesidades especiales de las víctimas de violencia sexual¹²⁶. Y, en este sentido, rechazó la influencia de

¹²¹ *Ibidem*, párr. 12

¹²² *Ibidem*, párr. 33.

¹²³ *Ibidem*, párr. 37.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 42 y sigs.

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 51.

¹²⁶ *Ibidem*, párrs. 52 y 53.

patrones socioculturales discriminatorios que resulten en una descalificación de la credibilidad de la víctima, a la vez que criticó la interpretación discriminatoria de evidencias en casos de violencia contra las mujeres¹²⁷.

VII. LA RELACIÓN ENTRE DISCRIMINACIÓN Y ESTADO DE VULNERABILIDAD DE DIFERENTES GRUPOS

En una serie de casos, la Corte ha reconocido la estrecha conexión que existe entre discriminación y situación de vulnerabilidad de personas pertenecientes a diferentes grupos sociales.

Por ejemplo, refiriéndose a los trabajadores migratorios dijo la Corte que

112. Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

113. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra¹²⁸.

Frente a estas situaciones de discriminación y vulnerabilidad, el Estado está en la obligación de adoptar medidas especiales o positivas de protección para tales

¹²⁷ *Ibidem*, párrs. 155 y 157.

¹²⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 13.

individuos tomando debida consideración de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra. Expresamente la Corte ha sostenido que:

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad¹²⁹.

Así, refiriéndose a pueblos indígenas, la Corte sostuvo que el “el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”¹³⁰.

También agregó la Corte que “el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”¹³¹.

Finalmente, la Corte ha indicado que los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales”. Al

¹²⁹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103.

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

¹³¹ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra* nota 69.

ser significativo “el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro.... entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición”. Agregó la Corte que dado que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, “los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”¹³².

VIII. Conclusión

Indudablemente, el sufrimiento humano causado por la discriminación, la marginación, la intolerancia no puede ser soslayado. El Derecho Interamericano de los Derechos Humanos no debe en definitiva permanecer insensible o indiferente a estas interrogantes.

El presente artículo ha buscado simplemente esbozar algunas de las respuestas jurídicas dadas por el sistema interamericano de derechos humanos a los desafíos impostergables de crear sociedades más justas, solidarias, tolerantes, integradas e igualitarias.

¹³² Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 129.