Artículo 24. Igualdad ante la ley

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

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n.º 130. En adelante: Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149. En adelante: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C n.º 152. En adelante: Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182. En adelante: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 194. En adelante: Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205. En adelante: Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218. En adelante: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C n.º 234. En adelante: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239. En adelante: Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n.º 257. En adelante: Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282. En adelante: Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Repara-

ciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298. En adelante: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015.

Opiniones consultivas

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 n.º 4. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n.º 17. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Informe n.º 73/00, *Marcelino Hanríquez et al. vs. Argentina*, Caso 11.784, 3 de octubre de 2000.

CIDH. Informe n.º 4/01, *Maria Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, 19 de enero de 2001.

Sentencias, resoluciones y decisiones emitidas por otros tribunales internacionales

TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968.

TEDH. *Caso Abdulaziz vs. United Kingdom*, 25 de abril de 1985.

TEDH. *Caso Johnston y otros vs. Irlanda*, Sentencia 18 de diciembre de 1986, vol. 112, Serie A.

TEDH. *Caso Inze vs. Austria*, 28 de octubre de 1987.

TEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. n.º 33290/96, Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000.

TEDH. *Caso of Thlimmenos vs. Greece* (Application n.º 34369/97), 6 de abril de 2000.

TEDH. *Caso Glor vs. Switzerland*, 30 de abril de 2009.

Sentencias emitidas por cortes y tribunales nacionales

Colombia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-230 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-093 de 2001.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 de 2007.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-029 de 2009.

Estados Unidos

U.S. Supreme Court. *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 US 144, April 25, 1938.

U.S. Supreme Court. *Korematsu vs. United States*, 323 US 214, December 18, 1944.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización Internacional del Trabajo

OIT. Convenio n.º 11 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958.

Organización de las Naciones Unidas

Asamblea General

Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 3 de junio de 2008.

Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 4 de junio de 2009.

Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 8 de junio de 2010.

Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 7 de junio de 2011.

Comité DESCONU

Comité DESCONU. Observación General n.º 16, *la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 3 del PIDESC) 2005.

Comité DESCONU. Observación General n.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC) E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

Comité DHONU

Comité DHONU. *Caso Broeks vs. los Países Bajos*. Comunicación n.º 172/1984, 9 de abril de 1987.

Comité DHONU. Observación General n.º 18, *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989.

Comité DHONU. *M. J. G. vs. los Países Bajos*, Comunicación n.º 267/1987, UN Doc.CCPR/C/OP/2, 1990.

Comité DHONU. *Toonen vs. Australia*, Comunicación n.º 488/1992, CPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992.

Comité DHONU. *Jacobs vs. Bélgica*, Comunicación n.º 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004.

Comité de Derechos del Niño ONU

Comité de los Derechos del Niño ONU. Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de febrero de 2001.

Otros órganos y organismos

Comisión DHONU. “Los derechos humanos y la extrema pobreza”, Informe presentado por la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de conformidad con la Resolución 2002/30 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Misión en la República Dominicana. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1.

Referencias académicas

BAYEFSKY, A. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990.

COURTIS, C. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010.

DULITZKY, A. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos* n.º 3, Santiago de Chile, 2007.

EIDE, A. y TORDEL O. “Equality and non discrimination”, en *Publication*, n.º 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, 1990.

GONZÁLEZ, M. y PARRA, Ó. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, vol. 47, San José, 2008.

PALACIOS, P. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006.

SHELTON, D. “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008.

WEIWEI, L. “Equality and Non- Discrimination Under International Human Rights Law” en *Research Notes*, n.º 03, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2004.

Contenido

1.	Introducción	708
2.	Ámbito de aplicación	710
2.1.	La distinción entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas de igualdad	710
2.2.	El artículo 24 de la CADH como cláusula autónoma de igualdad.....	711
3.	Contenido y alcance	712
3.1.	La discriminación como distinción arbitraria	715
3.2.	El artículo 24 de la CADH con relación a grupos históricamente discriminados	727

1. Introducción

El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación es quizás la disposición formulada con mayor recurrencia en las normas internacionales de derechos humanos. No solo está consagrado expresamente en una amplia variedad de tratados,¹ sino que además se encuentra implícito en las normas que garantizan los derechos humanos a “toda persona”. No resulta por tanto exagerado afirmar que este principio “es la norma común a la mayor parte de los tratados de derechos humanos, tanto del sistema universal como de sistemas regionales”.²

La Corte IDH ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno”,³ y que “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”.⁴ Por tal razón, ha reconocido que este principio hace parte del *jus cogens*,⁵ es decir, que se trata de una norma imperativa de derecho internacional general cuya aplicación no depende del acuerdo de los Estados y que no admite disposición en contrario.⁶ Igualmente, ha indicado que se trata

1 Por solo mencionar algunos instrumentos: Carta de la OEA (artículo 3.1.); CADH (artículos 1 y 24); DADDH (artículo II); Protocolo de San Salvador (artículo 3); Convención de Belém do Pará (artículos 4.f, 6 y 8.b); CIEFDPD (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de la ONU (artículo 1.3.); DUDH (artículos 2 y 7); PIDESC (artículos 2.2. y 3); PIDCP (artículos 2.1. y 26); CIEFDR (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1.1., 7, 18.1., 25, 27, 28, 43.1., 43.2, 45.1., 48, 55 y 70); CEFDm (artículos 2, 3, 5, 7 a 16); Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1. y 5); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); CEDH (artículo 14); Carta de Banjul (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

2 Courtis, C. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, p. 106.

3 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 185.

4 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 101.

5 En la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH concluyó “[q]ue el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”. Asimismo, ver Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 185; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 94; Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 170.

6 El artículo 53 de la CVDT establece que “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Igualmente, el artículo 64 del mismo instrumento dispone que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

de una norma *erga omnes* que debe impregnar todas las actuaciones del Estado y que “genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares”.⁷

Pero el principio de igualdad y no discriminación no solo tiene un carácter fundamental en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, sino que además tiene una enorme complejidad conceptual. La formulación de este principio resulta sencilla y simple en apariencia, en la medida en que recoge un mandato que algunos consideran muy claro, a saber, que se debe tratar a los iguales de la misma manera, y a los distintos de manera distinta. Sin embargo, cuando se profundiza en la comprensión de su sentido y alcance, la simplicidad conceptual se desvanece y el tema se vuelve particularmente resbaloso, lo cual explica la amplitud de las discusiones filosóficas sobre este derecho.

Por un lado, existen distintas concepciones de igualdad, que pueden ser incluso incompatibles entre sí. Por ejemplo, no solo no es lo mismo hablar de igualdad de trato, igualdad de oportunidades o igualdad de resultados, sino que a veces el respeto de uno de estos tipos puede traducirse en la vulneración de otro, como lo muestran los casos de acción afirmativa, en los que resulta necesario desconocer la igualdad de trato para combatir desigualdades de resultados y oportunidades. Por otro lado, dotar de contenido concreto el mandato de tratar igual a los iguales y distinto a los desiguales es una tarea sumamente difícil en la medida en que es preciso determinar, dentro de la infinidad de semejanzas y diferencias que existen entre las situaciones o las personas, a cuáles se les debe dar mayor relevancia para determinar cuándo se puede decir que se debe tratar igual.

El principio fundamental de la igualdad y la no discriminación es transversal en todo el cuerpo normativo de la CADH. Además de que el reconocimiento de los derechos en ella garantizados opera a partir de fórmulas que lo incluyen implícitamente (“toda persona”, “todo niño”, “todos los ciudadanos”), varios artículos relativos a distintos derechos incluyen referencias expresas a la igualdad. Así, el artículo 8.2. sobre garantías judiciales dispone que “[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad” a un determinado conjunto de garantías mínimas; el artículo 17 sobre protección a la familia establece que “[l]os Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo” (art. 17.4.) y que “[l]a ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (art. 17.5.); y el artículo 23 consagra los derechos políticos “de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual [...]” (art. 23.1.b) y “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (art. 23.1.c).

Adicionalmente, la CADH contiene dos disposiciones que se refieren en particular al principio de igualdad. La primera es el artículo 1.1. que consagra la obligación de respetar los derechos, en los siguientes términos: “[l]os 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”. La segunda es el artículo 24 que establece el derecho de igualdad ante la ley: “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

En vista de la multiplicidad de referencias al principio de igualdad contenidas en la CADH, es necesario determinar cuál es el estatus específico de la cláusula contenida en el artículo 24. De esta cuestión, nos ocuparemos en el siguiente apartado relativo al ámbito de aplicación del mismo artículo. En este, el lector encontrará una breve descripción sobre el carácter de este artículo como cláusula autónoma de igualdad y en particular sobre su relación con el artículo 1.1. de la CADH que también consagra el principio de igualdad. Una vez abordado este aspecto, nos referiremos en el apartado 3 al contenido y alcance del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24. Este apartado está dividido

7 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 100.

en dos partes. En la primera, se ofrece al lector una presentación detallada de la noción de discriminación como distinción arbitraria y de la metodología de análisis que resulta adecuada para evaluar cuándo un trato diferenciado constituye una vulneración del derecho a la igualdad. Y en la segunda, se especifican cuáles son las obligaciones que se derivan del artículo 24 en relación con los grupos que han sido históricamente discriminados.

2. Ámbito de aplicación

2.1. La distinción entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas de igualdad

Los tratados internacionales de derechos humanos no consagran el principio de igualdad y no discriminación a través de una fórmula única. Así, en términos de su estructura y de su relación con los derechos restantes reconocidos en un determinado tratado, es posible distinguir dos tipos de cláusulas. La primera consagra la igualdad como una garantía accesoria a cada uno de los derechos y libertades establecidos en un tratado de derechos humanos. La segunda establece la igualdad como un derecho independiente que “est[á] garantizad[o] en sí mism[o] y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto”.⁸ En el primer caso se trata de una cláusula subordinada de igualdad, mientras que en el segundo se trata de una cláusula autónoma.

Un ejemplo del primer tipo es el artículo 14 de la CEDH que establece que:

[e]l goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación.

Esta cláusula resulta complementaria a las restantes disposiciones de la CADH que consagran los derechos y libertades, y debe por tanto aplicarse en conjunto con estas. Según lo ha indicado la jurisprudencia del TEDH, esta cláusula subordinada de no discriminación debe leerse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Convención en tanto esta “forma parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades”.⁹

Por su parte, el artículo 26 del PIDCP ofrece un ejemplo de una cláusula de igualdad autónoma:

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

A diferencia del artículo 14 de la CEDH, esta disposición contiene una prohibición de la discriminación que no se limita a la relativa a la garantía de los derechos y libertades establecidos en el Pacto y, que, en tal sentido, opera con independencia de estos.

Así lo ha indicado el Comité DHONU, que en su comentario general sobre la no discriminación, sostuvo que el artículo 26 “establece en sí mismo un derecho autónomo”,¹⁰ y “prohíbe la

8 Bayefsky, A. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1-34.

9 TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968, párr. 9.

10 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párr. 12.

discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y protección de las autoridades públicas”,¹¹ y no únicamente en la esfera de los derechos reconocidos en el PIDCP.

2.2. El artículo 24 de la CADH como cláusula autónoma de igualdad

La CADH incluye los dos tipos de cláusulas. En efecto, el artículo 1.1. contiene una cláusula subordinada de igualdad, mientras que el artículo 24 constituye una cláusula autónoma. En uno de sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH se refirió a la relación entre los dos artículos en cuestión. Respecto al artículo 1.1. afirmó que se trata de “una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado”,¹² y precisó que “todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la C[ADH] es *per se* incompatible con la misma”.¹³ Y al referirse al artículo 24 indicó:

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte [IDH] tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley *se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal*. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1. respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, estos se han comprometido, en virtud de la C[ADH], a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.¹⁴

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

En este sentido, la importancia del artículo 24 radica en que cubre aquellas vulneraciones del derecho a la igualdad que no involucran a su vez la violación de otros derechos reconocidos en la CADH y que, por tanto, están por fuera de la órbita de protección del artículo 1.1. Por ejemplo, la CADH no establece un derecho a obtener la nacionalidad de un Estado en el cual no se nació. Sin embargo, si un Estado parte regula el modo como los extranjeros pueden adquirir la nacionalidad, esta regulación debe respetar el derecho de igual protección de la ley sin discriminación consagrado en el artículo 24. De conformidad con esto, la Corte IDH determinó (en la misma opinión consultiva relativa a la regulación de la naturalización por parte del Estado de Costa Rica), que era incompatible con el artículo 24 establecer condiciones preferentes para facilitar que la esposa extranjera de un hombre costarricense adquiriera la nacionalidad, sin disponer el mismo beneficio para el esposo extranjero de una mujer costarricense.¹⁵

11 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*, párr. 12. Cabe señalar que el PIDCP contiene además una cláusula subordinada de igualdad en su artículo 2.1., el cual dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El Comité DHONU se refirió por primera vez a la distinción entre este artículo y el artículo 26 en el caso *Broeks vs. los Países Bajos*, en el cual indicó que “[e]l artículo 26 no se limita a repetir las garantías establecidas en el artículo 2”, sino que “prohíbe la discriminación en derecho o en la práctica en cualquiera de las esferas reglamentadas y protegidas por autoridades públicas. El artículo 26 se refiere pues a las obligaciones impuestas a los Estados con respecto a su legislación y a la aplicación de la misma”. Comité DHONU. Caso *Broeks vs. los Países Bajos*. Comunicación n.º 172/1984, 9 de abril de 1987.

12 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 53.

13 *Idem*.

14 *Ibidem*, párr. 54. (énfasis agregado)

15 *Ibidem*, párr. 67.

En decisiones posteriores, la Corte IDH ha reiterado este criterio de distinción, precisando aún más la especificidad del artículo 24 como cláusula autónoma. Así, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH sostuvo que este artículo:

no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1. de la [CADH], respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.¹⁶

De conformidad con este criterio, en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH especificó que “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1. y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”.¹⁷ Este planteamiento ha sido reiterado en los casos *Rosendo Cantú y otra vs. México*, *Vélez Loor vs. Panamá*, *Fernández Ortega y otros vs. México*, *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* y *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.¹⁸

En virtud de lo anterior, es posible precisar las características del artículo 24 como cláusula autónoma de igualdad. La primera es que consagra un derecho independiente respecto a los demás derechos reconocidos en la CADH. La segunda es que, en tanto derecho autónomo, genera obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados. Y la tercera es que se refiere, específicamente, a la garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades.

Sin embargo, aunque el artículo 24 contiene un ámbito específico de aplicación que lo distingue de la garantía de no discriminación prevista en el artículo 1.1., es importante aclarar que a nivel de contenido existe una fuerte interrelación entre estas dos disposiciones, en tanto ambas constituyen una expresión del principio de igualdad y no discriminación. Por esta razón, tal como se evidencia en el siguiente apartado, las consideraciones realizadas por los órganos del SIDH en relación con el artículo 1.1. resultan pertinentes para dilucidar el sentido del artículo 24.

3. Contenido y alcance

El artículo 24 contiene dos nociones de igualdad. La primera parte del artículo alude a la igualdad ante la ley, mientras que la segunda se refiere a la igual protección de la ley sin discriminación. La forma como está redactada la disposición sugiere que el derecho a la igual protección de la ley es un corolario

16 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 186. El criterio de distinción es reiterado en otras decisiones, ver, por ejemplo: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 44; Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 348; Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 217; Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 243.

17 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 209.

18 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 183. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 253. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 199. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 174. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 82. De acuerdo con Palacios, en las cláusulas de igualdad del PIDCP se encuentra un criterio semejante: “las cláusulas de no discriminación contenidas en los artículos 2.1. y 26 tienen ámbitos de aplicación claramente diferenciados e independientes, y no cabe otra explicación que sea coherente con la ubicación de ambas disposiciones en el tratado. Así, el 2.1. se aplica al trato discriminatorio que surge en el reconocimiento o el ejercicio de los derechos contenidos en la tercera parte del Pacto mientras que el artículo 26 se aplicaría a casos que no caen bajo la protección del 2.1.”. Palacios, P. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006.

de la igualdad ante la ley. En efecto, el artículo 24 presenta el primero como una consecuencia del segundo. Sin embargo, es importante aclarar que cada una de estas nociones expresa una concepción particular acerca del contenido y alcance del derecho a la igualdad, correspondiente cada una, además, a un determinado momento histórico.¹⁹

La igualdad ante la ley corresponde a la noción de igualdad formal prevaleciente durante el siglo XVIII, la cual aparece especialmente ligada a las preocupaciones de la época por limitar la arbitrariedad del poder ejecutivo y por garantizar la igualdad ante los tribunales.²⁰ Esta noción de igualdad “se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características”.²¹ La garantía de este derecho estaba conectada con el principio de legalidad que implicaba, por un lado, que la ley debía ser general y abstracta y, por el otro, que el juez no debía ser más que la boca que pronunciara las palabras de la ley, según la célebre definición de Montesquieu.

El Comité DESCONU en su Observación General n.º 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer, indicó que “los Estados Partes deben respetar el principio de la igualdad en la ley y ante la ley”,²² advirtiendo que la igualdad ante la ley implica que los órganos administrativos y jurisdiccionales “deben aplicar la ley por igual a hombres y mujeres”.²³ De este modo, el Comité DESCONU recoge bien la idea de igualdad ante la ley como aplicación imparcial de la ley.²⁴

Por su parte, el surgimiento de la noción de igual protección de la ley sin discriminación está asociado a la preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo, como por ejemplo las personas que fueron liberadas con ocasión de la prohibición de la esclavitud en el transcurso del siglo XIX; o de sectores que emergieron a raíz de los procesos de transformación social y que demandaban garantías específicas, tal como la clase trabajadora que surgió con la industrialización.²⁵ Dado que la esclavitud operaba en función de un criterio racial, la extensión de la protección de la ley no solo implicaba cobijar a quienes antes eran considerados y tratados como esclavos, sino garantizar que el factor racial no constituyera un criterio de restricción o exclusión para el goce de derechos. En este sentido, se consideró que la igual protección de la ley debía operar sin consideración a la raza de las personas. Otros criterios, asociados a condiciones de las personas que históricamente han sido un factor de exclusión o restricción para el goce de derechos,

19 El artículo 7 de la DUDH también recoge estas dos nociones de igualdad: “[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Para una explicación del alcance de estas dos nociones en la DUDH, ver Weiwei, L. “Equality and Non- Discrimination Under International Human Rights Law”, Research Notes, n.º 03, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2004, p. 15.

20 Eide, A. y Torkel O. “Equality and non discrimination”, en *Publication*, n.º 1, Norwegian Institute of Human Rights, Oslo, 1990, pp. 7-8.

21 González, M. y Parra, Ó. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, vol. 47, San José, 2008.

22 Comité DESCONU. Observación General n.º 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 3 del PIDESC), 2005, párr. 9.

23 *Idem*.

24 Algunos autores sugieren que la noción de igualdad ante la ley prohíbe todo trato arbitrario por parte de las autoridades públicas, lo cual no solo implica una aplicación imparcial de la ley por parte de los operadores jurídicos administrativos o judiciales, sino una proscripción del establecimiento de clasificaciones injustificadas en la propia ley. Según los autores, la igualdad ante la ley implica que si la ley dispone tratos diferenciados, estos solo pueden obedecer a “criterios estrictamente funcionales” y “deben evitar la arbitrariedad”, por lo cual las clasificaciones deben ser “objetivas y razonables”. Cfr. González, M. y Parra, Ó., *op. cit.*, p. 130. Esta noción más general de igualdad ante la ley se explica por la incorporación que hacen los autores a este concepto, de la idea desarrollada especialmente durante el siglo XX, según el cual no todo trato distintivo establecido por la ley implica *per se* una violación del principio de igualdad y no discriminación. Esta idea se expresa con claridad en la jurisprudencia pionera del TEDH sentada en el caso *relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*. Pero cabe aclarar que este criterio se fijó en relación con el artículo 14 del CEDH que establece la prohibición de discriminación y que no incluye el concepto de igualdad ante la ley. En su sentido primigenio, la noción de igualdad ante la ley se limita a la aplicación imparcial de la ley, mientras que la proscripción de trato arbitrario en virtud de la ley considerada en sí misma se deriva más del concepto de no discriminación.

25 Eide, A. y Torkel O., *op. cit.*, p. 8.

como el sexo, la religión o el origen nacional, llenarían de contenido la noción de igual protección de la ley sin discriminación.

Sin embargo, pese a las diversas nociones de igualdad contenidas en el artículo 24, los términos de igualdad, igual protección y no discriminación han tendido a ser utilizados indistintamente, lo cual responde no solo a una tendencia del sistema interamericano, sino del derecho internacional de los derechos humanos en general.²⁶ Así, es una idea recurrente que los conceptos de igualdad y no discriminación constituyen, respectivamente, la dimensión positiva y la dimensión negativa de un mismo principio.²⁷ De conformidad con esto, la igualdad es entendida como la ausencia de discriminación, al paso que se estima que el respeto del principio de no discriminación conduce a una situación de igualdad. Esto ha implicado que “la igualdad jurídica se defina en el Derecho Internacional a través, fundamentalmente, del concepto de no discriminación”.²⁸

La jurisprudencia de la Corte IDH es depositaria de esta perspectiva. Así, la Corte IDH ha retomado lo dicho por el Comité DHONU,²⁹ al indicar 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 humanos”.³⁰ Según la Corte IDH, esta interrelación implica que el “elemento de la igualdad [sea] difícil de desligar de la no discriminación”.³¹ De hecho, de acuerdo con la Corte IDH, la prohibición de trato discriminatorio aparece como una derivación del reconocimiento de la igualdad ante la ley.³²

Del mismo modo, al referirse a la noción de igualdad, la Corte IDH ha planteado que esta

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.³³

Dos elementos resaltan de esta definición. El primero es el reconocimiento de una conexión esencial e inmediata entre la igualdad y la dignidad humana. Esta conexión evoca la DUDH que en su artículo 1 dispone que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El segundo, que es una derivación del primero, es que el establecimiento de privilegios, por un lado, y el trato discriminatorio, por el otro, constituyen las dos formas básicas de vulneración del derecho a la igualdad, en tanto las mismas resultan incompatibles con esa idea de la dignidad como elemento común al género humano.

26 Shelton, D. “Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008.

27 En su voto separado en la opinión consultiva sobre la *propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, el juez Rodolfo E. Piza sintetizó, así, el sentido de esta mutua imbricación: “parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, voto separado de Rodolfo E. Piza, párr. 10. Asimismo, ver Bayesky, A., *op. cit.*, p. 7.

28 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, voto separado de Rodolfo E. Piza, párr. 10.

29 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*, párr. 1.

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 83.

31 *Idem*.

32 La Corte IDH ha señalado que: “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 239.

33 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 55.

Como puede apreciarse, la noción de discriminación ha venido a ocupar un lugar esencial de cara a la definición del contenido y alcance del artículo 24, hasta tal punto que en buena medida el concepto de igualdad, tanto en su dimensión de igualdad ante la ley como en la de igual protección de la ley, ha terminado gravitando en torno a la idea de no discriminación. Por esta razón, es importante analizar con detenimiento qué se entiende por discriminación.

3.1. La discriminación como distinción arbitraria

La Corte IDH ha considerado invariablemente que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable.³⁴ Esta idea es común a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, los debates que condujeron a la formulación de la prohibición de discriminación en la DUDH ilustran que la noción de discriminación llevaba implícita la idea de trato arbitrario. Según lo explica Shelton:

una de las versiones preliminares de la DUDH prohibía ‘toda discriminación arbitraria’. El término ‘arbitrario’ se eliminó porque la mayoría de los delegados estaban de acuerdo que, en derecho, la discriminación se refiere a distinciones dañinas o injustas (arbitrarias) y no a todas las diferenciaciones.³⁵

Del mismo modo, el TEDH al interpretar el alcance del artículo 14 del CEDH que establece que todos los derechos deben ser garantizados “sin distinción alguna”, ha indicado que “el principio de igualdad de trato es violado si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable”,³⁶ es decir si la distinción es arbitraria.³⁷

De acuerdo con lo anterior, *no toda distinción de trato comporta una vulneración del derecho a la igualdad*. En palabras de la Corte IDH, “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.³⁸ Así, la Corte IDH ha admitido la legitimidad de algunos tratos diferenciales. Por ejemplo, en relación con los migrantes, ha indicado que “el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, *siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*”.³⁹ Del mismo modo, ha señalado que existen “ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”.⁴⁰ El ejemplo propuesto por la Corte IDH para ilustrar esta situación es el de la limitación de la capacidad civil de los menores de edad o de las personas que no gozan de salud mental, eventos en los cuales el trato diferenciado obedece a la finalidad de proteger precisamente el patrimonio de estas personas.

34 *Ibidem*, párr. 56. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 89.

35 Shelton, D., *op. cit.*, p. 26.

36 TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968.

37 Vale la pena advertir que la fórmula de prohibición de la discriminación contenida en el artículo 14 del CEDH indica que el goce de los derechos debe ser asegurado “sin distinción alguna”. Por su parte, la CADH, que fue adoptada con posterioridad tanto al CEDH como a la referida decisión del TEDH, emplea la expresión “sin discriminación alguna”, tanto en su artículo 1.1. como en el 24. En este sentido, mientras que en el caso de la CADH la interpretación del TEDH condujo a cualificar el alcance de la expresión “sin distinción alguna”, indicando que se trataba de una distinción arbitraria; en el caso de la CADH, la Corte IDH no tuvo que añadir ninguna calificación a la expresión, sino más bien desentrañar un sentido que ya aparecía implícito en la noción de discriminación.

38 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, 1984, párr. 56.

39 Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. EPFRC. 2010, párr. 248. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 119. (énfasis agregado)

40 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 56.

Dado que no toda distinción implica una discriminación, es necesario entonces especificar las condiciones bajo las cuales una diferencia de trato constituye una violación del derecho a la igualdad. Al respecto, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.⁴¹

En esta misma línea, la CIDH ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando “a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue”.⁴² Del mismo modo, ha puntualizado que “[u]na distinción basada en criterios razonables y objetivos (1) persigue un propósito legítimo y (2) emplea medios proporcionales al fin que se busca”.⁴³

Con este planteamiento, la CIDH retoma implícitamente algunos de los puntos centrales del test de razonabilidad que fijó el TEDH en el paradigmático caso relativo a *ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de idiomas en la educación en Bélgica*, en el cual el TEDH se pronunció por primera vez sobre el artículo 14 del CEDH que consagra la prohibición de discriminación. En este caso, el TEDH señaló que:

[u]na distinción de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por la C[EDH] no sólo debe perseguir un objetivo legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece claramente que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.⁴⁴

De conformidad con estas pautas, es posible delimitar una metodología para el análisis de los casos que involucren una diferencia de trato. Así, siguiendo lo advertido por la CIDH, en primer lugar, es preciso establecer si la diferencia opera en relación con situaciones análogas o similares. Si es así, corresponde entonces, en segundo lugar, determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la distinción. Para tal efecto, es recomendable utilizar un test que permita racionalizar el análisis de las medidas diferenciadoras. De estos dos puntos nos ocuparemos a continuación.

3.1.1. Tratar igual a los iguales

Uno de los puntos más complejos en el análisis de la discriminación corresponde a la verificación de cuándo estamos ante situaciones semejantes que ameriten, en principio, un trato igual. La igualdad es un concepto relacional que incorpora un mandato claro, que es casi tan viejo como la filosofía y la civilización occidentales, pues ya Aristóteles lo formulaba en sus obras,⁴⁵ a saber, que “se debe tratar a los iguales de la misma manera, y a los distintos de manera distinta”. Un análisis filosófico elemental permite concluir que el mandato aristotélico de “tratar igual a los iguales” es vacío, en la medida en que no precisa cuál es el criterio que permite diferenciar o igualar a las personas o a las situaciones. El problema es que ninguna situación es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación; y, en ese mismo sentido, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos, como puede ser al menos el hecho de que son eventos. En

41 *Ibidem*, párr. 57.

42 CIDH. Informe n.º 73/00, *Marcelino Hanríquez et al. vs. Argentina*, Caso 11.784, 3 de octubre de 2000, párr. 37. ,

43 CIDH. Informe n.º 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625 19 de enero de 2001, párr. 31.

44 TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968, párr. 10.

45 *Ver*, por ejemplo, *Ética a Nicómaco*, Libro V, capítulo 3, párr. 1006.

tales circunstancias, las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas, sino siempre parciales. Esto es, desigualdades o igualdades desde cierto punto de vista. Por ello, algunos analistas han concluido que, en sentido estricto, la igualdad no tiene un significado propio como mandato.⁴⁶

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

La definición de la existencia de supuestos de hecho análogos no resulta problemática en aquellos casos en los cuales es claro que no hay diferencias de peso entre las personas o situaciones comparadas. Un ejemplo de la jurisprudencia interamericana es el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, en el cual la Corte IDH se refirió a la situación de dos niñas nacidas en República Dominicana, ambas con ascendencia haitiana, a las cuales les fue negada la declaración tardía de nacimiento bajo el argumento de no haber presentado la documentación requerida. La Corte IDH constató que la legislación dominicana exige requisitos distintos para el registro según la edad de los menores y advirtió que en este caso el Estado había exigido el cumplimiento de los requisitos previstos para los mayores de 13 años, cuando las menores Yean y Bosico tenían 10 meses y 12 años, respectivamente. Al efectuar el análisis de igualdad, la Corte IDH determinó sin mayor dificultad que “las niñas Yean y Bosico no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad”.⁴⁷ Al no existir ninguna diferencia relevante, en relación con las disposiciones de registro entre las niñas Yean y Bosico y el resto de menores dominicanos menores de 13 años, resultaba clara, en este caso, la existencia de supuestos de hecho idénticos, más que similares.

El caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* es otro caso de la jurisprudencia interamericana en el cual las personas involucradas se encontraban en la misma posición en relación con los requisitos exigidos por la normatividad para acceder a determinados beneficios. En este, la Corte IDH se refirió a la situación de cuatro ahorristas uruguayos a quienes les fueron resueltas desfavorablemente sus solicitudes de acceder a ciertas medidas de rescate financiero adoptadas por el Gobierno con ocasión de la crisis del sistema bancario que se presentó en el año 2002, mientras que a otros veintidós ahorristas sí les fueron aceptadas. La Corte IDH determinó que en dos de los casos alegados, los ahorristas se encontraban en los mismos supuestos que fueron determinantes para la aceptación de la solicitud de uno de los casos que sí fue admitido.⁴⁸ En este caso, la evaluación de la identidad de las situaciones se basó en el análisis de la posición que tenían los ahorristas en relación con los requisitos exigidos para acceder a los beneficios. Al encontrar la semejanza de la situación de algunos de los ahorristas, la Corte IDH concluyó que existió un trato discriminatorio, pues no se ofreció ninguna motivación que permitiera constatar que los criterios para la admisión de las solicitudes fueron aplicados de manera objetiva.⁴⁹

Sin embargo, en otros casos el modo de enfocar el análisis del carácter análogo de las situaciones se torna problemático. Algunos ejemplos de la jurisprudencia internacional resultan ilustrativos. Por

46 Ver la polémica en Estados Unidos suscitada por el artículo de Peter Westen “The empty idea of equality”, en *Harvard Law Review*, n.º 95, 1982. Ese texto ha dado lugar a respuestas críticas de Chereminsky y Greenawalt y la discusión no puede ser considerada resuelta, pues se prolonga hasta nuestros días, como lo muestra el volumen 110 de *Harvard Law Review* de abril de 1997, dedicado al tema, con un texto de Christopher Petes en defensa de Westen y una crítica de Greenawalt.

47 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 165.

48 Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párrs. 183-184.

49 *Ibidem*, párr. 185.

ejemplo, en el caso *Johnston y otros vs. Irlanda*,⁵⁰ el TEDH determinó que no existía discriminación en el trato distintivo que otorgaba el Estado irlandés en materia de divorcios, consistente en que solo se reconocían aquellos que fueran obtenidos en el extranjero por irlandeses domiciliados fuera del país. Los peticionarios alegaban que esto discriminaba a los irlandeses que por su situación económica no podían establecer su domicilio fuera del país para obtener el divorcio. El TEDH –sin detenerse a explicar las razones– se limitó a indicar que los irlandeses no domiciliados en el exterior no se encontraban en una situación análoga a la de los que sí lo estaban, derivando de esta razón la inexistencia de discriminación.

En este caso existía por lo menos una semejanza y una diferencia evidentes entre los grupos de personas comparados. La semejanza es la nacionalidad irlandesa y la diferencia es la de tener el domicilio fuera del país. Un modo distinto de enfocar el asunto implica partir de la pregunta acerca de ¿qué tan relevante era dicha diferencia en relación con la definición de las reglas relativas al reconocimiento del divorcio?, y ¿por qué dicha diferencia pesaba más que la semejanza para hablar de la existencia de una situación análoga? Sin embargo, el TEDH no se planteó esta cuestión, razón por la cual, a nuestro juicio, su análisis resultó desafortunado. Como lo indicó acertadamente Shelton, en este caso el TEDH “[e]mpleó la mismísima diferencia de trato contra la que se reclamaba para concluir que las dos situaciones no eran análogas”.⁵¹

Otro ejemplo que vale la pena mencionar es el caso *M.J.G. vs. los Países Bajos* que fue declarado inadmisibles por el Comité DHONU, en el cual el peticionario era un conscripto objetor de conciencia que fue citado para comparecer ante un Tribunal Militar por desobedecer órdenes en el curso de su servicio militar. En su comunicación individual alegó que existía una distinción injustificada entre civiles y conscriptos, en cuanto en la jurisdicción ordinaria era posible impugnar una citación, no así en la jurisdicción penal militar, que era a la cual se encontraba sometido el peticionario. El Comité DHONU determinó que al caso no le era aplicable el artículo 26 del PIDCP, pues el autor no argumentó “que el procedimiento militar penal de los Países Bajos no se est[aba] aplicando de igual manera a todos los ciudadanos holandeses que presta[ban] servicio en las fuerzas armadas de ese país”.⁵² Esto indica que el Comité DHONU asumió que *no existía una situación asimilable entre civiles y militares para invocar un trato igual en materia de interposición de recursos*. Según el Comité DHONU, *el reclamo solo habría podido fundarse respecto de la aplicación del procedimiento militar a otro soldado*. Al igual que en el caso anterior, el Comité DHONU omitió justificar por qué la diferencia consistente en que una persona es militar y otra civil, pesaba más que la semejanza de ser ciudadanos holandeses, teniendo presente que lo que estaba en juego era la definición de un derecho procesal.

En contraste con las citadas decisiones internacionales, vale la pena referir un caso del ámbito nacional en el cual el análisis sobre el carácter análogo de las situaciones en juego resulta más completo. Se trata de la discusión que se dio en la Corte Constitucional colombiana en relación con el derecho de las parejas homosexuales a contar con un régimen de protección patrimonial como el previsto para las parejas heterosexuales que conviven en unión libre. En un principio, la Corte Constitucional negó el reclamo fundado en la violación del derecho a la igualdad, bajo la idea de que los dos tipos de parejas no se encontraban en una situación asimilable. Según la Corte, las parejas heterosexuales conformaban una familia según la definición constitucional y además tenían la capacidad natural de procrear, lo cual las diferenciaba de las parejas homosexuales que de conformidad con su criterio no encajaban en el concepto constitucional de familia, ni tampoco podían reproducirse.⁵³ Sin embargo, años después reconsideró su posición y determinó que, por razones de igualdad, el régimen de protección patrimonial previsto para las uniones heterosexuales debía extenderse a las uniones homosexuales *pues la orientación sexual de las personas no era un criterio relevante para determinar cuáles parejas ameritaban o no ser beneficiadas de ese régimen de protección patrimonial*.⁵⁴

50 TEDH. Caso *Johnston y otros vs. Irlanda*, sentencia 18 de diciembre de 1986, vol. 112, Serie A.

51 Shelton, D., *op. cit.*, p. 12.

52 Comité DHONU. *M. J. G. vs. los Países Bajos*, Comunicación n.º 267/1987, UN Doc.CCPR/C/OP/2, 1990, párr. 3.2.

53 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-098 de 1996.

54 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007.

En esta segunda decisión, la Corte Constitucional colombiana enfocó la situación a partir del criterio de las necesidades análogas de protección de los dos tipos de pareja. De conformidad con este, la Corte Constitucional determinó que tanto las parejas homosexuales, como las heterosexuales que cohabitaban y compartían un proyecto de vida en común, *estaban en una situación asimilable en relación con las normas que establecían un régimen de protección civil*. En este sentido, las diferencias señaladas en su anterior decisión, pesaban menos que las semejanzas fundadas en los requerimientos semejantes de protección de ambas parejas que surgían en virtud de los rasgos compartidos. Con base en este mismo criterio, posteriormente la Corte Constitucional extendió a las parejas homosexuales múltiples derechos reconocidos inicialmente solo a las parejas heterosexuales.⁵⁵

Como lo muestran los casos citados, la presencia tanto de semejanzas, como de diferencias implica realizar un análisis más detallado para determinar la relevancia de cada una en relación con la situación concreta. De lo contrario, tal como sucedió en los casos internacionales referidos, se corre el riesgo de que se descarte de plano el análisis de razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado, bajo la idea de que los supuestos de hecho no son análogos.

De otro lado, es importante considerar que en algunas circunstancias las distinciones no solo son admisibles a la luz del principio de no discriminación, sino que resultan imperiosas. Considerando que en una sociedad los individuos y grupos se encuentran en posiciones distintas, tratarlos del mismo modo puede conducir a una situación de mayor desigualdad.⁵⁶

En la jurisprudencia interamericana, la idea del trato distintivo como exigencia de no discriminación jugó un papel importante en un caso relacionado con los derechos de comunidades indígenas. En efecto, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH se refirió a la aplicación de una ley electoral en virtud de la cual las comunidades indígenas nicaragüenses tuvieron que organizarse bajo la forma de partidos políticos, así como cumplir otra serie de condiciones para poder presentar candidatos en las elecciones municipales de 2000. La Corte IDH determinó que el Estado había violado los artículos 23 y 24 de la CADH, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma “ya que dispuso y aplicó disposiciones de la Ley Electoral [...] que establecen una restricción indebida al ejercicio del derecho a ser elegido y lo reglamentan de forma discriminatoria”.⁵⁷ Según la Corte IDH, la ley electoral no tuvo en cuenta las características particulares de la población indígena de Nicaragua, y los obligó a adoptar “una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones”,⁵⁸ así como a presentar candidatos en al menos el 80% de los municipios de la circunscripción territorial, desconociendo que “habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo”,⁵⁹ dado que la población indígena era minoritaria en muchos de ellos. Estas circunstancias finalmente impactaron de forma negativa la participación de los candidatos de la población indígena en las elecciones. Como medida de reparación, la Corte IDH dispuso que el Estado debía reformar los dos requisitos de la ley electoral que impidieron la participación de los indígenas en las elecciones municipales y adoptar “las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática”.⁶⁰

Tal como lo ilustra este caso, la igual aplicación de la ley a personas y grupos que se encuentran en situaciones considerablemente diferentes puede conducir a una desigualdad en el goce de los derechos. Según pudo constatar la Corte IDH, antes de la Ley Electoral de Nicaragua, las comunidades indígenas habían participado en las elecciones bajo sus propias formas de organización política, y habían logrado una mejor participación en las elecciones. Pero, la definición de unos requisitos de participación

55 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-029 de 2009.

56 González, M. y Parra, Ó., *op. cit.*, p. 133.

57 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 229.

58 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 218.

59 *Ibidem*, párr. 223.

60 *Ibidem*, párr. 259.

electoral sin consideración de las características distintivas de los pueblos indígenas, menguó considerablemente sus posibilidades efectivas de acceso a cargos de elección popular en relación con el resto de la población. En este sentido, resulta claro por qué en ciertas situaciones un trato distintivo resulta no solo permitido, sino necesario para garantizar efectivamente la igualdad.

Otro caso ilustrativo a nivel internacional es *Thlimmenos vs. Greece*, en el cual el TEDH indicó que “el derecho a no sufrir discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en el Convenio también se conculca cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de modo distinto a personas cuyas situaciones difieren considerablemente”.⁶¹ En este caso, el TEDH se refirió a la situación de un testigo de Jehová, quien fue condenado a prisión por un tribunal militar por haberse negado a portar el uniforme militar en virtud de sus convicciones religiosas. Posteriormente, el peticionario obtuvo el segundo lugar en un examen público para el ejercicio de un cargo, pero no fue nombrado por cuanto había sido condenado por un crimen serio. El TEDH determinó que el Estado incumplió con la prohibición de discriminación por cuanto no existía una justificación objetiva y razonable para no haber otorgado, en el nombramiento del cargo, un trato distinto a las personas condenadas por un crimen serio como resultado de sus creencias religiosas, en relación con el resto de condenados por este tipo de crímenes.

El análisis del carácter análogo de dos o más situaciones implica una revisión juiciosa de las similitudes y diferencias, así como de la posición y el peso que cada una de estas tienen en relación con el asunto particular. Así, si las semejanzas que resultan relevantes respecto al caso concreto son mayores, en principio se impone un tratamiento igual. Si por el contrario, existen diferencias relevantes de peso, no es exigible el mismo trato; de hecho, en algunos casos resulta imperioso un tratamiento diferenciado. Ahora bien, si *prima facie* resulta exigible un trato igual, una distinción solo será legítima si obedece a una justificación objetiva y razonable. Para determinar la legitimidad de una distinción, el test de igualdad constituye una herramienta de análisis adecuada y útil. A continuación nos ocuparemos de explicar sus componentes y la metodología para su aplicación.

3.1.2. El test de igualdad como metodología para determinar el carácter arbitrario de una distinción

De conformidad con el criterio sentado en la jurisprudencia del TEDH y retomado en el ámbito interamericano, *la objetividad y razonabilidad de una distinción implica que esta obedezca a una finalidad legítima y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin perseguido*.⁶² Estos dos elementos constituyen el denominado test de igualdad,⁶³ que es una herramienta analítica que somete a un escrutinio judicial escalonado las medidas que establecen una distinción entre personas o grupos que se encuentran en situaciones similares. Tal distinción puede operar por vías distintas, como puede ser, por ejemplo: 1. la fijación de una preferencia a favor solo de algunos, 2. la exclusión de ciertas personas o grupos del goce de un beneficio o derecho, o 3. la definición de condiciones más gravosas para dicho goce en contra de una parte de la población. Pero además, el test también permite evaluar aquellos casos en los que *se omite otorgar un trato distinto a personas o grupos que se encuentran en situaciones significativamente diferentes y que por tanto ameritan la disposición de medidas diferenciadas*.

Este análisis escalonado que establece el test, implica descomponer el estudio de la objetividad y razonabilidad de la medida en dos pasos consecutivos que corresponden a cada uno de los elementos del test. Así, en primer lugar se debe determinar cuál es el fin perseguido por la medida y si el mismo es o no legítimo. Si este paso se supera favorablemente, es decir, si se establece que la medida sí persigue un fin legítimo, se procede entonces a analizar la relación de proporcionalidad entre este fin y los

61 TEDH. *Case of Thlimmenos vs. Greece* (Application n.º 34369/97), 6 de abril de 2000, párr. 44.

62 TEDH. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Belgium* (merits), 23 de julio de 1968, párr. 10.

63 Como explicaremos más adelante, existen diversos niveles de exigencia de este test. La versión del TEDH responde a un test débil de igualdad.

medios dispuestos para alcanzarlo. Por el contrario, si el primer paso del test no se supera favorablemente, resulta probada la arbitrariedad del trato distintivo, y no es por tanto necesario avanzar hacia el segundo paso del test.

Desde sus primeros pronunciamientos, los órganos del sistema interamericano han considerado los elementos del test para indicar bajo qué condiciones se puede considerar que una distinción es objetiva y razonable, aunque es solo en sus más recientes decisiones que la Corte IDH ha incorporado de manera más explícita un escrutinio escalonado en el que se distinguen los distintos pasos del test.⁶⁴ Esta evolución jurisprudencial hacia una aplicación más sistemática del test de igualdad resulta saludable, pues este constituye una herramienta útil para realizar un control adecuado sobre una cláusula abierta como la de igualdad, que no dice cuál es el criterio de igualdad. A nuestro juicio, no existe un mejor modo de determinar si una situación concreta es compatible con el principio de igualdad y no discriminación si no es sometiéndola a un análisis de proporcionalidad a partir del cual se determine cuál es la finalidad del trato diferenciado, si esa finalidad es legítima y si el criterio de diferenciación es adecuado y proporcionado frente a esa finalidad. Por esta razón, en lo que sigue realizaremos una breve presentación del test de igualdad. Para facilitar la exposición, reconduciremos algunos de los análisis realizados por la Corte IDH al esquema del test –aun cuando no haya desarrollado el test explícitamente–, y acudiremos también a algunos casos decididos por el TEDH y el Comité DHONU.

En relación con el primer paso del test, que implica evaluar la legitimidad del fin perseguido por la distinción, la Corte IDH ha destacado que los fines no pueden ser “arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.⁶⁵ En términos más específicos, puede decirse que la *legitimidad de un fin se determina en función de su correspondencia con el marco de derechos y libertades establecidos en los instrumentos internacionales*. La situación más evidente de desconocimiento de esta condición se da cuando la norma, el acto o la omisión, no obedecen a ninguna otra finalidad que no sea la de tratar distinto a ciertas personas o grupos, es decir, cuando el único objetivo que se persigue es precisamente el de discriminar.

El caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* resuelto por la Corte IDH constituye un buen ejemplo de una situación de esta naturaleza. Tal como lo referimos atrás, a las niñas Yean y Bosico se les negó la declaración tardía de nacimiento bajo la idea de que no habían cumplido con unos requisitos que claramente no eran los que exigía la ley para su caso. La Corte IDH concluyó que el Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley, en tanto no otorgó la nacionalidad a las niñas “por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente”.⁶⁶ En este caso resultaba claro que la única razón que explicaba que a las niñas Yean y Bosico les hubieran negado el registro era que las mismas hacían parte de familias migrantes haitianas.⁶⁷ Esta idea encontraba respaldo en múltiples informes que constataban la discriminación de los haitianos en República Dominicana,⁶⁸ así como de familias haitianas migrantes.⁶⁹ No era posible identificar en este caso que el trato distintivo hubiera obedecido a una finalidad distinta, por lo cual no quedaba más que admitir

64 Ver Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párrs. 315-317.

65 *Ibidem*, párr. 57.

66 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 174.

67 La CIDH así lo indicó al afirmar que “el tratamiento que recibieron las presuntas víctimas se debió a consideraciones de su ascendencia, su nombre y el estatus migratorio de sus padres”. Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas] 2005, párr. 112.b.

68 Cfr. Comisión DHONU. “Los derechos humanos y la extrema pobreza”, Informe presentado por la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de conformidad con la resolución 2002/30 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición: Misión en la República Dominicana. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, párrs. 8-13.

69 Comité de los Derechos del Niño ONU. Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de febrero de 2001, párrs. 22 y 26.

que el único objetivo que se persiguió en este caso fue el de discriminar a las menores en razón de su ascendencia haitiana, el cual resulta evidentemente ilegítimo.

En un pronunciamiento más reciente –también relativo a la situación de personas de ascendencia haitiana en República Dominicana–, la Corte IDH se refirió explícitamente a la ausencia de finalidad legítima del trato diferenciado entre hijos de migrantes regulares e irregulares establecido en una sentencia del Tribunal Constitucional dominicano. En el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, la Corte IDH determinó que de los argumentos del Tribunal dominicano *no era posible establecer cuál era la finalidad de la distinción que tenía como efecto negar la nacionalidad por ius soli a los hijos de migrantes en situación irregular*. En palabras de la Corte IDH, dado que tal finalidad no era clara, resultaba imposible “apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la misma”.⁷⁰

Siguiendo el test escalonado de igualdad, la Corte IDH limitó su análisis al primer paso del test, y en vista de la ausencia de finalidad legítima, determinó que la medida constituía una violación al derecho de igualdad ante la ley. Al igual que en el caso de las Niñas Yean y Bosico, puede decirse que el trato distintivo solo obedecía a la ilegítima finalidad de discriminar.

En otros casos, el trato distintivo no se orienta directamente al objetivo de discriminar, pero en todo caso puede obedecer a un fin ilegítimo. Por ejemplo, constituye una finalidad ilegítima tratar de desestimular la afiliación de los trabajadores a los sindicatos a través de la fijación de beneficios laborales a favor de los trabajadores no sindicalizados, pues tal fin comporta una violación del derecho a la libre asociación sindical.⁷¹ Por el contrario, los fines que no desconozcan los derechos y libertades reconocidos en instrumentos internacionales pueden ser calificados como legítimos. Un ejemplo de este tipo se encuentra en el paradigmático caso *relativo a ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de idiomas en Bélgica*, en el cual el TEDH resolvió un recurso de un grupo de padres de familia belgas francófonos, que acusaron al gobierno de discriminar a sus hijos e impedir el goce de su derecho a la educación al establecer que la lengua oficial de los colegios públicos de la región en la que habitaban sería el flamenco, que era la lengua predominante. El TEDH encontró que la medida obedecía a un fin legítimo que era promover el conocimiento profundo de la lengua de la región, lo cual, en efecto, no suscita reparo alguno en términos de su adecuación al marco internacional de derechos.

El segundo paso del test, consistente en la relación razonable de proporcionalidad entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin buscado, *implica determinar los perjuicios sufridos por quienes son excluidos de la medida y sopesarlos con la importancia del objetivo perseguido*. Por ejemplo, en el ya referido caso contra Bélgica, el TEDH determinó que la ley en cuestión era contraria al artículo 14 del CEDH porque a pesar de perseguir un fin legítimo exigía a quienes querían una educación en francés, sacrificios que resultaban desproporcionados en comparación con la importancia del objetivo perseguido, como el de verse obligados a asistir a colegios por fuera de la región en la que habitaban.

Por otro lado, un tipo de medidas que suelen satisfacer los parámetros del test de igualdad son aquellas que establecen beneficios a favor de quienes se encuentran en una situación desfavorable y que se dirigen precisamente a corregir la desigualdad *de facto*. En la opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados*, la Corte IDH indicó como ejemplos de distinciones objetivas y razonables aquellas “basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”.⁷² El caso *Jacobs vs. Bélgica*, decidido por el Comité DHONU, constituye un claro ejemplo de la admisibilidad de este tipo de medidas. En este, un hombre reclamó por una violación a su derecho a la igualdad, debido a la aplicación de una ley de cuotas que buscaba favorecer a las mujeres en el acceso a cargos públicos. El Comité DHONU determinó que la

70 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. EPFRC. 2014, párr. 317.

71 El ejemplo corresponde a un caso decidido por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-230 de 1994.

72 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 89.

distinción hecha entre candidatos en función de su pertenencia a un sexo obedecía a un fin legítimo, a saber, promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos consultivos del Estado; y advirtió que existía una:

relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo del criterio, a saber la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de los órganos consultivos, el medio utilizado y las modalidades [empleadas], por una parte y, por otra, uno de los objetivos fundamentales de la ley, [era] que el Consejo Superior est[uviera] integrado por personas competentes.⁷³

Como puede advertirse en la breve explicación precedente, el test de igualdad facilita el análisis de la objetividad y razonabilidad de una distinción y proporciona pautas racionales que reducen el riesgo de que la determinación del carácter arbitrario de una medida sea, paradójicamente, el resultado de un juicio arbitrario.⁷⁴

3.1.3. Los criterios de objetividad y razonabilidad de las distinciones en la jurisprudencia de la Corte IDH

En el presente apartado exponemos los principales pronunciamientos de la Corte IDH en relación con el derecho a la igualdad y efectuamos algunos comentarios críticos a partir de los criterios metodológicos presentados en los apartados precedentes. De este modo, el lector podrá contar con un panorama general acerca del modo en que la Corte IDH ha analizado los criterios de objetividad y razonabilidad de las distinciones en casos concretos.

El primer pronunciamiento de la Corte IDH relacionado con la prohibición de discriminación es la opinión consultiva sobre la *propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, en la cual se refirió a una reforma constitucional que establecía requisitos más estrictos para que los extranjeros obtuvieran la nacionalidad costarricense por naturalización. En relación con el derecho a la igualdad, la Corte IDH abordó tres aspectos. El primero era el establecimiento de condiciones preferentes para la adquisición de la nacionalidad en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles (por nacimiento) frente a los demás extranjeros. El segundo era la exigencia de demostrar saber hablar, escribir y leer el idioma español y aprobar un examen de la historia de Costa Rica y de sus valores para adquirir la nacionalidad. Y el tercero era la fijación de condiciones especiales de naturalización para la mujer extranjera que se casara con un costarricense, mas no para el hombre extranjero. La Corte concluyó que no existía una discriminación contraria a la CADH en los dos primeros casos, mientras que esta sí se configuraba en el tercero.⁷⁵

En relación con el primer tema, la Corte IDH indicó:

un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar.⁷⁶

73 Comité DHONU. *Jacobs vs. Bélgica*, Comunicación n.º 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000, 17 de agosto de 2004, párr. 9.5. (énfasis agregado)

74 A nivel de derecho constitucional comparado la discusión sobre el test de igualdad es prolífica y puede enriquecer mucho el derecho internacional de los derechos humanos. Algunas jurisdicciones constitucionales han aplicado un test de igualdad que contiene más pasos y que tiene distintos niveles de intensidad, tal como lo mostraremos más adelante en el apartado sobre el alcance del artículo 24 en relación con grupos históricamente discriminados.

75 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, párr. 68.

76 *Ibidem*, párr. 60.

Frente a la segunda cuestión, advirtió que no resultaba “irrazonable e injustificado” que se exigiera un dominio del español y un conocimiento de la historia y los valores de Costa Rica, precisando que la estipulación de tales condiciones se situaba “*prima facie*, dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad”.⁷⁷ Finalmente, respecto al privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad mediante el matrimonio con un costarricense, la Corte indicó que el mismo se presentaba “como una consecuencia de la desigualdad conyugal”,⁷⁸ y que por tanto resultaba discriminatoria.

Esta opinión consultiva resulta particularmente interesante no solo porque en esta la Corte IDH establece por primera vez el criterio de que no toda distinción constituye una discriminación, sino porque la Corte IDH evalúa tres diferentes distinciones en relación con la regulación de un aspecto de la vida social en el que se suele reconocer un alto margen de discrecionalidad a los Estados: la definición de los requisitos para que los extranjeros adquieran la nacionalidad. Pero, además resulta interesante porque la opinión tiene varios votos disidentes que critican la manera como la Corte IDH evalúa la objetividad y razonabilidad de algunas de estas distinciones. Así, en relación con el requisito del dominio del idioma, uno de los jueces indicó que si bien encontraba razonable la exigencia de una aptitud para comunicarse en español como requisito para adquirir la nacionalidad costarricense, no ocurría lo mismo con extender la exigencia a hablar, leer y escribir el idioma “porque no es razonable, en función de la naturaleza y fin del instituto de la nacionalidad [...] limitar ese privilegio por razones de nivel educativo –que poco o nada tiene que ver con la incorporación a la comunidad nacional–”.⁷⁹

Aunque en esta opinión, la Corte IDH fija las bases conceptuales para el análisis de casos relativos al derecho a la igualdad, la aplicación de los criterios de objetividad y razonabilidad a las distinciones planteadas no alcanza aún un nivel de desarrollo y precisión suficiente, lo cual puede explicar, en cierta medida, la diversidad de criterios que se evidencian en esta en relación con la validez de algunas distinciones. Por ejemplo, al referirse a la distinción entre centroamericanos, iberoamericanos frente a los demás extranjeros, la Corte IDH no evalúa explícitamente la legitimidad del fin perseguido, ni la relación de razonabilidad entre dicho fin y el medio para alcanzarlo. Aunque puede inferirse de su planteamiento que el fin perseguido con la medida es facilitar el acceso a la nacionalidad a quienes tienen vínculos más estrechos y valores similares con los costarricenses, no resulta ni siquiera implícito el análisis sobre la proporcionalidad del trato preferente a favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento frente a los demás extranjeros. Igualmente, en relación con el requisito del idioma, la Corte IDH concluye que es razonable, pero no especifica si la medida es adecuada y proporcionada en relación con el objetivo perseguido.

Sin embargo, en decisiones posteriores, la Corte IDH avanza en explicar con mayor precisión los criterios de razonabilidad y objetividad de las distinciones. Así, en el ya mencionado caso *Yatama vs. Nicaragua* relativo a las condiciones legales que finalmente limitaron las posibilidades de las comunidades indígenas de participar de modo efectivo en los procesos electorales, la Corte IDH analizó la razonabilidad y objetividad de haber aplicado a los indígenas los mismos requisitos establecidos para el resto de ciudadanos, en lugar de haber otorgado un trato diferenciado que tuviera en cuenta sus particularidades. Tales requisitos implicaban que las agrupaciones indígenas tenían que constituirse como partido político y presentar candidatos en al menos el 80% de los municipios de la circunscripción territorial. La Corte IDH indicó que el Estado no justificó que la medida atendiera a “un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo [sino que por el contrario constituía una] restricción desproporcionada”,⁸⁰ que implicaba “un límite innecesario al derecho a ser elegido”,⁸¹ de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas. Aunque la Corte IDH no presenta

77 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984, párr. 63.

78 *Ibidem*, párr. 64.

79 *Ibidem*, párr. 25, voto separado del juez Rodolfo E. Piza.

80 *Ibidem*, párr. 223.

81 *Ibidem*, párr. 219.

estas consideraciones a través de la aplicación explícita del test de igualdad, las mismas recogen los elementos básicos de esta metodología, en tanto la Corte IDH finalmente verifica la violación del derecho a la igualdad en la inexistencia de una conexión entre las restricciones y la satisfacción de un interés público imperativo. En otras palabras, en la inexistencia de una relación de adecuación entre la medida y una finalidad legítima.

En otro caso más reciente, la Corte IDH se acercó más a hacer explícitos los componentes del test, aunque tampoco lo aplicó de forma estricta. Se trata del caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, en el cual la Corte IDH efectuó un análisis de razonabilidad de la relación entre medios y fines. Como lo advertimos en la parte inicial de este comentario, en este caso la Corte IDH se pronunció sobre la situación de tres de los cinco magistrados de una Corte de Venezuela, quienes fueron destituidos en un proceso disciplinario por haber adoptado una sentencia frente a la cual se declaró la existencia de un error judicial inexcusable. Aunque la decisión fue adoptada unánimemente por los cinco magistrados y todos fueron sometidos al procedimiento disciplinario, la sanción de destitución solo fue impuesta a tres de ellos. La razón por la cual el Estado no aplicó la sanción a dos magistradas es que estas habían cumplido los requisitos para jubilarse y que según una doctrina de la Sala Constitucional, en aras de resguardar el derecho a la jubilación, no podía imponerse la sanción de destitución. La Corte IDH indicó que

[I]a cuestión que se plantea entonces es si el cumplimiento de los requisitos de jubilación *introducía una diferencia razonable entre dos grupos de personas de acuerdo a los fines de la norma*.⁸² Y al evaluar la relación entre el medio y el fin, determinó “que la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución”,⁸³ de tal modo que “el hecho de que algunos de ellos [de los Magistrados] cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno dicha constatación disciplinaria aplicada, esto es, salvaguardar la idoneidad de los jueces”.⁸⁴

Aunque esta decisión de la Corte IDH se acerca más a una aplicación del test de igualdad, la misma resulta problemática al menos por dos razones. La primera es que aunque la Corte IDH determinó que no había una relación razonable entre el medio y el fin, lo cual implica que la distinción en la aplicación de la sanción fue arbitraria y, en tal sentido, discriminatoria, la Corte IDH no declaró la violación del artículo 24, bajo el argumento de que este no “otorga a las víctimas la facultad de exigir una sanción idéntica a la propia en contra de dichas magistradas”.⁸⁵

La segunda tiene que ver con el modo en que la Corte IDH abordó el análisis de la relación entre el medio y el fin, en tanto sopesó la diferenciación con base en el requisito de jubilación (medio), pero no en relación con el fin perseguido con el trato distintivo, sino con el fin de la norma sancionatoria. En este sentido, el análisis no se realizó respecto del fin de garantizar el goce de la jubilación a los magistrados que habían cumplido ya los requisitos para acceder a ella –que es el fin perseguido en este caso con la medida de diferenciación– sino respecto del fin de asegurar la idoneidad de los jueces –que es el buscado por la norma sancionatoria–. El análisis de la relación razonable de proporcionalidad, en los términos que lo exige el test de igualdad, implicaba determinar cuál era la conexión entre la imposición de una sanción de destitución y el goce de la jubilación. Aunque la Corte IDH no planteó directamente esta cuestión, sí indicó en su fallo que era posible aplicar simultáneamente la sanción de destitución y conceder la jubilación.⁸⁶ Así las cosas, resulta claro que la distinción en la aplicación de la sanción no correspondía a un criterio objetivo y razonable, en tanto no existía ninguna conexión entre el fin perseguido y la medida. Por esta vía de argumentación, la violación al artículo 24 resultaba más que evidente.

82 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFR. 2008, párr. 196. (énfasis agregado)

83 *Idem*.

84 *Idem*.

85 *Ibidem*, párr. 200. Para una crítica de esta determinación de la Corte IDH ver González, M., Parra, Ó., *op. cit.*, pp. 142-145.

86 *Ibidem*, párr. 198.

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte aplica con mayor claridad los criterios para evaluar la validez de la distinción. De hecho, puede decirse que en este caso la Corte IDH aplica la metodología de análisis escalonado propio del test de igualdad.

El caso se refiere a la remoción de la custodia de las hijas de la señora Karen Atala y el posterior otorgamiento de la tuición provisional a su padre, en razón de la orientación sexual de aquella y de su convivencia con una pareja del mismo sexo. Adicionalmente, la Corte IDH se pronunció sobre un proceso disciplinario adelantado contra la señora Atala en razón de su investidura como jueza, proceso en el cual se recopiló información relacionada con su orientación sexual.

En relación con el primer punto, la Corte IDH comenzó por identificar cuál era el fin perseguido con la remoción de la custodia de las menores. De conformidad con las pruebas aportadas y con los alegatos del Estado, la Corte IDH determinó que el fin en cuestión era la protección del interés superior de las niñas e indicó que este:

es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte [IDH] reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.⁸⁷

Sin embargo, pese a la legitimidad del fin perseguido, la Corte IDH sostuvo que no existía una relación de adecuación entre el logro de este fin y el medio para alcanzarlo, a saber, la remoción de la tuición de las menores en razón de la orientación sexual de la madre. En palabras de la Corte IDH, “[u]na determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”.⁸⁸ Según la Corte IDH, la sola referencia a este fin, “sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona”.⁸⁹ Y puntualizó que “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”.⁹⁰

En relación con la investigación disciplinaria adelantada en contra de la jueza Atala, la Corte IDH indicó que no resultaba claro cuál era el fin perseguido con la indagación respecto de la orientación sexual de la jueza, pero que se podía inferir del informe rendido en el marco de dicha investigación que aquella tenía por objeto “proteger la ‘imagen del poder judicial’”.⁹¹ Al respecto, la Corte IDH argumentó lo siguiente:

la alegada protección de la “imagen del poder judicial” no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el Tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no

87 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 108.

88 *Ibidem*, párr. 111.

89 *Ibidem*, párr. 110.

90 *Ibidem*, párr. 111.

91 *Ibidem*, párr. 221.

existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual.⁹²

En este último pronunciamiento en materia de igualdad, la Corte IDH avanzó notoriamente en la decantación de los parámetros metodológicos para definir cuándo una distinción comporta una vulneración del derecho a la igualdad, así como en aplicarlos de modo más preciso al caso concreto. En efecto, en este fallo la Corte IDH presenta de manera más esquemática el análisis de los fines perseguidos con el trato distintivo, así como de la relación de adecuación entre tales fines y la medida controvertida, lo cual constituye a nuestro modo de ver un avance en la racionalización de los criterios de decisión en este tipo de casos. Como veremos en la siguiente sección, en sus más recientes decisiones la Corte IDH ha avanzado hacia una aplicación más sistemática del test de igualdad, y ha incluso incorporado una versión más estricta del test en los casos en los cuales la diferencia de trato se basa en un criterio sospechoso de distinción.

3.2. El artículo 24 de la CADH con relación a grupos históricamente discriminados

Nos hemos referido hasta aquí a la noción de discriminación como distinción arbitraria, y hemos advertido también el modo en que en la época contemporánea, tanto el concepto de igualdad ante la ley, como el de igual protección de la ley, se han convertido en categorías indistintas la una de la otra que además han terminado siendo definidas a partir de la idea de no discriminación. Sin embargo, algunos autores consideran que el término discriminación tiene una dimensión específica que lo distingue del concepto general de igualdad. Por ejemplo, Courtis indica que “[c]uando se habla de discriminación o de medidas antidiscriminatorias, no se está haciendo referencia a cualquier tipo de distinción legal”,⁹³ sino solo a aquella que se basa en “la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social”.⁹⁴ De hecho, el Comité DHONU ha definido la discriminación como:

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 propiedad, 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.⁹⁵

Bajo esta perspectiva, se entiende que la discriminación opera cuando la distinción se basa en un criterio prohibido.⁹⁶ Estos criterios prohibidos, conocidos en la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada como *categorías sospechosas de distinción*, están incluidos en varias cláusulas de igualdad. Así por ejemplo, el artículo 26 del PIDCP, dispone que:

la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En sentido similar, el artículo 14 del CEDH establece que:

92 *Idem.*

93 Courtis, C., *op. cit.*, p. 113.

94 *Idem.*

95 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*

96 Weiwei, L., *op. cit.*, p. 8.

[e]l goce de los derechos y libertades reconocidos en el [CEDH] ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

En el contexto interamericano, es el artículo 1.1. el que incluye una lista de criterios prohibidos, no así el artículo 24. En este sentido, un primer aspecto que es importante dilucidar en aras de determinar cuál es el alcance del artículo 24 frente a la protección de grupos históricamente discriminados, es el de la relación entre el artículo 24 y las categorías sospechosas de distinción mencionadas en el artículo 1.1. De otro lado, es preciso identificar cuáles son las obligaciones específicas que se derivan del artículo 24 para los Estados partes en relación con la situación de dichos grupos. De estos dos aspectos nos ocuparemos a continuación.

3.2.1. El artículo 24 de la CADH, los criterios prohibidos de distinción, y el test estricto de igualdad

Pese a que en la CADH la referencia a los criterios prohibidos de distinción se encuentra en el artículo 1.1., y aunque el término discriminación contenido en el artículo 24 ha sido definido preferentemente como una distinción arbitraria que no necesariamente involucra a grupos usualmente excluidos o marginados, la Corte IDH ha señalado que “[e]l sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado [...] a la luz de lo que menciona el artículo 1.1.”. En este sentido, debe entenderse que el concepto de discriminación contenido en el artículo 24 incluye los criterios prohibidos de distinción previstos en el artículo 1.1. que son, a saber, “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Los criterios prohibidos tienen al menos cuatro características. La primera es que tienen que ver con un aspecto central de la identidad de la persona y no simplemente tangencial, tal como sucede, por ejemplo, con la raza, la convicción religiosa, el sexo o la orientación sexual. La segunda es que están asociados con prácticas históricas de discriminación y subordinación. La tercera es que identifican a grupos con escaso poder político dentro de la sociedad para hacer valer sus demandas en los órganos de representación. Y la cuarta es que no corresponden a un criterio racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad.

Es importante anotar que el artículo 1.1. no contiene una lista cerrada de criterios prohibidos de distinción.⁹⁷ En efecto, además de incluir categorías específicas como la raza, el sexo y el origen nacional, el artículo 1.1. alude a “cualquier otra condición social”. De este modo, la lista de categorías sospechosas permanece abierta a la inclusión de otras que no son expresamente mencionadas. Esto es importante en la medida en que tanto la evolución de los estándares de derechos humanos, como la transformación de la vida social conducen a que criterios que en el pasado parecían neutrales o que simplemente no existían, se tornen sospechosos. Un ejemplo es la situación de discapacidad, la cual en el momento en que se aprobó la CADH no se reconocía como un criterio discriminatorio, pero hoy es universalmente reconocido como tal. Igualmente, la Corte IDH ha reconocido como criterios sospechosos la orientación sexual, el origen étnico, y el ser portador del VIH.

El carácter abierto de la cláusula de los criterios prohibidos de distinción fue resaltado por la Corte IDH en el caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile* en el cual especificó que la orientación sexual constituye una categoría de discriminación prohibida. En este importante fallo, la Corte IDH indicó que:

[I]os criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1. de la C[ADH], no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el

97 Para una crítica de la jurisprudencia interamericana con relación a los criterios prohibidos de distinción, ver Dulitzky, A. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 3, Santiago de Chile, 2007.

contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas,⁹⁸ [y advirtió que] al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la C[ADH], debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.⁹⁹

De conformidad con estos presupuestos, y luego de dar cuenta de las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género,¹⁰⁰ así como de las decisiones tomadas tanto en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos,¹⁰¹ como por el TEDH,¹⁰² en las cuales se ratifica que la orientación sexual constituye un criterio prohibido de distinción, la Corte IDH declaró lo siguiente:

la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la C[ADH]. Por ello está proscrita por la C[ADH] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.¹⁰³

En sentencias posteriores la Corte IDH ha ampliado los criterios. En el caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, relativo a la aplicación de una ley antiterrorista en contra de miembros de ese pueblo, la Corte IDH especificó que la etnia constituye un criterio prohibido de distinción, y que esta categoría “se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales”,¹⁰⁴ e incluye, por ejemplo, a los pueblos indígenas.

En el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH precisó que el VIH es también un criterio prohibido de discriminación,¹⁰⁵ e indicó además que estos criterios prohibidos pueden confluír en forma interseccional, lo cual resulta en una situación aún más gravosa para la persona cuyos derechos están en juego. Por ejemplo, en el caso en comento, las condiciones de ser niña, mujer y carecer de recursos económicos se sumaron a la de portar el VIH, dando lugar a una *discriminación interseccional*. En palabras de la Corte IDH, la discriminación en este caso “no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”. Específicamente, “la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH” y al mismo tiempo dificultó

98 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 85.

99 *Ibidem*, párr. 84.

100 Cfr: Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 3 de junio de 2008. Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 4 de junio de 2009. Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 8 de junio de 2010. Asamblea General de la ONU. Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. Aprobada en la 4ª sesión plenaria, 7 de junio de 2011.

101 Cfr: Comité DHONU. *Toonen vs. Australia*, Comunicación n.º 488/1992, CPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7. Comité DESCONU. Observación General n.º 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC) E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

102 TEDH. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, n.º 33290/96, sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28.

103 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 90.

104 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 204.

105 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. EPFRC. 2015, párr. 255.

un mejor acceso al sistema educativo y a una vivienda digna. En vista de su condición de niña, la dificultad de acceso a la educación impactó negativamente la superación de los estereotipos de género, a los cuales son más vulnerables las mujeres que no han podido acceder a la educación.¹⁰⁶

El análisis de los casos de igualdad en los cuales la distinción de trato se sustenta en un criterio prohibido debe prestar atención a los impactos diferenciados que operan en cada caso, y las maneras en cómo la intersección entre estos puede dar lugar a nuevas formas de discriminación.

La inclusión de los criterios prohibidos de distinción en el contenido del artículo 24 tiene dos consecuencias directas. La primera es que extiende la prohibición de discriminación por tales criterios prevista en el artículo 1.1. respecto de los derechos y libertades reconocidos en la CADH, a todos los derechos extra-convencionales y en general a todo el ámbito normativo del derecho interno de los Estados partes. La segunda es que implica la incorporación de un test de igualdad más estricto para evaluar las distinciones fundadas en las categorías sospechosas.

En efecto, la capacidad de diferenciación de las autoridades se encuentra severamente limitada cuando están en juego los criterios prohibidos de distinción. Tales casos, de hecho, comportan una *presunción de discriminación que obliga a las autoridades a demostrar que el trato distintivo es el único modo de satisfacer un fin que no solo debe ser legítimo, sino imperioso*. En el caso *Atala Riffo*, la Corte IDH indicó que:

tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.¹⁰⁷

En la misma línea argumentativa, la CIDH –refiriéndose a las distinciones basadas en el sexo–, ha señalado que:

Las distinciones estatutarias basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso. Lo que la Corte y la Comisión Europeas han afirmado también rige para las Américas, es decir, que dado que “el avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante”[...] “tendrían que mediar razones de mucho peso” para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo.¹⁰⁸

De acuerdo con lo anterior, una vez establecida la existencia de una diferencia de trato fundada en alguno de los criterios prohibidos de distinción, es al Estado al que le corresponde probar que aquella no constituye una discriminación. Para hacerlo, debe ofrecer razones de mucho peso a través de las cuales demuestre que la distinción obedece a una finalidad no solo legítima, sino imperiosa; que es adecuada y necesaria para lograr esa finalidad y que además es estrictamente proporcional.

La idea de la necesidad de aplicar diversos niveles de escrutinio judicial en casos de igualdad proviene de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Así, en el caso *Estados Unidos vs. Caroline Products* (1938) la Corte Suprema advirtió que existían distintos niveles de escrutinio en el juicio de constitucionalidad y que en los casos relacionados con minorías que no tienen la protección normal del proceso político, debería establecerse una excepción a la presunción de constitucionalidad y aplicar un escrutinio más estricto.¹⁰⁹ Posteriormente, en el caso *Korematsu vs. Estados Unidos* (1944) la Corte Suprema estableció un test de razonabilidad con escrutinio estricto según el cual

106 *Ibidem*, párr. 290.

107 Corte IDH. *Caso Gonzales Lhuy y otros vs. Ecuador*: EPFRC. 2015, párr. 124.

108 CIDH. Informe n.º 4/01, *Caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso 11.625, 19 de enero de 2001, párr. 36.

109 US Supreme Court. *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, April 25, 1938.

cuando la diferenciación se funde en criterios que la Constitución proscribe, como la raza o el origen étnico, esta solo es constitucional si es indispensable para satisfacer un interés público imperioso.¹¹⁰

La jurisprudencia del TEDH no tiene propiamente distintos test de igualdad, pero ha señalado que se deben presentar razones de mucho peso para justificar una diferencia de trato que se funde en el sexo,¹¹¹ o en el nacimiento extramarital.¹¹² Igualmente, ha señalado que el margen de apreciación de los Estados para establecer un tratamiento jurídico distinto a las personas en situación de discapacidad se encuentra fuertemente reducido.¹¹³

A nivel del derecho constitucional de la región, un ejemplo es la Corte Constitucional colombiana que ha retomado tanto los elementos del test de proporcionalidad desarrollado en el ámbito europeo, como la idea de los diversos niveles de escrutinio del test de igualdad propia de la jurisprudencia norteamericana, y ha adoptado un “juicio integrado de igualdad”. Este juicio incorpora la metodología de análisis escalonado propuesta por el TEDH, pero modula la rigidez de cada uno de los pasos en función de criterios como la naturaleza del derecho afectado con el trato desigual y la posición de las personas que padecen este trato diferenciado. De este modo, la Corte colombiana realiza un escrutinio más estricto cuando el trato desigual afecta el ejercicio de un derecho constitucional fundamental o cuando se funda en un criterio sospechoso de distinción.¹¹⁴

Finalmente, la Corte IDH ha ido avanzando hacia una aplicación más sistemática del test estricto de igualdad. Como lo indicamos, en el caso *Atala Riffo* la Corte IDH indicó que tratándose de criterios prohibidos la distinción de trato debe sustentarse en una argumentación más rigurosa. En una decisión posterior, la Corte IDH determinó de manera más detallada los elementos que deben ser considerados en el examen de este tipo de casos. En el mencionado caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH aplicó un juicio estricto de igualdad para evaluar si la decisión de retirar de una institución educativa a la niña Gonzales Lluy quien era portadora del VIH constituyó una discriminación basada en un criterio prohibido.

En primer lugar, la Corte IDH analizó las razones aducidas por el juez que avaló la decisión de las autoridades educativas que excluyeron a la menor. Según el juez, el retiro de la menor obedeció a la finalidad de proteger la integridad y la vida de los otros niños y niñas de la institución escolar, las cuales se veían amenazadas por el riesgo de contagio de la enfermedad. La Corte IDH determinó que, en abstracto, se trataba de un fin legítimo e imperioso;¹¹⁵ sin embargo, al examinar la idoneidad de la medida adoptada para salvaguardar este fin, esto es, el retiro de la niña del centro educativo y su confinamiento a “una instrucción particularizada y a distancia”, la Corte IDH determinó que *dado que no se especificaron los factores de riesgo que en concreto podían afectar a los menores, no podía calificarse la medida como idónea*.¹¹⁶ Agregó la Corte IDH que tampoco había sustento alguno sobre

110 En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos se refirió a la constitucionalidad de la Executive Order 9066, que dispuso que los japoneses americanos debían ser internados en campos especiales (War Relocation Camps) durante la Segunda Guerra Mundial. La Corte Suprema aplicó un test estricto, pero determinó que la disposición era constitucional, siendo uno de los pocos casos en que ha llegado a tal decisión luego de aplicar un escrutinio estricto. Cfr: US Supreme Court. *Korematsu vs. United States*, 323 U.S 214, December 18, 1944.

111 TEDH. *Caso Abdulaziz vs. United Kingdom*, 25 de abril de 1985.

112 TEDH. *Caso Inze vs. Austria*, 28 de octubre de 1987.

113 TEDH. *Caso Glor vs. Switzerland*, 30 de abril de 2009.

114 Según lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, “si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la ‘adecuación’ deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que esta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la ‘indispensabilidad’ del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-093 de 2001.

115 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*: EPFRC. 2015, párr. 268.

116 *Ibidem*, párr. 265.

la necesidad de la exclusión de la niña, pues no se examinaron si existían otras medidas que pudieran garantizar la protección de los menores sin tener que retirar a la niña de la escuela. En particular, la Corte IDH señaló que la evaluación del caso se sustentó en prejuicios sobre los riesgos de contagio del VIH, desconociendo que las pruebas aportadas al proceso determinaban que este riesgo era mínimo.¹¹⁷ En último lugar, al analizar la proporcionalidad de la medida, la Corte IDH advirtió las cargas que tuvo que soportar la menor a raíz del estigma generado por la enfermedad y su expulsión, y las dificultades que tuvo que afrontar para poder continuar estudiando.¹¹⁸

En el siguiente párrafo, la Corte IDH sintetiza la aplicación del juicio estricto de igualdad en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, por lo cual vale la pena considerarlo en su integridad:

el riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, [la Corte IDH] resalta que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Si bien la sentencia del tribunal interno pretendía la protección de los compañeros de clase de Talía, no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin. En este sentido, en la valoración de la autoridad interna debía existir suficiente prueba de que las razones que justificaban la diferencia de trato no estaban fundadas en estereotipos y suposiciones [...] la decisión [de la autoridad interna] utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía. Este trato evidencia además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades.¹¹⁹

La precisión de los elementos que deben examinarse cuando la diferencia de trato se basa en un criterio prohibido dota de contenido el principio, según el cual, la argumentación que sustenta la distinción en estos casos debe ser más rigurosa. La aplicación del test estricto de igualdad en el caso de la menor discriminada por ser portadora del VIH constituye un buen modelo del tipo de análisis que debe adelantarse cuando está en juego una diferencia de trato por razones de sexo, raza, origen étnico o nacional, orientación sexual, discapacidad, u otra condición social que reúna las exigencias previamente señaladas para ser considerada como un criterio prohibido.

En síntesis, es necesario graduar la intensidad del test en la medida en que las autoridades no tienen el mismo nivel de libertad para realizar distinciones. Cuando esta libertad es amplia, el juicio de igualdad debe ser deferente para respetar ese margen de configuración que tiene la autoridad, pero si el propio derecho le ha restringido a la autoridad esa capacidad de diferenciación, diciéndole que, en principio, no puede tratar de manera distinta a las personas por motivos como la raza, el sexo o la orientación sexual, la libertad originaria de la autoridad se ve fuertemente restringida y por eso el control judicial tiene que ser más estricto.

3.2.2. Las obligaciones de los Estados frente a grupos históricamente discriminados

De conformidad con lo descrito hasta este punto, resulta claro que en virtud del artículo 24 surge para los Estados la obligación de no realizar distinciones arbitrarias. Esto incluye evitar la reproducción de estereotipos que alimentan la discriminación en contra de grupos históricamente discriminados. Por ejemplo, en el caso del *Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile* relativo a un grupo de indígenas mapuches sometidos a un proceso penal bajo una ley antiterrorismo, la Corte IDH determinó que hubo una

117 *Ibidem*, párr. 271.

118 *Ibidem*, párr. 273.

119 *Ibidem*, párr. 274.

violación a su derecho a la igual protección de la ley en vista de los estereotipos negativos,¹²⁰ utilizados por el juez penal en sus razonamientos. En particular, la Corte IDH encontró que hubo una aplicación discriminatoria de la ley penal, en tanto la condena se sustentó en estereotipos que asociaban al Pueblo Mapuche con el terrorismo.¹²¹ La Corte IDH concluyó que:

la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la C[ADH], en relación con el artículo 1.1. del mismo instrumento.¹²²

Se deriva también del artículo 24 la obligación de establecer tratos diferenciados cuando estos resulten necesarios para evitar la profundización o la generación de desigualdades. Así por ejemplo, los Estados tienen la obligación de otorgar a los pueblos indígenas un trato acorde con su diversidad. Una cuestión adicional es si el mandato de igual protección de la ley implica que el Estado asuma un rol aún más activo para asegurar el disfrute pleno de los derechos y libertades a grupos sociales que históricamente han sido discriminados y han padecido la exclusión y la marginación. En este sentido, se trata de determinar si el artículo 24 impone a los Estados la obligación de tomar medidas especiales orientadas a superar condiciones estructurales de desigualdad, para que así la igualdad sea real y efectiva.

Algunos instrumentos internacionales orientados a la lucha contra la discriminación reconocen explícitamente que las medidas especiales de protección que disponen un trato preferente de grupos en situación de desventaja no desconocen el principio de no discriminación. Así, el Convenio OIT n.º 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958) dispone que “las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se considerarán como discriminatorias” (art. 5.1.).¹²³ Igualmente, la CEFDM dispone que “[l]a adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención [...]” (art. 4.1.); y la CIEFDR consagra una norma similar al indicar que:

120 Según la Corte IDH: “los estereotipos constituyen pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 223.

121 Como ejemplo de este tipo de estereotipos, la Corte IDH citó el siguiente fragmento de una decisión judicial proferida en contra de uno de los miembros del pueblo mapuche: “[l]os ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la octava y novena regiones. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desproporcionadas, hechas bajo presión por grupos beligerantes a los dueños y propietarios, a quienes se les advierte que sufrirán diversos tipos de atentados en caso de no acceder a sus requerimientos, muchas de estas amenazas se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daños y ocupaciones de tierras, que han afectado tanto a los individuos y bienes de diversas personas dedicadas a las actividades agrícolas y forestales de esta zona del país [...] [De acuerdo con el perito que analizó los fallos, las sentencias] utiliz[ar]on expresiones discursivas cuya carga valorativa, moral y/o política, denota[ba] la aceptación y reproducción de estereotipos que inclu[ían] fuertes prejuicios sociales y culturales contras las comunidades mapuche y elementos valorativos en pro de la parte acusadora, [...] una parte importante de la argumentación jurídica [de dichas decisiones judiciales, se desprendía de] estereotipos y prejuicios que reca[yer]on nocivamente sobre [dichas] comunidades, [...] sin que se desprend[iera] de hechos probados en el proceso”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párrs. 227 y 224.

122 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 228.

123 Igualmente dispone que “[t]odo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial” Convenio OIT n.º 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958, artículo 5.2.

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 garantizarlos, 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 tomaron. (art. 1.3.)

Tal como lo indicamos anteriormente, la Corte IDH ha señalado también la admisibilidad de las medidas especiales para corregir desigualdades de facto, al reconocer que las distinciones que estas establecen son objetivas y razonables.¹²⁴ La pregunta que persiste es, si además de admisibles, este tipo de medidas son exigibles.

La CEFDM y la CIEFDR no solo reconocen la compatibilidad de las medidas especiales con el principio de igualdad y no discriminación, sino que demandan su adopción para garantizar a las mujeres y a los grupos raciales discriminados el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.¹²⁵ Igualmente, el Comité DHONU, al referirse a la prohibición de discriminación en el PIDCP, señaló que

el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población.¹²⁶

En el ámbito interamericano, la Corte IDH también se ha referido a la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para corregir desigualdades. Así, en su opinión consultiva sobre la *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, advirtió 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”.¹²⁷ Asimismo, la Corte IDH ha hecho alusión a esta obligación en casos relacionados con grupos específicos como las comunidades indígenas o las personas en situación de discapacidad.¹²⁸ Por ejemplo, en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH indicó que “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.¹²⁹ Igualmente, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte IDH señaló que:

124 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, párr. 89.

125 La CEFDM dispone que: “[l]os Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (art. 3). De manera más explícita, la CIEFDR establece que “[l]os Estados Partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”. (art. 2.2.).

126 Comité DHONU. Observación General n.º 18, *op. cit.*, párr. 10.

127 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *op. cit.*, párr. 104.

128 Courtis, C., *op. cit.*, pp. 127-132.

129 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 162.

[l]as personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.¹³⁰

De manera aún más enfática, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH advirtió:

que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.¹³¹

Por tanto, es obligación de los Estados dismantelar las barreras que impiden el pleno ejercicio de los derechos a las personas en situación de discapacidad.

Adicionalmente, en los casos en los cuales la Corte IDH ha constatado la existencia de una discriminación estructural en contra de ciertos grupos, ha ordenado medidas de reparación orientadas a transformar esta situación. Así, en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, en el cual la Corte IDH se refirió a la responsabilidad del Estado por la desaparición y posterior asesinato de tres jóvenes mujeres en Ciudad Juárez, la Corte IDH indicó que dado que estos actos se enmarcaban en un contexto de discriminación estructural en contra de las mujeres, “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo reparatorio sino también correctivo”.¹³² En el mismo sentido, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, luego de constatar que los actos discriminatorios en contra de la señora Atala y sus hijas “se relacionaron con la reproducción de estereotipos [...] asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales”,¹³³ determinó que:

algunas de las reparaciones deb[ían] tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas t[uvieran] un efecto no solo reparatorio sino también correctivo hacia cambios estructurales [destinados a la] desarticula[ción] [de] aquellos estereotipos y prácticas que perpet[úan] la discriminación contra la población LGTBI.¹³⁴

De conformidad con lo anterior, el derecho a la igual protección sin discriminación implica no solo la proscripción de todo trato arbitrario, sino que también impone a los Estados el deber de considerar las condiciones particulares de desventaja de ciertos grupos que han sido históricamente discriminados para adoptar acciones positivas orientadas a que la igualdad sea para estos real y efectiva.

130 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 105.

131 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. EPFRC. 2012, párr. 292.

132 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. EPFRC. 2009, párr. 450.

133 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. FRC. 2012, párr. 267.

134 *Idem*.