

Silvia Serrano Guzmán* (Colombia)

El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

RESUMEN

El artículo aborda el principio de igualdad y no discriminación a partir de una serie de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sistematizando los pronunciamientos más relevantes en la materia en dos grandes grupos que responden a las concepciones de dicho principio. Por una parte, como prohibición de trato diferente injustificado y, por otra, como prohibición de neutralidad y mandato de medidas diferenciadas. Esta sistematización está enfocada en distinguir conceptualmente los tipos y subtipos de casos contenciosos en la materia, así como en las obligaciones estatales y en los debates de interpretación, probatorios y metodológicos en cada uno de ellos. Con esta finalidad, en el primer grupo comentan sobre tres tipos de casos: i) diferencias de trato sin referencia a categorías problemáticas o sospechosas; ii) diferencias de trato con presencia de categorías problemáticas o sospechosas; y iii) discriminación negada o encubierta. En el segundo grupo se mencionan otros tres posibles tipos de casos: i) los que reflejan riesgo diferenciado de violaciones de derechos humanos; ii) los que reflejan impactos diferenciados o desproporcionados de acciones en apariencia neutrales; y iii) los relacionados con las medidas de acción afirmativa.

* Abogada, egresada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia; máster en Derecho Internacional, Universidad de Georgetown; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Actualmente se desempeña como directora adjunta de Iniciativa del O'Neill Institute for National and Global Health Law de la Universidad de Georgetown. Anteriormente se desempeñó como coordinadora de la Sección de Casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El presente artículo corresponde a las opiniones de la autora a título personal y no comprometen las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni las de su Secretaría Ejecutiva. sjsg28@gmail.com

Palabras clave: igualdad y no discriminación, concepciones, tipos de casos, debates de interpretación y probatorios.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich anhand mehrerer Urteile des Interamerikanischer Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) mit dem Gleichheits- und Nicht-Diskriminierungsgrundsatz und unterteilt die wichtigsten Urteile auf diesem Gebiet nach den konzeptionellen Fassungen dieses Grundsatzes in zwei Hauptgruppen: zum einen, als Verbot der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung, und zum anderen, als Gebot zur Umsetzung differenzierter Maßnahmen. Mit dieser Systematisierung ist eine konzeptionelle Unterscheidung der Streitfälle auf diesem Gebiet nach Typen und Untertypen ebenso beabsichtigt wie die Unterscheidung nach staatlichen Verpflichtungen und entsprechend den Debatten zur typenspezifischen Auslegung, Beweiswürdigung und Methode. Mit dieser Absicht werden in der ersten Gruppe drei Falltypen kommentiert: i) unterschiedliche Behandlung ohne Bezug auf problematische oder verdächtige Kategorien; ii) unterschiedliche Behandlung bei Vorliegen problematischer oder verdächtiger Kategorien; und iii) geleugnete oder verdeckte Diskriminierung. In der zweiten Gruppe werden drei weitere Falltypen unterschieden: i) Fälle, die ein differenziertes Risiko von Menschenrechtsverletzungen widerspiegeln; ii) Fälle, die differenzierte oder unverhältnismäßige Auswirkungen scheinbar neutraler Handlungen widerspiegeln; und iii) Fälle im Zusammenhang mit positiven Maßnahmen.

Schlagwörter: Gleichheit und Nicht-Diskriminierung, Konzeptionen, Falltypen, Auslegung und Beweiswürdigung.

ABSTRACT

This article addresses the principle of equality and non-discrimination based on a series of decisions issued by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), systematizing the most relevant pronouncements in two large groups corresponding to the conceptions of this principle – on the one hand, as a prohibition against unjustified different treatment and, on the other, as a prohibition of neutrality and a mandate of differentiated measures. This systematization is focused on a conceptually distinguishing the types and subtypes of relevant cases, as well as on state obligations and the interpretive, evidentiary and methodological debates in each one. For this purpose, three types of cases in the first group are discussed: i) differences in treatment without reference to problematic or suspicious categories; ii) differences in treatment with the presence of problematic or suspicious categories; and iii) denied or covert discrimination. Three other possible types of cases are discussed with regard to the second group: i) those that reflect differentiated risks of human rights violations; ii) those that reflect differentiated or disproportionate impacts of apparently neutral actions; and iii) those related to affirmative action measures.

Key words: Equality and non-discrimination, conceptions, types of cases, interpretative and evidentiary debates.

Introducción

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra presente como eje central de los tratados internacionales (TI) de derechos humanos.

En los TI generales de derechos humanos¹ se identifican al menos dos tipos de disposiciones relativas al principio de igualdad y no discriminación: i) mandatos generales de igualdad de trato o igualdad ante la ley; y ii) cláusulas específicas de no discriminación con invocación de ciertas categorías problemáticas.² En algunos de estos tratados también se encuentran otras disposiciones que de manera complementaria incluyen un mandato de igualdad respecto de determinados derechos.³ De otro lado, se encuentran otros TI de derechos humanos más específicos que, o bien abordan ciertas violaciones de derechos humanos a las que subyace de manera inherente el principio de igualdad y no discriminación,⁴ o bien tienen como objeto la regulación de los derechos de grupos específicos y las obligaciones de los Estados respecto de los mismos.⁵

¹ Como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).

² Por ejemplo, en el caso de la CADH, el artículo 24 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Por su parte, su artículo 1.1 indica: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En el caso del PIDCP, el artículo 26 incluye ambos tipos de norma, así: “Todas 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”.

³ Por ejemplo, en el caso de la CADH, los incisos 4 y 5 del artículo 17 relativo al derecho a la familia, establecen, respectivamente, un mandato de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco del matrimonio y en caso de disolución, así como de igual reconocimiento de derechos de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. El mismo instrumento, en el literal c) del inciso 1 del artículo 23, establece el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

⁴ Como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

⁵ En el ámbito universal, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención

Este artículo se divide en dos secciones que abordan las dos formas de entender o las dos concepciones de dicho principio que han sido denominadas por la doctrina y la jurisprudencia de múltiples maneras y que, para efectos de este artículo, se distinguen de la siguiente manera en alusión a las obligaciones que cada una impone: 1) la igualdad y no discriminación como prohibición de trato diferente injustificado; y 2) la igualdad y no discriminación como prohibición de neutralidad y mandato de medidas diferenciadas.⁶

Como se verá, los conceptos y debates de interpretación y probatorios en casos contenciosos, así como las metodologías para resolverlos respecto de cada una de estas dos grandes concepciones, aunque diferentes, se encuentran relacionados entre sí y, en muchas ocasiones, se pueden traslapar e incluso superponer. La finalidad central del presente artículo es delinear y formular algunas reflexiones sobre tales conceptos y debates, desde un entendimiento que asume el carácter complementario de ambas concepciones del principio de igualdad y no discriminación.

Lo anterior se realiza a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), aunque, a modo de complemento, en algunas secciones se citan pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órganos de tratados de las Naciones Unidas y algunos desarrollos en el derecho constitucional comparado.

Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el ámbito interamericano, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o “Convención de Belém do Pará”; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; o la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Otro ejemplo lo constituye el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales.

También existen declaraciones, principios u otras normas de derecho blando que la comunidad internacional ha desarrollado respecto de los derechos de ciertos grupos desde esta perspectiva asimétrica. Solo a título de ejemplo, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, en su preámbulo se refieren a la situación histórica de violación de derechos humanos contra personas por ser “lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo o porque son transexuales, transgénero o intersex o se les percibe como tales, o pertenecen a grupos sociales que en algunas sociedades se de nen por su orientación sexual o identidad de género”.

⁶ Aunque estas dos grandes concepciones ya se encontraban presentes implícitamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Caso *Furlan y familiares vs. Argentina* fueron explícitamente referidas así: “una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados” (Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246, párr. 267).

1. Igualdad y no discriminación como prohibición de trato diferente injustificado

1.1. Generalidades

Esta es la caracterización de la dimensión más clásica e individual del principio de igualdad y no discriminación: la idea conforme a la cual todas las personas son iguales y, por tanto, tienen los mismos derechos y obligaciones, y deben ser tratadas de manera igualitaria por la ley en situaciones asimilables.

Desde su temprana jurisprudencia, la Corte IDH, replicando cierto lenguaje del TEDH, se refirió a esta dimensión de la siguiente manera:

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

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que solo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.⁷

Bajo esta dimensión del principio de igualdad y no discriminación, los Estados tienen obligaciones de naturaleza negativa puesto que deben abstenerse de efectuar diferencias de trato salvo que exista justificación objetiva y razonable. En este tipo de casos, el primer paso de análisis consiste en determinar si efectivamente se configuró una diferencia de trato. Una vez establecido lo anterior, en el sistema interamericano

⁷ 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, núm. 4, párrs. 55 y 56. En el párrafo 56 hace referencia a Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, p. 34.

se ha utilizado un juicio de proporcionalidad para evaluar la convencionalidad de dicha diferencia de trato.⁸

Sin perjuicio de algunas valoraciones que se realizan más adelante sobre el análisis más adecuado en casos de discriminación encubierta o indirecta, para los casos más clásicos de igualdad, frente a diferencias de trato aceptadas por los Estados y respecto de las cuales ofrecen una justificación, el juicio de proporcionalidad ha sido una herramienta útil para evaluar dicha justificación con un grado relevante de racionalidad. Esto, tomando en cuenta que las nociones de “objetivo” y “razonable” revisten significativa vaguedad e indeterminación, lo que hace deseable evitar un margen demasiado amplio de discrecionalidad en el momento de resolver casos de esta naturaleza.

Este juicio de proporcionalidad presenta algunas diferencias metodológicas en sus pasos y secuencia de aplicación, por ejemplo, entre la Corte IDH y el TEDH. Sin embargo, un análisis profundo de tales diferencias excede el objetivo del presente artículo. En la actualidad, es posible afirmar que la Corte IDH ha logrado un nivel importante de consistencia en el uso del juicio de proporcionalidad, lo que implica la evaluación escalonada de: i) la finalidad invocada por el Estado y su legitimidad; ii) la relación de idoneidad o de medio a fin entre la diferencia de trato y dicha finalidad; iii) la relación de necesidad o la inexistencia de medios menos lesivos e igualmente idóneos; y iv) la relación de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la ponderación de si el grado de logro de la finalidad legítima se encuentra justificada por el grado de afectación generada por la diferencia de trato.⁹

Como se verá, el juicio de proporcionalidad puede ser aplicado con distintos niveles de intensidad, de manera más o menos estricta, atendiendo a las circunstancias de los casos concretos a los que, en materia de igualdad y no discriminación, está fundamentalmente vinculado el hecho de si la diferencia de trato estuvo relacionada o no con alguna categoría problemática.

1.2. Diferencias de trato sin referencia a categorías problemáticas o sospechosas

En este punto se hace referencia a las situaciones en las cuales se alega una diferencia de trato, pero sin información que indique que en esta estuvo presente alguna de las categorías específicas que expondremos más adelante y que se invocan de

⁸ También y esencialmente aplicado en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos en casos de restricciones al ejercicio de los derechos.

⁹ Para un estudio doctrinario profundo y detallado sobre este juicio de proporcionalidad, véase Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Para un estudio desde una perspectiva más pragmática, véase Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*, Cambridge, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012.

manera similar en las cláusulas de no discriminación de la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos.

Algunos ejemplos de casos conocidos por la Corte IDH sobre diferencias de trato no asociadas a categorías específicas presentes en las cláusulas de no discriminación son los casos *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*; y *Reverón Trujillo vs. Venezuela*.

En el primero, la Corte IDH se pronunció sobre una diferencia de trato en cuanto a la garantía de motivación, en el marco de un proceso administrativo de determinación de derechos creado en el contexto de la quiebra de un banco. En tal oportunidad, acreditada la diferencia de trato, no fue necesario efectuar un juicio de proporcionalidad, dado que el Estado de Uruguay no aportó una justificación de dicha diferencia de trato, a fin de que su objetividad y razonabilidad pudieran ser evaluadas.¹⁰

En el segundo, la Corte IDH analizó una diferencia de trato entre una jueza provisoria y jueces titulares, en cuanto a la posibilidad de ser reincorporada a su cargo como resultado de un recurso de nulidad que estableció la arbitrariedad de su destitución. La Corte IDH analizó la justificación ofrecida por el Estado de Venezuela en cuanto a la existencia de un proceso de reestructuración del Poder Judicial que justificaba mantener a jueces y juezas en situación de provisionalidad sin garantías de estabilidad lo que, a su vez, les impedía la reincorporación en el cargo en caso de cese arbitrario, incluso declarado judicialmente. Aplicando un juicio de proporcionalidad, la Corte IDH concluyó que la diferencia de trato no estaba justificada, entre otras cuestiones, porque dicho proceso de reestructuración “provoca una afectación muy alta a la independencia judicial”.¹¹

1.3. Diferencias de trato basadas en presencia de categorías problemáticas o sospechosas

En esta sección se abordarán aquellas diferencias de trato en las cuales existe presencia de una o varias de las categorías que en el derecho internacional de los derechos humanos se han considerado especialmente problemáticas y, por tanto, han sido incluidas en las cláusulas de no discriminación de los respectivos tratados. En términos generales, en este tipo de casos, el factor diferenciador es la relación de la persona tratada de manera distinta, con la categoría problemática.¹²

¹⁰ Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, Sentencia de 13 de octubre de 2011, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 234, párr. 183.

¹¹ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 197, párrs. 124-128.

¹² En este artículo se hace referencia de manera indistinta a categorías problemáticas o sospechosas, por considerar que es una terminología adecuada, aunque se reconoce que, tanto a nivel doctrinario como en el desarrollo interpretativo de los tratados internacionales de derechos humanos, se han utilizado diversas denominaciones para referirse a estas categorías.

A título de ejemplo, en el ámbito de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, la CADH incluye las siguientes categorías en su artículo 1.1: “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por su parte, el Convenio Europeo, en su artículo 14, invoca las siguientes categorías: “sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. A su vez, el artículo 2 de la Carta Africana incluye las siguientes categorías: “raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro *status*”.

Más adelante se abordará el carácter enunciativo de estos catálogos y la incorporación progresiva de otras categorías. Para efectos de este punto, basta con afirmar que existen ciertas categorías que por diversas razones se han incluido en los instrumentos que consagran derechos fundamentales y que si son utilizadas para efectuar diferencias de trato, estas problemáticas *a priori* generan una alta sospecha y presunción de inconstitucionalidad o inconveniencia. A continuación, se agrupan los debates y desarrollos principales que se han dado en torno a estas categorías en el marco de casos contenciosos.

1.3.1. *Racionalidad que subyace a las categorías problemáticas o sospechosas*

De una lectura de algunas de las categorías sospechosas incluidas literalmente o incorporadas por vía de interpretación, no es posible establecer un criterio único para su incorporación en las cláusulas de no discriminación. Así, algunas de las categorías están más asociadas a aspectos inherentes a la identidad (como la raza, el origen étnico, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el origen nacional); otras se relacionan más con la autonomía (como la opinión política o la religión); y otras invocan situaciones sociales o personales (como la condición de salud o la posición económica). Además, estas categorías están casi siempre asociadas a grupos históricamente sometidos y excluidos cuando se entiende la categoría desde un punto de vista asimétrico,¹³ así como a grupos habitualmente asociados a estereotipos o prejuicios que son, a su vez, la causa y la consecuencia de la discriminación.¹⁴

¹³ Sobre la cuestión de la simetría/asimetría de las categorías sospechosas véase Roberto Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

¹⁴ En general, la Corte IDH ha definido los estereotipos como preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. Véase Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 279, párr. 224. Sobre estereotipo de género, la Corte IDH ha señalado en varios casos que “se refiere a una preconcepción de atributos, conductas

El mandato de trato diferenciado u obligaciones positivas que dicha asimetría impone a los Estados, y las implicaciones en las metodologías de análisis de casos relacionados con diferencias de trato basadas en categorías sospechosas, pero que tienen el propósito de superar situaciones de discriminación estructural y, por tanto, tienen un impacto favorable en el grupo históricamente excluido y sometido, será referida en la segunda sección del presente artículo. En este punto, se trae a colación esta noción de asimetría con la finalidad de poner de relieve las razones que determinan la incorporación de ciertas categorías en las cláusulas de no discriminación.

Procurando identificar tales razones, y en similar sentido a lo indicado anteriormente, la Corte Constitucional colombiana se ha referido a las “categorías sospechosas” como aquellas que:

... (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.¹⁵

En términos muy parecidos se ha referido la Corte IDH a estos criterios en el Caso *I. V. vs. Bolivia* y en su Opinión Consultiva 24, indicando que son los que sustentan su incorporación en la cláusula de no discriminación establecida en el artículo 1.1 de la CADH “i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales”.¹⁶

o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes” (Corte IDH, Caso *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 339, párr. 169). Refiriéndose a la orientación sexual, la misma Corte definió el estereotipo como “preconcepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales” (Corte IDH, Caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 111).

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Véase además, entre otras, las sentencias T-098 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH). La Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 24, párr. 66, cita a la Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 240.

El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se ha referido a que otras categorías resultan asimilables a las expresamente contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) “cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”.¹⁷

Precisamente, consideramos que una adecuada comprensión de las anteriores razones es la que permite la incorporación adecuada y justificada en las cláusulas de no discriminación, de categorías que no están expresamente mencionadas en las mismas, como se pasa a comentar.

1.3.2. *Listados enunciativos de categorías prohibidas o sospechosas*

Del propio texto de las cláusulas de no discriminación se desprende que se trata de listados enunciativos y no taxativos.

Por ejemplo, la CADH hace referencia a “cualquier otra condición social”, mientras que el Convenio Europeo indica “cualquier otra situación” y la Carta Africana menciona “otro *status*”. Pero además del texto, en el derecho internacional de los derechos humanos se les otorga un peso importante a la interpretación evolutiva y al principio *pro personae*, habiendo sido ambos invocados en las fundamentaciones de incorporación de categorías al listado de las cláusulas de no discriminación. En palabras de la Corte IDH y el TEDH, “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.¹⁸

La Corte IDH se ha referido a dicho carácter enunciativo invocando tanto la interpretación evolutiva como el principio *pro personae* de la siguiente manera:

Al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio *pro homine*. Del mismo modo, este Tribunal reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Es así como, 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. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la

¹⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2 del Pidesc), 2 de julio de 2009, párr. 27.

¹⁸ Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párr. 114; y TEDH, Caso Tyrer vs. Reino Unido (5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.¹⁹

Este entendimiento resulta coincidente con el del TEDH en su interpretación del artículo 14 del Convenio Europeo²⁰ y el de órganos de tratados del sistema universal,²¹ en el ámbito del sistema interamericano ha llevado a la CIDH y a la Corte IDH a incluir dentro del catálogo del artículo 1.1 de la CADH categorías tales como la orientación sexual y la identidad de género (casos *Atala Riffo e hijas vs. Chile*,²² *Duque vs. Colombia*²³); estado de salud, incluyendo vivir con VIH (casos *JSCH y MGS vs. México*²⁴, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*²⁵); personas con estatus de refugiadas (*Caso I. V. vs. Bolivia*²⁶); y origen étnico (*Caso Norín Catrimán y otros [Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche] vs. Chile*²⁷), por citar algunos ejemplos.

La incorporación de categorías que no están expresamente mencionadas en las cláusulas de no discriminación no solo es importante, sino necesaria, precisamente atendiendo a la necesidad de una interpretación evolutiva frente a cambios sociales o a la visibilización de realidades que estuvieron históricamente invisibilizadas. Sin embargo, es deseable que dicha incorporación esté fundamentada en cada caso, bajo un estándar conforme al cual la nueva categoría resulte asimilable o análoga a otras expresamente incluidas, para lo cual los parámetros citados arriba resultan orientadores.

¹⁹ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, cit., párr. 70.

²⁰ TEDH, *Caso Kiyutin v. Rusia*, Aplicación 2700/10, Sentencia de fecha 10 de marzo de 2011, párr. 56.

²¹ Véase, por ejemplo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 20*, cit., párr. 15.

²² CIDH, *Caso 12.502, Karen Atala e hijas vs. Chile*, Demanda ante la Corte IDH, 17 de septiembre de 2010, párr. 95; y Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párrs. 83, 84 y 91. Cabe notar que la CIDH, en su demanda, se refirió únicamente a la orientación sexual, mientras que la Corte IDH en su sentencia incluyó también la identidad de género, lo que fue a su vez reforzado mediante la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 24.

²³ Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 310, párr. 105.

²⁴ CIDH, *Informe 80/15, Caso 12.689, JSCH y MGS, Fondo (Publicación)*, México, 28 de octubre de 2015, párrs. 91-101.

²⁵ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298, párr. 255.

²⁶ Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 329, párr. 240.

²⁷ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros*, cit., párrs. 202 y 206.

Cuando se realiza una incorporación automática de categorías sin una debida fundamentación sobre las razones de la similitud o analogía, se corre el riesgo de ampliar excesivamente el catálogo, al punto de desnaturalizar el sentido mismo que justifica la identificación de categorías sospechosas. En este sentido, resulta entendible la crítica²⁸ que sobre esta cuestión se le hizo a la Corte IDH tras la emisión de su Opinión Consultiva 18, en la cual incorporó sin motivación una serie de categorías como, por ejemplo, el “patrimonio”, la “convicción” y el “estado civil”.²⁹

Sin embargo, las decisiones más recientes son coincidentes con el criterio de similitud de las nuevas categorías con las explícitamente incluidas,³⁰ ejercicio que se realiza conforme a las pautas orientadoras citadas y con la exigencia de fundamentación al respecto.³¹

1.4. Presencia explícita o implícita de la categoría problemática o sospechosa, vínculo real o percibido con la misma y coexistencia de otros elementos objetivos

En este punto se comentan tres temas importantes para tomar en cuenta cuando se analizan diferencias de trato basadas en categorías problemáticas o sospechosas: i) la presencia explícita o implícita de la categoría; ii) la realidad o percepción de la vinculación de la persona con la categoría; y iii) la coexistencia de otros elementos objetivos.

Sobre el primer tema, un buen ejemplo es el Caso E. B. vs. Francia, conocido por el TEDH. El caso se trata de una solicitud de autorización para adoptar por parte de una persona soltera. La legislación francesa expresamente otorgaba a las personas solteras el derecho a aplicar para obtener dicha autorización a través de un procedimiento específico. En este caso, la solicitud de autorización de la señora E. B. fue rechazada, entre otros elementos, por la “falta de una referente paternal o maternal en el hogar”. El TEDH señaló que esto no resulta problemático en sí mismo, pero que en las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la orientación sexual de la víctima, el uso de dicho criterio sí era cuestionable, porque el efecto del mismo en la práctica

²⁸ Ariel Dulitzky, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2007.

²⁹ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 101.

³⁰ Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, cit., párr. 240.

³¹ Cabe aclarar que esta posición no significa que se acepte la discriminación con base en criterios que no cumplan con estos requisitos. Estas diferencias de trato deberán ser analizadas a la luz del estándar de objetividad y razonabilidad ya referido en una sección anterior de este artículo y los Estados siguen obligados a brindar las explicaciones pertinentes para el análisis de proporcionalidad de la diferencia de trato. Sin embargo, no se trataría de categorías sospechosas respecto de las que opere una presunción de inconvencionalidad y un escrutinio estricto, en los términos que se abordarán más adelante.

equivalía a requerir a la señora E. B. establecer la presencia de un referente del sexo opuesto en su círculo familiar y de amigos inmediatos y, con tal requerimiento, correr el riesgo de convertir en inefectivo el derecho legalmente reconocido a personas solteras a solicitar autorización para adoptar. El TEDH afirmó lo siguiente:

El punto es relevante aquí, porque el caso no se relaciona con una solicitud de autorización para adoptar por parte de una pareja –casada o no casada– sino de una persona soltera. En consideración de la Corte, de esta manera el criterio adoptado podría haber llevado a un rechazo arbitrario y haber servido como pretexto para rechazar la solicitud de la peticionaria sobre la base de su homosexualidad.³²

[...]

La Corte considera que la referencia a la homosexualidad de la peticionaria fue, si no explícita, al menos implícita. La influencia de la conocida homosexualidad de la peticionaria en la valoración de su solicitud ya fue establecida y, por lo tanto, fue un factor decisivo que dio lugar a la decisión de rechazarle la autorización para adoptar.³³

En este caso, entonces, aunque el criterio utilizado no hizo referencia explícita a la orientación sexual de la señora E. B., la aplicación de dicho criterio a su situación y contexto específicos dio lugar a que el TEDH concluyera que la categoría problemática o sospechosa estuvo presente, al menos, de manera implícita. Por tanto, el TEDH consideró que, en la práctica, constituyó una diferencia de trato basada en la orientación sexual.

En consecuencia, analizó la proporcionalidad de dicha diferencia de trato y concluyó que la decisión fue discriminatoria. Para efectos de esta sección, lo relevante es que se consideró que la diferencia de trato tuvo en consideración la orientación sexual de la señora E. B., aunque la misma no hubiese sido invocada de manera expresa en la decisión.

En cuanto al segundo tema, existen casos en los cuales la diferencia de trato se basa en la categoría sospechosa, aun cuando la persona en cuestión no tiene relación con dicha categoría en la realidad, sino que se trata de una percepción. El caso que permite ejemplificar esta situación en el sistema interamericano también se relaciona con la orientación sexual y es el Caso Flor Freire vs. Ecuador, en el cual la víctima fue dada de baja de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, en aplicación del Reglamento de Disciplina Militar que consagraba tal sanción por “actos de homosexualidad”. La diferencia de trato radicó, en esencia, en que los actos sexuales heterosexuales eran sancionados de manera más leve. La Corte IDH consideró que dicha diferencia de

³² TEDH, Caso E. B. v. France, Application 43546/02, Grand Chamber, January 22, 2008, párr. 73 (traducción libre).

³³ *Ibid.*, párr. 89 (traducción libre).

trato en cuanto a la severidad de la sanción aplicable no se encontraba justificada y, por tanto, la consideró discriminatoria.³⁴

El aspecto del caso que es relevante destacar en este punto es que el señor Flor Freire se autoidentifica como heterosexual y negó en todo momento haber incurrido en “actos de homosexualidad”. Esto llevó al siguiente razonamiento de la Corte IDH:

La Corte advierte que la discriminación puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida. Este Tribunal ya ha señalado que “[e]s posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima”. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre.³⁵

La noción de “discriminación por percepción” también puede ser relevante en el momento de analizar casos de violaciones de derechos humanos que tienen lugar como consecuencia de la aplicación de perfiles raciales. Así, por ejemplo, en el Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs.* República Dominicana, la Corte IDH analizó una serie de detenciones y expulsiones de personas respecto de quienes la actuación estatal se basó en sus características físicas a partir de las cuales operó una identificación como haitianas o de origen o ascendencia haitiana. La Corte IDH señaló que “es claro que la manera en que se realizó la privación de libertad de las presuntas víctimas por parte de los agentes estatales, indica que fue por perfiles raciales relacionados con su aparente pertenencia al grupo de personas haitianas o dominicanas de origen o ascendencia haitiana”.³⁶ Más adelante, en la misma sentencia, la Corte IDH declaró dicha actuación estatal como discriminatoria, tomando en cuenta que existió una presunción de que “por sus características físicas” las personas debían pertenecer al grupo específico, haitianos o de origen haitiano.³⁷

³⁴ Corte IDH, Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 315, párr. 140.

³⁵ *Ibid.*, párr. 120.

³⁶ Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs.* República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 282, párr. 368.

³⁷ *Ibid.*, párr. 403.

Estos casos visibilizan situaciones en las cuales una persona o grupo son sometidos a una diferencia de trato discriminatoria basada en una categoría problemática, aun cuando no tenga vínculo real con dicha categoría, sino que se trate de una percepción, sin que por ello la actuación estatal deje de ser violatoria del principio de igualdad y no discriminación.

Y respecto del tercer punto, esto es, la presencia de otros elementos objetivos, se está haciendo referencia a casos en los cuales la diferencia de trato tomó en consideración la categoría sospechosa, pero no se basó en ella de manera exclusiva, sino que pudieron identificarse otros factores objetivos o no necesariamente problemáticos. Para ejemplificar, vuelve a ser útil el Caso E. B. vs. Francia del TEDH. Se indicó arriba que en la decisión que rechazó la autorización para adoptar en calidad de persona soltera, se tomó en cuenta de manera implícita la orientación sexual. Ahora bien, en la misma decisión de rechazo también se tomó en cuenta otro criterio asociado a la actitud de la pareja estable de la señora E. B. frente a la posibilidad de la adopción. El TEDH consideró que este segundo criterio era relevante y objetivo para la decisión sobre el otorgamiento de la autorización. A pesar de ello, hizo referencia a una suerte de “efecto contaminador” en los siguientes términos: “Sin embargo, estos dos criterios hacen parte de una valoración integral de la situación de la solicitante. Por esta razón, la Corte estima que no deberían ser considerados alternativamente sino de manera concurrente. En consecuencia, la ilegitimidad de uno de los criterios tiene el efecto de contaminar la totalidad de la decisión”.³⁸

Similar aproximación tuvo la CIDH en el caso posteriormente denominado por la Corte IDH como Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche), sobre procesos penales por terrorismo contra personas del pueblo indígena mapuche en Chile. En cuanto al componente de discriminación del caso, en los fallos judiciales de condena se incluyeron motivaciones relacionadas con el origen étnico de las personas procesadas. Tras tomar nota de dichas motivaciones, la CIDH reconoció que en otros extractos de estas decisiones se incluyeron motivaciones más objetivas sobre los elementos del tipo penal.³⁹ A pesar de ello, la CIDH indicó:

... no es su labor determinar si en ausencia del elemento de pertenencia étnica, en todo caso correspondía calificar los delitos imputados como terroristas. Correspondía a las autoridades judiciales internas efectuar un análisis objetivo de la situación, con base en la prueba obrante en el expediente sobre los hechos concretos que fueron puestos en su conocimiento y absteniéndose de introducir el elemento étnico para formar su convicción sobre la naturaleza de los delitos.

³⁸ TEDH, Caso E.B v. France, cit., párr. 80 (traducción libre).

³⁹ CIDH, Informe 176/10, Casos 12.576, 12.611 y 12.612, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y otros, Fondo, Chile, 5 de noviembre de 2010, párr. 200.

[...] los diferentes elementos con base en los cuales un juez adopta una decisión conforman en su conjunto la convicción de dicha autoridad para resolver en uno u otro sentido y tales elementos deben considerarse de manera concurrente y no alternativa sin que sea posible identificar si un elemento fue predominante o si por sí solo hubiera podido sustentar la decisión.

En ese orden de ideas, la Comisión considera que en el caso de [...] también se encuentra acreditada la diferencia de trato basada en el origen étnico y/o su vínculo con el pueblo Mapuche, en tanto la consideración de estos elementos tuvo el efecto de contaminar la decisión.⁴⁰

En el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Corte IDH también se refirió tanto a la cuestión de la referencia explícita o implícita de la categoría prohibida o sospechosa, y a circunstancias en las cuales la diferencia de trato no se basó en la misma de manera exclusiva. Indicó:

... el Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.⁴¹

Este abordaje permite analizar, bajo la lupa del principio de igualdad y no discriminación, casos en los cuales la consideración de una categoría sospechosa está acompañada de otros criterios objetivos o no necesariamente problemáticos.

1.4.1. Discriminación múltiple o interseccional

El último tema que se comenta respecto de las categorías prohibidas o sospechosas tiene que ver con la llamada discriminación múltiple o interseccional. Esta discriminación ocurre cuando en una persona o grupo determinado confluyen dos o más de las referidas categorías. El Comité DESC, en su Observación General No. 20, la definió bajo la denominación de discriminación “múltiple” indicando: “Algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo, las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla”.⁴²

⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 202, 203 y 204.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 94.

⁴² Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, cit., párr. 17.

La Corte IDH también se ha referido a esta forma de discriminación en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Este caso se trata de una niña que a sus tres años empezó a vivir con VIH tras recibir una transfusión de sangre no revisada debidamente en un contexto de precariedad y falta de control por parte del Estado sobre el funcionamiento del banco de sangre respectivo. La víctima fue sometida a discriminación en los distintos ámbitos de su vida, incluyendo el educativo, incluso llegó a ser expulsada de su colegio por vivir con VIH. La Corte IDH analizó la particular discriminación sufrida por la víctima con base en el concepto de interseccionalidad e indicó que “la discriminación [...] ha estado asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió”.⁴³

En esta sentencia, la Corte IDH realiza una distinción entre la noción de “múltiple” en el sentido de categorías acumulativas, y la noción de “interseccional”, que tiene un sentido más específico y que pareciera más útil para explicar este tipo de situaciones. La Corte IDH dijo textualmente lo siguiente: “La discriminación no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”.⁴⁴ Sobre dicha naturaleza diferente, aplicada al caso, la Corte IDH señaló:

... la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada.⁴⁵

De esta manera, la incorporación de este concepto de interseccionalidad en el momento de analizar el caso le permitió a la Corte IDH visibilizar las particularidades y la gravedad del ciclo de discriminación sufrido por la víctima en el caso.

⁴³ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298, párr. 285.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 290.

⁴⁵ *Idem.*

Más recientemente, la Corte IDH volvió a referirse a la noción de interseccionalidad en el Caso VRP y VPC vs. Nicaragua, relacionado con la violación sexual de una niña de nueve años por un actor no estatal, y la falta de investigación diligente de los hechos por parte del Estado, acompañado de una serie de actos de revictimización severa en contra de la víctima que fueron calificados como violencia institucional. En esta ocasión, la Corte IDH se refirió a la necesidad de adoptar un “enfoque interseccional” a fin de pronunciarse por primera vez sobre las obligaciones estatales específicas en materia de investigación en casos de violencia sexual contra niñas, tomando en cuenta su género y edad.⁴⁶ También en el Caso Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala en el que la Corte IDH conoció la falta de atención en salud por parte del Estado a personas con VIH, muchas de ellas en situación de pobreza y algunas de ellas mujeres embarazadas. La referencia de la Corte IDH a la interseccionalidad en la discriminación causada por la falta de atención a dichas mujeres permitió visibilizar los impactos diferenciados de ciertas acciones u omisiones, para ciertos grupos de mujeres, aun en un contexto más general de vulnerabilidad acreditado respecto de todas las víctimas del caso.⁴⁷ Las obligaciones positivas en cabeza de los Estados que se desprenden de estas situaciones de vulnerabilidad serán abordadas en la segunda parte de este artículo. En este punto se deja únicamente mencionado el concepto, tratándose de un desarrollo en materia de categorías problemáticas o sospechosas.

1.4.2. Metodología para el análisis de la fundamentación de la diferencia de trato

En este punto se aborda el tema de la metodología para analizar casos concretos una vez establecido el primer paso de análisis, esto es, que existió una diferencia de trato y que esa diferencia se basó en una o varias de las categorías problemáticas o sospechosas. Conforme a lo analizado hasta ahora, la presencia de las categorías puede ser explícita, implícita, por realidad, por percepción, e incluso puede estar acompañada de otros elementos objetivos. Como se ejemplificó, en todos estos casos se está ante una diferencia de trato basada en categorías problemáticas o sospechosas cuya justificación deberá ser analizada para establecer el carácter discriminatorio o no de dicha diferencia.

Como se indicó, la metodología de análisis frente a diferencias de trato se basa en un juicio de proporcionalidad cuyos pasos ya fueron mencionados. Ahora bien, cuando se trata de diferencias de trato basadas en categorías problemáticas o sospechosas, la jurisprudencia interamericana ha sido consistente en enunciar dos implicaciones jurídicas. La primera es que la diferencia de trato se presume

⁴⁶ Corte IDH, Caso VRP, VPC y otros vs. Nicaragua, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 350, párr. 154.

⁴⁷ Corte IDH, Caso Cuscul Pivaval y otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 359, párr. 138.

inconvenional y, por tanto, quien tiene la carga de argumentar y acreditar que se encuentra justificada, es el Estado. La segunda es la intensidad con la que se analiza la justificación aportada por el Estado. De esta manera, el escrutinio sobre dicha justificación es estricto.

Desde el caso *Atala Riffo e hijas*, con las decisiones de la CIDH⁴⁸ y la Corte IDH,⁴⁹ esta perspectiva quedó establecida en la jurisprudencia interamericana, y se ha repetido en los casos posteriores en los cuales se han analizado diferencias de trato basadas en una o más categorías incluidas literalmente o incorporadas en el artículo 1.1 de la Convención. Se cita textualmente el Caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador* pues en esta sentencia la Corte IDH ofreció mayor claridad respecto de las implicaciones en el análisis de una diferencia de trato basada en alguna de dichas categorías:

La Corte resalta que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría [...].⁵⁰

En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte 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.⁵¹

Más adelante se comentará sobre la cuestión del “efecto” discriminatorio en la sección relativa a impactos diferenciados o discriminación indirecta, y a si el juicio de proporcionalidad constituye una metodología apropiada para tales casos. En este punto, lo relevante son las implicaciones jurídicas en el análisis de un caso cuando se establece que la diferencia de trato estuvo basada en una o más categorías

⁴⁸ CIDH, Caso 12.502, *Karen Atala e hijas vs. Chile*, cit., párr. 95.

⁴⁹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, cit., párr. 131.

⁵⁰ Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 256.

⁵¹ *Idem*.

sospechosas.⁵² Ahora bien, una cuestión que aún resulta vaga o poco clara en el sistema interamericano son los alcances más prácticos del mencionado escrutinio estricto.

En la doctrina y en el derecho comparado se pueden encontrar algunos parámetros. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha definido tres niveles de escrutinio del juicio de proporcionalidad aplicado a casos de igualdad y no discriminación, y se ha referido al nivel estricto como aquel en el cual “el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso”.⁵³ De manera similar, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en referencia a la Enmienda 14 de la Constitución en lo relativo a “igual protección”, ha invocado tres niveles de escrutinio conforme a los cuales el estricto implica que la diferencia de trato debe estar justificada por una necesidad estatal imperiosa, que esté estrechamente diseñada para lograr dicha finalidad y que sea el medio menos lesivo para lograr este interés.⁵⁴

Si se comparan los pasos del juicio de proporcionalidad como se definió con anterioridad, pareciera que los niveles de escrutinio así planteados por la Corte Constitucional colombiana y por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos responden a una lógica de hasta cuál paso se debe llegar en cada nivel de escrutinio. Ambas altas cortes parecen coincidir, por ejemplo, en que el test débil de igualdad debe llegar únicamente al nivel de idoneidad o relación de medio a fin; mientras que el test estricto de igualdad califica a la finalidad como una necesidad imperiosa y debería llegar, al menos, al paso de necesidad o de ausencia de medios menos lesivos. En estos ejemplos de derecho comparado no se hace referencia explícita al paso de proporcionalidad en sentido estricto.

Un análisis comparativo entre el uso del juicio de proporcionalidad en casos de igualdad en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado requeriría un profundo desarrollo que excede los objetivos de este artículo. Sin embargo, sí es importante identificar que hay, al menos, dos formas de aproximarse a la cuestión de los niveles de intensidad del escrutinio en casos de igualdad bajo el principio de proporcionalidad. Una, conforme a la cual

⁵² El TEDH también ha utilizado cierta terminología de la que se desprenden análisis más o menos estrictos frente a posibles diferencias de trato. Dentro de tal terminología se encuentra que “solo razones de mucho peso” ofrecidas por el Estado podrían justificar una diferencia de trato basada en ciertos criterios. Véase, por ejemplo, Caso *Karner vs. Austria*, párr. 37.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/2001. Los niveles de escrutinio intermedio y débil han sido definidos por la misma Corte, así: “Intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto” y “flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”.

⁵⁴ Supreme Court of the United States, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Los niveles de escrutinio intermedio y débil están definidos de manera similar a los de la Corte Constitucional colombiana.

a mayor intensidad en el escrutinio, más lejos se debe llegar en los pasos del juicio de proporcionalidad.⁵⁵ Y otra, conforme a la cual la mayor o menor intensidad del escrutinio se ve reflejada en la manera en que se analiza cada paso del mismo.⁵⁶ Como se mencionó arriba, los alcances prácticos del escrutinio estricto anunciado en casos de diferencias de trato basadas en una o más categorías problemáticas no se encuentran claramente fijados en la jurisprudencia interamericana, más allá de lo anunciado en el estándar general.

Un ejemplo de esta falta de claridad es el Caso Flor Freire vs. Ecuador que, como se señaló, se refiere a una diferencia de trato por la aplicación de sanciones más graves en el contexto de la disciplina militar para “actos homosexuales” en comparación con actos sexuales entre personas heterosexuales. La Corte IDH reiteró que al tratarse la orientación sexual de una categoría incluida en el artículo 1.1 de la Convención, era carga del Estado ofrecer una argumentación rigurosa para justificar la diferencia de trato. En aplicación al caso señaló:

Ecuador no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad.⁵⁷

Este Tribunal destaca que, con el propósito de preservar la disciplina militar, podría resultar razonable y admisible la imposición de restricciones a las relaciones sexuales al interior de las instalaciones militares o durante el servicio. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales homosexuales, genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida.⁵⁸

Si la Corte IDH hubiese otorgado implicaciones reales al carácter estricto del escrutinio en casos de diferencias de trato basadas en la orientación sexual, la omisión argumentativa del Estado ecuatoriano debió ser suficiente para establecer su

⁵⁵ Por ejemplo, en el Caso I.V. vs. Bolivia, la Corte se refirió en los siguientes términos al escrutinio estricto indicando que el mismo “incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no solo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma” (Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, cit., párr. 241).

⁵⁶ Carlos Bernal, *op. cit.*, pp. 734 y ss., 758 y ss. y 800 y ss. El autor, al referirse a cada uno de los pasos del juicio de proporcionalidad, incluye un análisis sobre la “perspectiva e intensidad” con la que pueden evaluarse y las correspondientes reglas.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Flor Freire vs. Ecuador, cit., párr. 126.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 127.

carácter discriminatorio. Como se desprende de la cita anterior, ello no fue así. Ante la ausencia de la invocación de una necesidad imperiosa por parte del Estado, la Corte IDH pareciera subsanar dicha omisión trayendo al análisis un fin no invocado por el Estado: la disciplina militar. Y a partir de ello, la sentencia entra en un análisis detallado de una multiplicidad de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparado sobre la materia⁵⁹ para, finalmente, concluir que la diferencia de trato en el caso fue discriminatoria y violó la CADH.⁶⁰ Lo mismo ocurrió en el caso *Duque vs. Colombia* relacionado con la exclusión de la pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo.⁶¹

Es posible y en ciertos casos deseable que cuando un paso del juicio de proporcionalidad no sea cumplido, por diversas razones un tribunal decida avanzar en otros pasos subsiguientes de dicho test. Esto puede obedecer, por ejemplo, a la importancia de fijar estándares sobre una temática no abordada en la jurisprudencia, como al parecer ocurrió en los casos *Flore Freire vs. Ecuador* y *Duque vs. Colombia*, respectivamente en cuanto a la discriminación por orientación sexual en las instituciones militares o en el ámbito de la seguridad social.

Sin embargo, tratándose de una metodología que es en esencia escalonada, es decir que cada paso del análisis depende de que los anteriores se encuentren satisfechos, es importante que cuando la Corte IDH decida realizar fundamentaciones con fines pedagógicos en este tipo de asuntos, se establezca con claridad en qué punto del análisis se configura la determinación de responsabilidad internacional del Estado, indicando que las valoraciones posteriores son complementarias sin que de ellas dependa dicha responsabilidad. Un ejemplo de fundamentación en ese sentido se encuentra en el Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*.⁶²

⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 128-137.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 138.

⁶¹ Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*, cit., párrs. 107 y 108-123 y 124.

⁶² Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 257, párr. 273. En dicha sentencia, al analizar una restricción en el ejercicio de los derechos por la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, la Corte declaró que no perseguía una finalidad legítima y, por tanto, no era necesario analizar los demás requisitos, sin perjuicio de unas valoraciones que consideró oportuno exponer. En palabras de la Corte: "Un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el 'derecho absoluto a la vida del embrión' como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana [...] razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión".

De no realizarse este tipo de precisiones, se corre el riesgo de desdibujar la finalidad de la metodología de análisis, el carácter estricto de la misma, la presunción de inconventionalidad y la carga probatoria y argumentativa que le corresponde a los Estados, todo lo que, conforme a la propia jurisprudencia interamericana, corresponde a las diferencias de trato basadas en una o varias categorías problemáticas o sospechosas.

1.5. Diferencia de trato cuando el factor diferenciador es negado o encubierto

En este punto se aborda otro tipo de casos de diferencias de trato basados en categorías prohibidas o sospechosas: los casos en los cuales el Estado niega que la diferencia de trato tuvo lugar con base en dichas categorías. Aunque estos casos se pueden confundir con aquellos en los cuales la presencia de la categoría es implícita, en realidad son asuntos de distinta naturaleza. En este tipo de casos existe un intento expreso de negar o encubrir que la verdadera razón de la actuación estatal estuvo asociada a una de las categorías prohibidas o sospechosas.

Dos casos permiten ejemplificar esta forma de discriminación encubierta: *Granier y otros vs. Venezuela*, y *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.

En el primero, se analizó la decisión del Poder Ejecutivo de no renovar la concesión para el uso del espectro radioeléctrico a Radio Caracas Televisión. Los peticionarios argumentaron que esta decisión se basó en la línea editorial del medio de comunicación que era conocida por ser de oposición al gobierno. Por su parte, el Estado alegó que la decisión no se debió a la línea editorial, sino que se trató del ejercicio de una facultad discrecional y que fue consecuencia de que el canal de televisión había sido supuestamente sancionado con anterioridad. Al resolver el caso, la Corte IDH en primer lugar equiparó la línea editorial con la expresión de “opiniones políticas”, de manera que el caso se enmarcaba en un supuesto de posible discriminación, a la luz del artículo 1.1 de la Convención, además de la alegada restricción indirecta a la libertad de expresión.⁶³

El elemento característico de estos casos es que la posible discriminación casi siempre va a estar encubierta detrás del ejercicio de una facultad legal o de una apariencia o velo de legalidad. Por ello, el análisis no puede estar dirigido exclusivamente a determinar la legalidad o ilegalidad de la actuación estatal. Así, la controversia se centra en si la finalidad declarada por el Estado para justificar su actuación efectivamente corresponde a la realidad, o si se trató de una actuación discriminatoria

⁶³ Corte IDH, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 293, párr. 227. La Corte IDH señaló que “es posible afirmar que la línea editorial de un canal de televisión es el reflejo de la expresión de las personas involucradas con el diseño de dicha línea, por lo que pueden ser objeto de un trato discriminatorio en razón de sus opiniones políticas”.

oculta bajo el manto de dicha finalidad declarada. A diferencia de todos los tipos de casos anteriores, en estos el concepto de desviación de poder resulta útil para resolver la controversia que suscitan. La Corte IDH lo planteó en el caso Granier y otros *vs.* Venezuela en los siguientes términos:

Al respecto, en el presente caso, la Corte considera necesario, tener en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder. Con relación a ello, el Tribunal toma como punto de partida que las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho. Y por ello una actuación irregular por parte de las autoridades estatales tiene que aparecer probada, a fin de desvirtuar dicha presunción de buena fe.⁶⁴

De este párrafo surgen dos comentarios. Por una parte, es pertinente el uso del concepto de desviación de poder de casos. Además, permite centrar el debate en lo que es relevante para resolverlos, esto es, la prueba existente sobre la verdadera intención detrás del acto que se alega discriminatorio. Por otra parte, la referencia genérica a una presunción de legalidad de las actuaciones del Estado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y, más específicamente, en el contexto de casos de alegada discriminación encubierta, puede conspirar en contra de las posibilidades reales de desentrañar una actuación discriminatoria encubierta bajo dicha presunción. Esto puede ocurrir de dos maneras. O bien poniendo la carga en los peticionarios, no solo *prima facie*, de demostrar que la finalidad declarada por el Estado no es la verdadera motivación de su actuar; o bien exigiendo prueba directa que demuestre dicha desviación de poder.

Volviendo al ejemplo del Caso Granier y otros *vs.* Venezuela, se observa que las pruebas tomadas en cuenta por la Corte IDH para concluir que la verdadera finalidad de la no renovación de la concesión era castigar a las víctimas por sus opiniones políticas expresadas a través de la línea editorial del medio de comunicación, fueron principalmente declaraciones de funcionarios estatales que de manera muy explícita pusieron de manifiesto dicha finalidad, contraria a la declarada por parte del Estado ante los órganos del sistema interamericano. Sin embargo, no solo no es común sino que es inusual que en casos de discriminación encubierta exista este nivel de prueba sobre el carácter discriminatorio de la actuación estatal.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 189 (citas omitidas).

Una aproximación más consistente con la naturaleza de este tipo de casos fue la abordada por la CIDH en el Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela.⁶⁵ Este caso se trata del despido de tres mujeres de una entidad estatal, específicamente del Consejo Nacional de Fronteras en el año 2004, tras incluir sus firmas en la convocatoria a referendo revocatorio contra el entonces presidente Hugo Chávez Frías. Las víctimas alegaron que el despido fue una represalia por esta actuación. Por su parte, el Estado de Venezuela argumentó que el despido se basó en la aplicación de una cláusula del contrato laboral que otorgaba al empleador la facultad discrecional de dar por terminados los servicios sin motivación, y que ello tuvo lugar en un contexto de restructuración de la institución. Algunos de los extractos relevantes del informe de fondo sobre la aproximación de la CIDH en este caso son:

En este punto corresponde a la Comisión abordar el debate sobre la motivación declarada por el Estado sobre la terminación del contrato, frente a la alegada motivación real de dicha actuación.⁶⁶

[...]

Ante el argumento de los peticionarios sobre la existencia de una supuesta motivación real según la cual la terminación laboral de las presuntas víctimas constituyó una sanción por su expresión política en la solicitud de referendo, el análisis de la Comisión no puede basarse en la motivación formalmente declarada en los términos descritos en los párrafos precedentes. Corresponde a la Comisión evaluar todos los elementos disponibles a fin de determinar si la terminación del contrato constituyó, como lo alegaron los peticionarios, una desviación de poder, entendiendo por tal aquella que tiene lugar mediante un procedimiento formalmente válido utilizado en orden a ocultar una práctica ilegal.⁶⁷

A diferencia de la Corte IDH en el Caso Granier y otros *vs.* Venezuela, en el Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela la CIDH abordó más directamente las dificultades probatorias propias de este tipo de casos, haciendo referencia tanto a la cuestión de la carga probatoria como al tipo de prueba que resulta relevante cuando se alega discriminación encubierta.

⁶⁵ En el momento de completar la redacción de este capítulo, la sentencia de la Corte IDH en este caso no había sido notificada.

⁶⁶ CIDH, Informe 75/15, Caso 12.923, Rocío San Miguel Sosa y otras, Venezuela, 28 de octubre de 2015, Fondo, párr. 148. Cita a la CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) (Caso 12.489) contra la República Bolivariana de Venezuela, 29 de noviembre de 2006, párr. 129.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 151.

Así, la CIDH indicó que “en estos casos la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia”.⁶⁸ Más adelante, en el mismo informe de fondo y al evaluar la respuesta obtenida por las víctimas en la vía interna, la CIDH señaló:

... las autoridades judiciales a cargo de resolver este tipo de casos deben tener presente que las formas encubiertas de discriminación generalmente no cuentan con prueba directa y, por lo tanto, la carga de la prueba no puede recaer de manera absoluta en la persona que alega la discriminación como ocurrió en el marco de estos recursos.⁶⁹

Tras evaluar la prueba disponible, incluyendo información contextual y una serie de indicios, la CIDH concluyó que las víctimas fueron separadas de sus cargos como represalia por haber firmado la convocatoria a referendo revocatorio y, por tanto, estableció que se trató de una diferencia de trato basada en la expresión de sus opiniones políticas.⁷⁰

Ahora bien, lo dicho hasta ahora en esta sección se vincula a la determinación de si la diferencia de trato estuvo basada o no en una categoría sospechosa, en casos en los cuales los Estados niegan dicha razón e invocan una motivación aparente. En cuanto a la metodología de análisis, la siguiente pregunta que surge es si, una vez levantado el velo de legalidad y establecido que, efectivamente, la diferencia de trato se basó en una categoría problemática, es necesario continuar con el juicio de proporcionalidad –que al tratarse de una categoría sospechosa debería ser estricto– o decidir si en este tipo de casos es suficiente levantar el velo de legalidad para establecer el carácter discriminatorio de la diferencia de trato.

Una aproximación puede ser entender que la aplicación del juicio de proporcionalidad se activa a partir de la existencia de una diferencia de trato que el Estado intenta justificar a partir de una finalidad que, en principio, no se encuentra en

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 189.

⁷⁰ CIDH, Nota de remisión del Caso 12.923, Rocío San Miguel y otras, a la Corte IDH, 8 de marzo de 2016. En cuanto al contexto, la CIDH tomó en cuenta la significativa polarización, los contenidos amenazantes de las declaraciones de altos funcionarios, la creación y publicación de una lista a solicitud del propio presidente de la República que incluía a las personas que firmaron la convocatoria a referendo revocatorio y la convocatoria a un proceso de “reparos” que incluyó un llamado general a que las personas que firmaron válidamente se retractaran. Como elementos adicionales, varios de ellos indiciarios, la CIDH tomó nota de: i) las declaraciones de las tres víctimas, en particular, la de Rocío San Miguel Sosa, quien aportó la transcripción de una conversación con dos funcionarios de alto nivel donde se indica que la razón del despido fue la firma; ii) el hecho de que de los 23 empleados del Consejo Nacional de Fronteras, solo cuatro personas fueron despedidas y todas firmaron la convocatoria; iii) el hecho de que a las tres víctimas se les habían venido renovando reiteradamente sus contratos por periodos de ocho, siete y cuatro años respectivamente; y iv) la información contextual que apuntaba a que no fue un caso aislado, sino que se documentaron múltiples denuncias sobre despidos en el sector público como represalia por la misma razón.

controversia, siendo la controversia mayormente sobre la legitimidad de esa finalidad y, de ser el caso, si están cumplidos los distintos pasos del juicio de proporcionalidad. En ese sentido podría afirmarse que, en casos de discriminación encubierta, en los cuales la presencia de la categoría sospechosa es ocultada por el Estado, corresponde concluir que el uso de dicha categoría para este tipo de casos es siempre discriminatorio. Puesto en otras palabras, podría entenderse que se presume el carácter discriminatorio de una diferencia de trato basada en una categoría cuya presencia el Estado pretende encubrir, pues dicho encubrimiento trae naturalmente aparejada la ilegitimidad de las verdaderas finalidades.

Entendido de esta manera, en casos de discriminación encubierta, el ejercicio más importante es el de valoración probatoria con la finalidad de desentrañar la verdadera finalidad de la diferencia de trato y, en caso de establecerse que no corresponde a la finalidad declarada por el Estado, no sería necesario profundizar en los pasos del juicio de proporcionalidad, en tanto la ilegitimidad de esa finalidad real resulta inherente a la voluntad de ocultarla bajo un velo de legalidad.

Al resolver el Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela, la Corte IDH parece inclinarse por esta aproximación al señalar que en “este caso [...] ellas fueron discriminadas por una desviación de poder, encubierta con el velo de legalidad de aplicación de una cláusula contractual que se justificó como discrecional, lo cual hace que un juicio de igualdad no sea aplicable propiamente en autos.”⁷¹

2. Igualdad y no discriminación como prohibición de neutralidad y mandato de medidas diferenciadas

Hasta ahora, el desarrollo de este artículo se ha centrado en la concepción de la igualdad y no discriminación conforme a la cual las personas que se encuentran en igual situación deben ser tratadas de manera igualitaria. Dentro de esta noción, se privilegia la neutralidad como herramienta central para proteger de tratos arbitrarios a las personas individualmente consideradas. Como se ha desarrollado, esta protección tiene matices e intensidades según las particularidades y los tipos de casos, siendo de especial relevancia la presencia de categorías sospechosas o problemáticas como las contenidas o agregadas a las cláusulas de no discriminación. En este punto, el concepto de neutralidad es útil para hacer la transición hacia la segunda concepción del principio de igualdad y no discriminación.

Roberto Saba plantea un ejemplo sencillo. En lo más relevante, su ejemplo describe un proceso de selección para una orquesta sinfónica. A fin de evitar la crítica sobre la composición de dicha orquesta por parte de hombres blancos, se decide que el concurso será únicamente de mérito. Para garantizar toda neutralidad, las personas a cargo de seleccionar son aisladas de forma tal que puedan escuchar, pero no

⁷¹ Corte IDH, Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela, cit., párr. 164.

ver a los competidores. Tras este proceso, los ganadores fueron, nuevamente, hombres blancos. Tomando en cuenta las salvaguardias en el diseño del procedimiento, no es posible atribuir este resultado a prejuicios o estereotipos sobre las personas participantes. En su libro, Saba da algunas razones que podrían explicar la situación. Por ejemplo, que sí hubo participantes que no fueran hombres blancos, pero que no tenían posibilidad real de competir, pues a lo largo de su vida no tuvieron acceso a las mismas oportunidades de formación. Otra explicación puede ser la autocensura de personas pertenecientes a ciertos grupos, ante la desesperanza de ser seleccionados en un espacio históricamente excluyente. O una mezcla de ambas u otras posibles razones.⁷²

El hilo conductor de estas posibles explicaciones son las realidades de exclusión o sumisión histórica y profundamente arraigadas en la sociedad y en las instituciones. Sobre estas realidades se han desarrollado los conceptos de discriminación de hecho o sustantiva y de discriminación estructural o sistémica. El Comité DESC se ha referido a ambos conceptos así:

Discriminación sustantiva: [...] en el disfrute efectivo de los derechos [...] influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*.⁷³

[...]

Discriminación sistémica: [...] la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.⁷⁴

Así, frente a situaciones de discriminación de hecho y estructural, los mandatos normativos y las prohibiciones que privilegian la neutralidad resultan no solo

⁷² Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

⁷³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, cit., párr. 8 b).

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 12.

insuficientes, sino inadecuados para hacer efectivo el principio de igualdad. Más aún, el trato igualitario respecto de grupos en situación de desigualdad o discriminación estructural puede constituirse en la fuente que causa, profundiza, intensifica o perpetúa la desigualdad y discriminación. En su Opinión Consultiva 18, la Corte IDH empezó a referirse a las obligaciones exigibles a los Estados frente a situaciones de discriminación de hecho y estructural, indicando que deben “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”.⁷⁵

De un análisis de casos resueltos por los órganos del sistema interamericano es posible identificar distintas implicaciones que puede tener la discriminación de hecho y estructural, así como ejemplificar el tipo de obligaciones exigibles en tales circunstancias. A continuación, se hará referencia al abordaje de estas situaciones en las decisiones de casos contenciosos.

2.1. Discriminación de hecho o estructural como causa y consecuencia de riesgo diferenciado de violaciones de derechos humanos

Una de las consecuencias evidentes de la desigualdad de hecho o estructural es que pone a las personas asociadas a un grupo específico en situación de especial vulnerabilidad o riesgo de ser víctima de violaciones de derechos humanos, incluida la violencia. Estas violaciones de derechos humanos pueden ser cometidas por agentes estatales o actores no estatales. Frente a este riesgo diferenciado de ser víctima de violaciones de derechos humanos, el Estado tiene unas obligaciones especiales y positivas de prevención, protección y acceso a la justicia. Varios casos permiten ejemplificar esta especial vulnerabilidad y las correlativas obligaciones estatales.

En primer lugar, se encuentran los casos de violencia contra la mujer, especialmente los relativos a feminicidios. En dichos casos, la Corte IDH, invocando la Convención de Belém do Pará, ha enfatizado en la relación entre discriminación y violencia.⁷⁶ En el caso *González y otras “Campo Algodonero” vs. México*, la Corte IDH caracterizó un contexto de discriminación y violencia en la zona,

⁷⁵ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 104.

⁷⁶ Así por ejemplo, la Corte IDH señaló que “en el ámbito interamericano, la Convención de Belém do Pará señala en su preámbulo que la violencia contra la mujer es ‘una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’ y además reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación [...] En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas [...] ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer ‘incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada’. También ha señalado que ‘[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre’”

seguido de impunidad.⁷⁷ Uno de los grandes aportes de este caso se relaciona con las particularidades de las obligaciones de especial protección en cabeza del Estado, frente al riesgo diferenciado al que estaban expuestas las mujeres en Ciudad Juárez como consecuencia del referido contexto. En palabras de la Corte:

... el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que estas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.⁷⁸

Similares consideraciones fueron reiteradas posteriormente en dos casos guatemaltecos con características análogas, en cuanto al deber de especial protección frente a la denuncia de la desaparición de una mujer en ciertos contextos.⁷⁹ De manera

(Corte IDH, Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 307, párr. 175).

⁷⁷ Dicho contexto fue descrito así: “De todo lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a estos. En este sentido, cabe destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad” (Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205, párr. 164).

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 283.

⁷⁹ Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 277; y Corte IDH,

más reciente, la Corte IDH profundizó al respecto en el caso *López Soto y otros vs. Venezuela*, llegando a determinar que el incumplimiento manifiesto y deliberado de dichos deberes diferenciados, en ciertos casos puede llegar a constituir una forma de aquiescencia con la violencia perpetrada contra la mujer. En dicho caso, este abordaje trajo aparejado un desarrollo jurisprudencial mediante la calificación como tortura de actos de violencia extrema de género cometidas por un actor no estatal.⁸⁰

Otra de las obligaciones que en este tipo de casos los Estados deben cumplir de manera diferenciada tiene que ver con el acceso a la justicia. Al respecto, se indicó:

... la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia.⁸¹

De lo anterior se desprende el deber de investigar los posibles móviles discriminatorios de un acto de violencia contra la mujer, con una perspectiva de género y evitando cualquier estereotipo que pudiera culpabilizar a la víctima de lo sucedido o considerarla no merecedora de una investigación exhaustiva.⁸²

El último punto que conviene destacar de estos casos es el impacto que la determinación de la situación de discriminación estructural tuvo en el momento de fijar las reparaciones. La Corte IDH indicó que “teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos [...] las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”.⁸³

El segundo ejemplo que se trae a colación es el Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, relativo a una situación de esclavitud, trabajo forzoso, servidumbre y trata de personas en la referida hacienda. En este caso, la Corte IDH enfatizó en el riesgo diferenciado de ser víctima de estas graves violaciones de derechos humanos en atención a la situación de “extrema pobreza o marginación”.⁸⁴ Este riesgo diferenciado vinculado a la situación de extrema pobreza fue descrito así:

Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, cit., núm. 307.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 362, párrs. 183-199.

⁸¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 176.

⁸² *Ibid.*, párrs. 176, 183 y 196.

⁸³ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párr. 450.

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, párr. 337. Cita, entre otros: Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*

... los 85 trabajadores rescatados [...] se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización [...] Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país [...] La pobreza, en ese sentido, es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo.⁸⁵

Tras establecer el riesgo diferenciado, la Corte IDH señaló que “el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas”⁸⁶

2.2. Discriminación de hecho o estructural como fuente de impactos diferenciados o desproporcionados de leyes, interpretaciones judiciales o políticas en apariencia neutrales

En este punto se comentan los conceptos de discriminación indirecta y de impacto diferenciado o desproporcionado. Aunque la noción ya estaba presente implícitamente en algunos pronunciamientos anteriores,⁸⁷ fue en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica*, en el que la Corte hizo referencia expresa. Para ello, hizo una recapitulación de lo indicado por múltiples comités de tratados de las Naciones Unidas y por el TEDH, en los siguientes términos:

El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población

vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 146, párr. 154.

⁸⁵ Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit., párrs. 339 y 340.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 338.

⁸⁷ Como en el Caso *Yatama vs. Nicaragua*.

al momento de ejercer sus derechos.⁸⁸ El Comité de Derechos Humanos,⁸⁹ el Comité contra la Discriminación Racial,⁹⁰ el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁹¹ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹² han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas.⁹³ Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que “una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique”.⁹⁴ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente prejudicial en un grupo particular,

⁸⁸ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, párr. 141, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88.

⁸⁹ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité de Derechos Humanos, Comunicación 993/2001, Althammer v. Austria, 8 de agosto de 2003, párr. 10.2. (“que el efecto discriminatorio de una norma o medida que es a primera vista neutra o no tiene propósito discriminatorio también puede dar lugar a una violación de la protección igual ante la ley”), y Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación.

⁹⁰ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación 31/2003, *L.R. et al. vs Slovaquia*, 7 de marzo de 2005, párr. 10.4.

⁹¹ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 25 referente a medidas especiales de carácter temporal (2004), párr. 1 (“puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer”).

⁹² Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, cit.

⁹³ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 251, párr. 234.

⁹⁴ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comunicación 3/2011, Caso H. M. vs. Suecia, CRPD/C/7/D/3/2011, 19 de abril de 2012, párr. 8.3.

esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo.⁹⁵

En este caso, la Corte IDH analizó la prohibición absoluta de la técnica de reproducción asistida de la fecundación *in vitro* en Costa Rica. El caso tiene gran relevancia en el sistema interamericano, en cuanto a la interpretación del artículo 4 de la CADH y la protección de la vida “en general, desde el momento de la concepción”. En lo relevante para este artículo, el caso desarrolló en la jurisprudencia de la Corte IDH el concepto de discriminación indirecta e impacto diferenciado o desproporcionado. Sin embargo, es debatible si la manera en que se usó fue del todo apropiada.

En la sentencia la Corte IDH analiza si “existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica”,⁹⁶ es decir, si la prohibición –que por supuesto afectó a todas las personas infértiles cuya opción para tener hijos biológicos era la fecundación *in vitro*– afectó de manera distinta a ciertas personas dentro de dicho grupo. En el análisis sobre “discapacidad”, se observa que lo que la Corte IDH hizo fue fundamentar las razones por las que debía entenderse la situación de infertilidad en el caso concreto como una discapacidad, lo que implica que el Estado debía adoptar unas medidas diferenciadas respecto de las víctimas.⁹⁷

En el análisis sobre “género” nos encontramos con que se describen los severos impactos de la prohibición para las mujeres infértiles, pero también para los hombres infértiles. En palabras de la Corte IDH: “La prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad”.⁹⁸ Aunque en la sentencia se indica que si bien “la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas”,⁹⁹ más adelante, en la misma sección, la Corte IDH se refiere también al impacto diferenciado para los hombres infértiles.¹⁰⁰ Es decir, la Corte IDH pareciera usar el concepto para visibilizar la manera distinta en que la prohibición afectó a las mujeres y a los hombres, lo cual es relevante. Este análisis incluye, entonces, a todas las personas afectadas por la prohibición, por lo que no pareciera que la noción de impacto desproporcionado o diferenciado sea pertinente o de utilidad cuando, como se conceptualizó, la misma está pensada para mostrar

⁹⁵ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. TEDH, Caso Hoogendijk vs. Holanda, núm. 58641/00, Sección Primera, 2005; TEDH, Gran Cámara, D. H. y otros vs. República Checa, núm. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 175, y TEDH, Caso Hugh Jordan vs. Reino Unido, núm. 24746/94, 4 de mayo de 2001, párr. 154.

⁹⁶ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 287.

⁹⁷ *Ibid.*, párrs. 288-293.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 294.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 299.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 301.

tales impactos respecto de ciertos grupos en comparación con otros a quienes también involucra la actuación estatal, bien sea la norma, la interpretación judicial o la política pública de que se trate.¹⁰¹

El análisis respecto de la “situación económica” es más consistente con el concepto de discriminación indirecta e impacto diferenciado o desproporcionado. Así, en este punto la Corte IDH logra poner de manifiesto que, aunque la prohibición afectó a todo el universo de personas infértiles que requerían la fecundación *in vitro* para tener hijos biológicos, dentro de dicho universo, las personas en situación de pobreza se vieron afectadas de manera desproporcionada.

Finalmente, en términos de prueba y metodología de análisis en estos casos, es relevante mencionar el Caso D. H. y otros *vs.* República Checa, conocido por el TEDH. Según la naturaleza del caso de que se trate, el impacto diferenciado puede resultar de un análisis más o menos abstracto, sin exigir mayor prueba. Por ejemplo, en el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro* *vs.* Costa Rica), el impacto diferenciado de la prohibición en las personas infértiles de escasos recursos es patente por el hecho de que las parejas con mayores recursos tuvieron la posibilidad de trasladarse a otros países para practicarse el tratamiento. Sin embargo, hay otro tipo de casos relativos a impactos diferenciados en los cuales esta demostración es esencialmente empírica y puede requerir múltiples fuentes, incluyendo, por ejemplo, la estadística. El Caso D. H. y otros *vs.* República Checa se relaciona con la discriminación en perjuicio de niños del pueblo Rom, quienes fueron ubicados en escuelas especiales como consecuencia de unos exámenes psicológicos en apariencia objetivos y neutrales. Sin embargo, en la práctica, dicha política tuvo el impacto de generar una segregación *de facto* en el ámbito educativo. En lo relativo al uso de la estadística en este tipo de casos, el TEDH indicó lo siguiente:

... el Tribunal considera que cuando se trata de determinar el impacto de una medida o práctica sobre un individuo o grupo, las estadísticas que de un análisis crítico resultan confiables y signitativas, serán suficientes para constituir la evidencia prima facie que se le exige producir al peticionario. Esto no significa que la discriminación indirecta no pueda ser probada sin evidencia estadística.¹⁰²

Ahora bien, respecto de la metodología pertinente, en el mismo caso el TEDH analizó, en primer lugar, “si existió una presunción de discriminación indirecta” y,

¹⁰¹ Cabe mencionar que la CIDH, en su informe de fondo en el mismo caso, al analizar el impacto diferenciado, lo hizo exclusivamente respecto de las mujeres infértiles. Consideramos que esta aproximación es más consistente con el concepto y la finalidad de la invocación del mismo en un caso concreto (CIDH, Informe 85/10, Gretel Artavia Murillo y otros [Fecundación *in vitro*], Costa Rica, 14 de julio de 2010, Fondo, párrs. 131-133).

¹⁰² TEDH, Caso D. H. and others v. The Czech Republic, Application 57325/00, Grand Chamber, November 13, 2007, párr. 188 (traducción libre).

en segundo lugar, “si existió justificación objetiva y razonable”.¹⁰³ Esta metodología para este tipo de casos podría presentar problemas, particularmente en el segundo punto. Por una parte, conceptualmente se trata de una forma de discriminación que se basa en el efecto o el resultado y deja de lado si existió una intención discriminatoria por parte del Estado. De hecho, puede ser que la intención de la norma, interpretación judicial o política en cuestión sea precisamente la creación de criterios objetivos o neutrales en un asunto determinado. Por otra parte, el análisis de la justificación objetiva y razonable mediante un juicio de proporcionalidad en los términos ya descritos en este artículo, parte de la premisa de una diferencia de trato deliberada por parte del Estado que él mismo debe justificar. Es decir, pareciera inherente a este análisis –que tiene como punto de partida la finalidad perseguida por el Estado– la importancia de la intencionalidad de este.

De esta manera, en similar sentido a lo indicado en la sección de discriminación encubierta, el uso del test clásico de “justificación objetiva y razonable” con un juicio de proporcionalidad en casos de discriminación indirecta resulta, al menos, cuestionable. Otra aproximación podría ser que, en este tipo de casos, la discriminación es inherente a la demostración en sí misma del impacto diferenciado o desproporcionado, y lo más relevante metodológicamente es la cuestión relativa a la prueba exigida para acreditar dicho impacto.

2.3. Medidas de acción afirmativa

El último punto que se plantea dentro de esta concepción del principio de igualdad y no discriminación es el de las medidas de acción afirmativa. Hasta ahora se ha hecho referencia a que de esta concepción se desprende que los Estados deben adoptar medidas especiales y diferenciadas para prevenir violaciones de derechos humanos de ciertos grupos que se encuentran expuestos o más vulnerables a tales violaciones. Asimismo, se desprende que los Estados deben asegurar que no existan normas, interpretaciones judiciales o políticas que sean en apariencia neutrales, pero que tengan un impacto diferenciado o desproporcionado en ciertos grupos. La obligación vinculada a las medidas de acción afirmativa es puntualmente la de revertir la desigualdad de hecho o estructural.

El Comité DESC, en su Observación General 20, ya citada en el presente escrito, se refiere a las medidas de acción afirmativa de la siguiente manera:

Para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y

¹⁰³ *Ibid.*, párrs. 185-204.

se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria.¹⁰⁴

En el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, y en referencia a las personas con discapacidad, la Corte IDH se refirió a esta obligación de revertir y eliminar la desigualdad real, así:

En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad,¹⁰⁵ con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.¹⁰⁶

Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.¹⁰⁷

Lo dicho hasta el momento por la Corte IDH respecto de medidas de acción afirmativa ha sido escaso y, en todo caso, a título de valoración general, sin mayores implicaciones concretas en los casos hasta ahora decididos.

Es posible pensar en, al menos, dos tipos de casos que podrían presentar debates complejos sobre cómo resolverlos. Por una parte, casos en los cuales personas pertenecientes al grupo históricamente discriminado aleguen la responsabilidad internacional de un Estado específicamente por la omisión en implementar medidas temporales de acción afirmativa. Por otra parte, casos en los cuales un Estado implemente medidas de acción afirmativa, y las personas que se consideren afectadas por dichas medidas aleguen que se trata de una diferencia de trato no justificada en su contra. Cabe mencionar que la Corte Constitucional colombiana ha conocido este tipo de casos, los cuales ha denominado de “discriminación positiva”. Como

¹⁰⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, cit., párr. 9.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, cit., párr. 134. Cfr. artículo 5 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 134. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 5, párr. 13.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 135 (las citas originales de este párrafo fueron omitidas).

aporte metodológico, la Corte Constitucional ha aplicado el juicio de proporcionalidad con intermedia para evaluar si una alegada medida de acción afirmativa puede constituir o no un trato discriminatorio injustificado.¹⁰⁸ Sin embargo, ninguno de estos dos tipos de casos ha sido materia de pronunciamiento por los órganos del sistema interamericano.

Conclusiones

La Corte IDH ha conocido un grupo importante de casos en materia de igualdad y no discriminación. A través de sus sentencias, este organismo ha podido delinear con claridad las dos grandes concepciones de dicho principio, las obligaciones que cada una comporta para los Estados partes de la CADH y la importancia de entender ambas concepciones como complementarias en el momento de aproximarse a la resolución de casos.

Sin embargo, dada la diversidad de tipos y subtipos de casos que se desprenden de dichas concepciones, los pronunciamientos hasta el momento resultan aún insuficientes para abordar todos los debates de interpretación, de prueba y metodológicos que traen consigo tales casos. En ese sentido, no es posible afirmar que exista una línea jurisprudencial robusta e integral de la Corte IDH en el tema.

En cuanto a la primera concepción, la Corte IDH ha avanzado en la naturaleza negativa de las obligaciones estatales y en la metodología consistente en la aplicación de un juicio de proporcionalidad para analizar si una diferencia de trato está o no justificada. También hay avances importantes en cuanto a varios temas asociados a las categorías prohibidas de diferenciación. Sin embargo, persisten ciertas inconsistencias en cuanto a la intensidad del escrutinio mediante el juicio de proporcionalidad en estos casos y sus implicaciones prácticas, especialmente en cuanto a la carga argumentativa y probatoria. Además, se mantiene cierta ambigüedad respecto de si todas las categorías prohibidas de diferenciación tienen las mismas implicaciones en cuanto a dicha intensidad. Igualmente, será importante el desarrollo futuro de la Corte IDH en casos de discriminación encubierta en los que el factor diferenciador real es negado, especialmente en cuanto a los estándares para probar formas más sutiles de discriminación.

Sobre la segunda concepción, si bien la Corte IDH se ha referido reiteradamente a que el principio de igualdad y no discriminación también impone obligaciones positivas a los Estados para enfrentar y revertir situaciones de discriminación estructural, el desarrollo jurisprudencial del contenido de tales obligaciones se ha enfocado hasta el momento en casos de violencia o graves violaciones de derechos humanos a las cuales están más expuestas ciertas personas por su pertenencia a ciertos grupos. La prohibición de neutralidad para evitar discriminación indirecta a través de

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 2017.

impactos diferenciados se encuentra desarrollada de manera muy incipiente en un único caso y hasta la fecha el sistema interamericano no ha conocido ningún caso en el que se pueda analizar hasta qué punto y bajo qué parámetros un Estado puede ser internacionalmente responsable por no adoptar medidas de acción afirmativa, o por adoptarlas de manera que generen otras diferencias de trato injustificadas.

Este artículo ha procurado ofrecer un panorama sobre el desarrollo actual del tema en la jurisprudencia de la Corte IDH desde una perspectiva enfocada en tipos de casos y la naturaleza de los debates que plantean. Asimismo, ha procurado identificar temas en los cuales persisten ambigüedades o inconsistencias, así como tipos de casos que aún no han llegado al conocimiento de la Corte IDH y que podrían consolidar la visión complementaria que se propone.

Bibliografía

- BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*, Cambridge, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012.
- DULITZKY, Ariel, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2007.
- BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.