

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

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

#### IV. DISTINCIONES LEGÍTIMAS

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

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

---

<sup>44</sup> Christian Courtis, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, disponible en: [http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2\\_2010/XXVICurso\\_Interdisciplinario\\_en\\_Derechos\\_discursos\\_y\\_ponencias/3.%20C.Courtis.pdf](http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVICurso_Interdisciplinario_en_Derechos_discursos_y_ponencias/3.%20C.Courtis.pdf), fecha de consulta: 17 de agosto de 2015, p. 5.

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

## 1. Identificando si dos situaciones jurídicas son iguales o análogas

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

Ante esta situación, la doctrina plantea una solución:

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 197.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párrs. 197 y 198.

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

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

## 2. Justificaciones en el derecho interamericano para una distinción

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

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

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 200.

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

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

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

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

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

<sup>52</sup> *Ibid.*, párr. 85.

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

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.<sup>54</sup>

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

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

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, párrs. 86-90.

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 91.

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

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

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

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

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

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

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

más, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.<sup>56</sup>

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

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

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

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 110.



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

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

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

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

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

---

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

<sup>59</sup> *Ibid.*, párrs. 314-316.

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

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

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

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

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

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

ficar que dicha distinción es necesaria para el cumplimiento de dicho fin.<sup>61</sup>

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

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

---

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

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

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 124.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 125.

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

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

## V. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. Así lo ha determinado la Corte en su reiterada jurisprudencia al afirmar que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de fac-*

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