

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

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

V. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷¹ *Ibid.*, párr. 237.

sobre dicho grupo, generando una desigualdad en el resultado dirigida contra el mismo.

VI. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS: LA OBLIGACIÓN DE TOMAR ACCIÓN POSITIVA

1. Las obligaciones generales del Estado y la acción positiva

Ya habiendo analizado los enunciados jurídicos que se desprenden de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, lo último que corresponde es identificar cuáles son las obligaciones que tienen los Estados para que sus conductas sean conformes con dichas disposiciones jurídicas.

Del artículo 1.1 de la Convención Americana se desprende la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en ella. El deber de respeto de los derechos configura una obligación negativa en cabeza del Estado, por la cual el Estado debe abstenerse de realizar cualquier actuación que pueda ser discriminatoria en perjuicio de una persona o situación jurídica. El deber de garantía, por su parte, se refiere a la obligación positiva del Estado de organizar el aparato estatal con el fin de prevenir la discriminación, y de investigarla y sancionarla en caso de que ésta ocurra.

Ahora bien, una obligación característica de los Estados en aquellos casos en los que se discute el derecho a la igualdad y no discriminación es la de tomar "acción positiva".⁷² En efecto, ante situaciones estructurales en las cuales un grupo de personas se encuentra en una situación *de facto* de exclusión social, el Estado no sólo puede implementar distinciones legítimas para corregir dicha situación, sino que además está obligado a implementarlas. Con ello, tal como lo afirma la doctrina:

⁷² D. Moeckli, "Equality and Non Discrimination", *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 204.